

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Comentario artículo por artículo

Dirigido por:

Araceli Mangas Martín

Coordinado por:

Luis N. González Alonso

*Manuel López Escudero
José Martín y Pérez de Nanclares
José Manuel Sobrino Heredia*

Separata

TÍTULO IV SOLIDARIDAD

COMENTARIO

Manuel López Escudero

*Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de Granada*

Primera edición: 2008
ISBN: 978-84-96515-80-2

© los autores, 2008
© Fundación BBVA, 2008

Fundación **BBVA**

TÍTULO IV
SOLIDARIDAD

ARTÍCULO 27
DERECHO A LA INFORMACIÓN
Y CONSULTA DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA

Deberá garantizarse a los trabajadores o a sus representantes, en los niveles adecuados, la información y consulta con suficiente antelación, en los casos y condiciones previstos en el Derecho de la Unión y en las legislaciones y prácticas nacionales.

PRECEPTOS RELACIONADOS

- Carta: arts. 12 y 28-32.
- TFUE: arts. 154 y 155.

ANTECEDENTES

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: arts. 137-139 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: I-48, II-87 y III-210-III-212.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 27.

COMENTARIO

MANUEL LÓPEZ ESCUDERO

*Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de Granada*

El derecho de información y consulta es un derecho fundamental de los trabajadores estrechamente relacionado con el diálogo social y que cuenta con un amplio reconocimiento por parte de normas internacionales y de normas comunitarias, basadas en las competencias de la Unión Europea en materia de política social. En el modelo del Estado social europeo, este derecho es la manifestación de un modo de articular las relaciones laborales, basado en una lógica de implicación y cooperación de los trabajadores en la organización de la empresa, aceptando, desde la defensa de sus intereses específicos, una *corresponsabilidad* en su dinámica de funcionamiento en condiciones de competitividad y adaptación permanente a los imperativos del mercado. En una economía de mercado, este derecho de los trabajadores es el contrapeso al derecho a dirigir la empresa por parte del titular de la iniciativa económica (Monereo Pérez 2004, 1069 y 1070).

El derecho de información y consulta de los trabajadores en la empresa no se menciona en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos (CEDH), pero sí se regula en el art. 21 de la Carta Social Europea revisada y en los apartados 17 y 18 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (CCDSFT). El art. 21 de la Carta Social Europea revisada protege este derecho obligando a los Estados parte a:

- informar a los trabajadores en tiempo oportuno y de forma comprensible sobre la situación económica y financiera de la empresa, aunque las informaciones sensibles pueden restringirse o exigir confidencialidad a los trabajadores;
- consultar con los trabajadores las decisiones empresariales previstas y que puedan afectar sustancialmente a los intereses de éstos, especialmente las que tienen consecuencias importantes sobre el empleo en la empresa.

El art. 29 de la Carta Social Europea revisada establece, por su parte, los derechos de información y consulta de los trabajadores en los procedimientos de despido colectivo, que consisten en la obligación de los empleadores de informar y consultar a los representantes de los trabajadores antes del despido, con objeto de analizar las posibilidades de evitar los despidos, limitar su número o atenuar sus consecuencias mediante medidas sociales de acompañamiento como ayuda a la reinserción de los trabajadores afectados.

El punto 17 de la CCDSFT prevé, entre otras cosas, que «la información, la consulta y la participación de los trabajadores deben desarrollarse según mecanismos adecuados y teniendo en cuenta las prácticas vigentes en los diferentes Estados miembros». El punto 18 dispone que esta información, consulta y participación de los trabajadores deber realizarse en el momento oportuno en determinados casos especialmente sensibles, a saber: introducción de cambios tecnológicos en la empresa con incidencia en las condiciones y organización del trabajo, reestructuraciones o fusiones de empresas con incidencia en el empleo; procedimientos de despido colectivo y en caso de políticas de empleo de la empresa con incidencia sobre los trabajadores, especialmente cuando éstos son transfronterizos.

El TCE identifica la información y consulta de los trabajadores en el art. 137.1, letra e), como uno de los ámbitos de la política social en los que las instituciones comunitarias disponen de competencia para apoyar y completar la acción de los Estados miembros, mediante la adopción de directivas de armonización. Con anterioridad, las instituciones comunitarias habían adoptado directivas de armonización con incidencia en la representación y consulta de los trabajadores en la empresa recurriendo a la base jurídica general de armonización para el mercado interior. En ejercicio de esta competencia atribuida, la Unión Europea cuenta con un importante número de disposiciones de Derecho derivado que regulan de forma específica o incidental el derecho de información y consulta de los trabajadores.

La Carta de Derechos Fundamentales consagra en su art. 27 el derecho de información y consulta como un derecho social fundamental, en la línea de los tratados internacionales existentes y de conformidad con la regulación de este derecho establecida por las normas comunitarias de Derecho derivado.

1. EL ACERVO COMUNITARIO EN MATERIA DE INFORMACIÓN Y CONSULTA DE LOS TRABAJADORES

En las relaciones laborales actuales el conflicto ha ido cediendo terreno progresivamente a la concertación y el consenso entre empresarios y trabajadores, abocados a hacer frente a una evolución vertiginosa de la gestión empresarial. El derecho de información y consulta constituye una manifestación de esta implicación del trabajador en la gestión de la empresa, que puede llevarse a cabo por tres vías (Mercader Uguina 2005, 287):

- la participación informativo-consultiva, que permite al trabajador expresar su opinión, pero manteniendo el empresario el control;
- la participación representativa institucionalizada a través de sindicatos, comités de empresa o de la cogestión, que supone una cierta implicación de los trabajadores en la gestión empresarial;
- la participación sustantiva de los trabajadores en la gestión empresarial mediante las modernas políticas de gestión y certificación de la calidad.

La Unión Europea ha adoptado normas referentes al derecho de información y consulta que se encuadran en los dos primeros supuestos de implicación de los trabajadores en la empresa.

1.1. *La participación consultiva*

La participación consultiva es el nivel más básico de intervención de los trabajadores en la actividad empresarial, que se traduce en el derecho de los trabajadores a saber y estar informados sobre cualquier futura transformación o cambio organizativo que afecte a su situación laboral. Esta manifestación básica del derecho de información y consulta de los trabajadores ha sido objeto de armonización en los Estados miembros mediante la adopción de la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mar-

zo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea (*DOL* 80, de 23 de marzo de 2002, p. 29).

Esta Directiva 2002/14/CE fue elaborada sin la participación de los representantes de la patronal europea, Unión de Confederaciones Industriales y Empresariales de Europa, y también se opusieron a su adopción Estados miembros como Reino Unido o Irlanda, en cuyos ordenamientos jurídicos el derecho de información y consulta de los trabajadores era meramente voluntarista y no venía impuesto por ninguna obligación jurídica. El objetivo de la Directiva es el establecimiento de disposiciones mínimas para el ejercicio del derecho de información y consulta de los trabajadores en las empresas o centros de trabajo situados en la Comunidad (TJCE, sentencia de 18 de enero de 2007, *CGT y otros*, C-385/05, apartado 36). Las modalidades prácticas de información y de consulta se determinarán y aplicarán conforme a la legislación nacional y las prácticas de las relaciones laborales en cada Estado miembro, de modo que se garantice su eficacia. La Directiva se aplica, a elección de los Estados miembros, a las empresas que empleen en un Estado miembro al menos a 50 trabajadores; o a los centros de trabajo que empleen en un Estado miembro al menos a 20 trabajadores.

La información y la consulta de los trabajadores abarcan tres aspectos relativos a la empresa:

- evoluciones de carácter económico, financiero y estratégico;
- estructura y evolución previsible del empleo y medidas derivadas;
- decisiones que puedan provocar cambios sustanciales en la organización del trabajo y en las relaciones contractuales.

Los Estados miembros determinarán las modalidades de aplicación de los principios contenidos en la Directiva, con objeto de lograr que la información y la consulta de los trabajadores sean efectivas. Por otra parte, podrán reducir las obligaciones de información y de consulta para las empresas que empleen a menos de 50 o 20 trabajadores.

Se establece un régimen de confidencialidad en el que, por una parte, los representantes de los trabajadores y los expertos que les

asistan no estarán autorizados a revelar a terceros la información que se les haya comunicado con carácter expresamente confidencial, ni siquiera tras la expiración de su mandato; y, por otra parte, en las condiciones que establezca la legislación nacional, el empleador no se verá obligado a comunicar información o realizar consultas que pudieran crear graves obstáculos al funcionamiento de la empresa o perjudicarla.

Los representantes de los trabajadores gozan, en el ejercicio de sus funciones, de la protección y de las garantías suficientes para poder realizar sus tareas. La Directiva confía a los Estados miembros la responsabilidad de garantizar el cumplimiento de sus disposiciones, estando obligados a establecer las medidas adecuadas en caso de incumplimiento por parte del empresario o de los representantes de los trabajadores. En particular, deben garantizar la existencia de procedimientos administrativos o judiciales adecuados para hacer respetar las obligaciones derivadas de la Directiva. Además, deben establecer las sanciones correspondientes a los incumplimientos de la Directiva, que tienen que ser efectivas, proporcionadas y disuasorias.

La Directiva 2002/14/CE establece el régimen general y mínimo de participación consultiva de los trabajadores en las empresas de la Unión Europea, que ha supuesto una innovación importante para los derechos internos que no amparaban legalmente este derecho fundamental de los trabajadores. Ahora bien, hay disposiciones comunitarias específicas sobre información y consulta de los trabajadores en aquellos supuestos en los que tiene lugar un proceso de reestructuración empresarial.

Un supuesto de este tipo se produce en el caso de despidos colectivos y, con respecto a él, las disposiciones nacionales de los Estados miembros se han armonizado con la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos (*DOL* 225, de 12 de agosto de 1998, p. 16). Esta Directiva ha pretendido garantizar una protección comparable de los derechos de los trabajadores en los diferentes Estados miembros en estos casos y equiparar las cargas que estas normas de protección suponen para las empresas de la Comunidad. Sus arts. 1.1 y 5 establecen una protección mínima en materia de información y consulta de los trabajadores en caso de despidos colectivos, aunque los

Estados miembros podrán adoptar medidas nacionales más favorables para los referidos trabajadores (TJCE, sentencia de 18 de enero de 2007, *CGT y otros*, C-385/05, Rec. apartados 43 y 44). En concreto, cuando el empresario tenga la intención de efectuar despidos colectivos, deberá consultar a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo. Dichas consultas versarán como mínimo sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos y atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a las medidas sociales de acompañamiento encaminadas, en especial, a la reclasificación o reconversión de los trabajadores despedidos. El empresario deberá proporcionar toda la información útil a los representantes de los trabajadores durante el transcurso de las consultas y, en todo caso, por escrito: los motivos; el período a lo largo del cual está previsto efectuar los despidos; el número y las categorías de los trabajadores empleados habitualmente; el número de los trabajadores que vayan a ser despedidos; los criterios para designar a los trabajadores que vayan a ser despedidos; y el método de cálculo de las posibles indemnizaciones. En cuanto al procedimiento, la Directiva impone al empresario la obligación de notificar por escrito cualquier proyecto de despido colectivo a la autoridad competente y de transmitir una copia de la notificación a los representantes de los trabajadores, que podrán dirigir sus observaciones a la autoridad pública competente; no surtiendo efecto los despidos colectivos antes de transcurridos treinta días después de la notificación, plazo que la autoridad pública competente aprovechará para buscar una solución.

Otro supuesto de reestructuración empresarial, en el que el derecho de información y consulta de los trabajadores está regulado por una directiva de armonización, es el de traspaso de empresas. En efecto, la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad (*DOL* 82, de 22 de marzo de 2001, p. 16) contiene en su art. 7 las disposiciones mínimas aplicables a los trabajadores en materia de información y consulta en caso de traspaso de empresas. El cedente y el cesionario de la empresa deberán informar a su debido tiempo a los representan-

tes de sus trabajadores respectivos sobre la fecha fijada o propuesta del traspaso, los motivos del traspaso, las consecuencias jurídicas, económicas o sociales y las medidas previstas respecto de los trabajadores. El cedente deberá comunicar estas informaciones antes de la realización del traspaso y el cesionario antes de que sus trabajadores se vean afectados directamente en sus condiciones de empleo y de trabajo por el traspaso. Si se previeran medidas en relación con sus trabajadores respectivos, el cedente y el cesionario estarán obligados a consultar, con la suficiente antelación, con los representantes de sus trabajadores respectivos, con el fin de llegar a un acuerdo. El Estado miembro, cuyas disposiciones prevean la posibilidad de recurrir a un arbitraje, podrá limitar las obligaciones en materia de información y consulta a los casos en que el traspaso provoque perjuicios sustanciales para una parte importante de los trabajadores. Las obligaciones anteriores serán de aplicación, independientemente de que el traspaso lo haya decidido el empresario o una empresa que lo supervisa. Por consiguiente, el argumento que se basa en el hecho de que la empresa en cuestión no haya facilitado la información no podría tomarse en cuenta para justificar una infracción a las obligaciones en materia de información y de consulta.

1.2. *La participación representativa*

El principal instrumento normativo adoptado hasta ahora con respecto a este tipo de participación es la Directiva 94/45/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 1994, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas de dimensión comunitaria y en los grupos de empresas de dimensión comunitaria (DOL 254, de 30 de septiembre de 1994, p. 64). Esta Directiva tiene la finalidad de velar por que los trabajadores de empresas de dimensión comunitaria (toda empresa que emplee a mil trabajadores o más en los Estados miembros y que, por lo menos en dos Estados miembros diferentes, emplee a 150 trabajadores o más en cada uno de ellos) o grupos de empresas de dimensión comunitaria (todo grupo de empresas que cumpla las tres condiciones siguientes, a saber, que emplee a mil trabajadores o más en los Estados miembros; que com-

prenda al menos dos empresas miembros del grupo en Estados miembros diferentes; y que al menos una empresa del grupo emplee a 150 trabajadores o más en un Estado miembro y que al menos otra de las empresas del grupo emplee a ciento cincuenta trabajadores o más en otro Estado miembro) sean debidamente informados y consultados en caso de que las decisiones que les afecten sean adoptadas en un Estado miembro distinto de aquel donde trabajan.

Como se desprende de su sistemática, la Directiva prevé que la información y la consulta transnacional a los trabajadores se garanticen, fundamentalmente, mediante un sistema de negociaciones entre la dirección central y los representantes de los trabajadores (TJCE, sentencia de 29 de marzo de 2001, *Bofrost*, C-62/99, Rec., p. I-2579, apartado 29; y de 13 de enero de 2004, *Kühne & Nagel*, C-440/00, Rec., p. I-234, apartado 40). A tal efecto, se constituirá un comité de empresa europeo o un procedimiento de información y consulta de los trabajadores en las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria cuando se presente una solicitud con arreglo al procedimiento establecido en el art. 5.1 de la Directiva. En virtud de dicha disposición, en el caso de un grupo de empresas de dimensión comunitaria, la dirección central, por iniciativa propia o a solicitud escrita de un mínimo de cien trabajadores, o de sus representantes, pertenecientes por lo menos a dos empresas o establecimientos situados en al menos dos Estados miembros diferentes, iniciará la negociación para la constitución de tal comité de empresa europeo. La comisión negociadora, que es una instancia de representación de los trabajadores constituida de conformidad con el art. 5.2 de la Directiva y la dirección central deben negociar con espíritu de colaboración para llegar a un acuerdo sobre las modalidades de constitución de un comité de empresa europeo. El TJCE ha indicado que para que la Directiva pueda tener efecto útil es imprescindible garantizar a los trabajadores afectados el acceso a la información que les permita determinar si tienen derecho a exigir la apertura de negociaciones entre la dirección central y los representantes de los trabajadores; derecho de información que constituye un requisito previo necesario para determinar la existencia de una empresa o de un grupo de empresas de dimensión comunitaria, que a su vez es condición previa para crear un comité de empresa

européo o establecer un procedimiento de información y consulta transnacional a los trabajadores (TJCE, sentencia de 15 de julio de 2004, *ADS Ander*, C-349/01, apartado 50). La dirección central está obligada a proporcionar a los representantes de los trabajadores la información imprescindible para el inicio de negociaciones con el objeto de constituir un comité de empresa europeo.

El resultado de la negociación entre la dirección central y la comisión negociadora será un acuerdo sobre la forma de llevar a cabo la información y la consulta a los trabajadores, consignado por escrito y que establecerá, como mínimo: las empresas miembros del grupo de empresas de dimensión comunitaria o los establecimientos de la empresa de dimensión comunitaria afectados por el acuerdo; la composición del comité de empresa europeo, el número de miembros, su distribución y la duración del mandato; las atribuciones y el procedimiento de información y consulta al comité de empresa europeo; el lugar, la frecuencia y la duración de las reuniones del comité de empresa europeo; los recursos financieros y materiales que se asignarán al comité de empresa europeo; y la duración del acuerdo y el procedimiento de su renegociación.

La dirección central y la comisión negociadora podrán decidir por escrito establecer uno o más procedimientos de información y consulta en lugar de crear un comité de empresa europeo.

La adopción de esta Directiva se explica por la existencia en el seno de la Unión Europea de un número cada vez mayor de empresas de dimensión comunitaria con centros de producción en varios Estados miembros, controlados desde una sociedad matriz. La globalización empresarial requiere una recíproca transnacionalización del ejercicio del derecho de información y consulta de los trabajadores, que se lleva a cabo mediante estos comités de empresa europeos. Por el momento, se han concluido acuerdos en aplicación de la Directiva 94/45/CE en unas setecientas empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria, que abarcan unos once millones de trabajadores y aproximadamente diez mil representantes de estos trabajadores. Estos comités de empresa europeos han favorecido una mejor información y consulta de los trabajadores en el nivel adecuado de decisión, así como una contribución de los trabajadores a la estrategia empresarial de las sociedades transnacionales.

Otra disposición importante sobre participación representativa de los trabajadores es la relativa a la Sociedad Anónima Europea (SAE). La tortuosa gestación de la regulación de esta forma societaria, que finalmente ha visto la luz con la adopción del Reglamento (CE) núm. 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la SAE (*DO L* 294, de 10 de noviembre de 2001, p. 1), sólo ha concluido cuando los Estados miembros han conseguido un acuerdo respecto a la participación de los trabajadores en este tipo de sociedad, que se ha reflejado en la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la SAE en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (*DO L* 294, de 10 de noviembre de 2001, p. 22).

La Directiva 2001/86/CE considera esencial el establecimiento de las formas de implicación de los trabajadores para la existencia de la SAE, al situar las negociaciones sobre la determinación de dichas formas de implicación como inexcusable presupuesto de la adquisición de personalidad jurídica. Como expresamente señala el art. 12.2 del Reglamento (CE) 2157/2001, una SAE sólo podrá ser inscrita si se ha formalizado un acuerdo sobre las modalidades relativas a la implicación de los trabajadores de conformidad con el art. 4 de la Directiva 2001/86/CE, o si se ha adoptado algún acuerdo según lo previsto en el art. 3.6 de la Directiva, o también si el período previsto en el art. 5 de dicha Directiva ha llegado a su fin sin que se haya formalizado criterio alguno.

La *participación de los asalariados* no se aplica a la gestión diaria, que es competencia de la dirección, sino a las tareas de vigilancia y de desarrollo de las estrategias de la empresa. La Directiva 2001/86/CE ofrece distintos modelos de participación entre los que pueden elegir las partes: en primer lugar, el modelo según el cual los trabajadores están representados en el órgano de vigilancia o en el de administración; en segundo lugar, el modelo que establece un órgano diferenciado que representa a los trabajadores de la sociedad europea y, por último, aquellos modelos que podrán fijarse mediante un acuerdo entre los órganos de dirección o de administración de las sociedades fundadoras y los trabajadores de la sociedad, respetando el nivel de información y de consulta previsto para el modelo que establece un órgano diferenciado. Ninguna SAE podrá constituirse mediante junta general en tanto no se haya

optado por uno de los modelos de participación descritos en la Directiva, cuya elección va a depender mucho de la cultura nacional en materia de participación de los trabajadores, que varía considerablemente de unos Estados miembros a otros.

La Directiva prevé, además, que se pongan a disposición de los representantes de los trabajadores tanto locales como otros medios materiales y financieros para permitirles el ejercicio de sus funciones.

Las exigencias de diálogo y participación representativa se han extendido, también, a las sociedades cooperativas europeas, de conformidad con lo previsto en el Reglamento (CE) núm. 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (SCE) (*DO L 207*, de 18 de agosto de 2003, p. 1) y en la Directiva 2003/72/CE del Consejo, de 22 de julio de 2003, por la que se completa el Estatuto de la SCE en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (*DO L 207*, de 18 de agosto de 2003, p. 25), siendo también en ellas la participación de los trabajadores una característica distintiva de este modelo societario.

3. LA APORTACIÓN DEL ART. 27

Con respecto a esta normativa preexistente sobre el derecho de información y consulta de los trabajadores en la empresa, el art. 27 de la Carta contiene algunas aportaciones que es necesario precisar.

En primer lugar, consagra con nitidez el carácter de derecho social fundamental del derecho de información y consulta que, hasta ahora, no había sido declarado de forma nítida por el TJCE como un derecho fundamental aplicable en el ordenamiento jurídico comunitario en cuanto principio general del derecho. El Tribunal de Primera Instancia (TPI) en un asunto sobre ausencia de consulta a los representantes del personal del Banco Europeo de Inversiones calificó el derecho de consulta como «principio general del Derecho del trabajo común a los Estados miembros» (TPI, sentencia de 6 de marzo de 2001, *Dunnnett y otros c. BEI*, T-192/99, Rec., p. II-813, apartado 89). El abogado general Poiares Maduro se refirió a los derechos sociales relativos a la consulta e información de los trabajadores calificándolos como principios generales del derecho aplicables en el ordenamiento jurídico comunitario, resultantes de las

tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y de su confirmación por el art. 27 de la Carta de los Derechos Fundamentales (TJCE, conclusiones presentadas en el asunto en que recayó la sentencia de 22 de noviembre de 2005, *Grøngaard y Bang*, C-384/02, Rec., p. I-4358, apartado 56). Pero no hay pronunciamiento del TJCE en el que se reconozca la existencia como principio general del Derecho aplicable en el ordenamiento jurídico comunitario del derecho de información y consulta de los trabajadores en supuestos no referentes a la aplicación de las normas comunitarias de Derecho derivado que establecen la regulación de este derecho. Sin duda, la competencia comunitaria para regular este derecho ha favorecido su desarrollo y ha hecho que no se plantearan asuntos ante el TJCE en los que este derecho, ejercido de conformidad con las normas nacionales, se invocara como límite al ejercicio de competencias atribuidas a la Unión Europea.

El art. 27 prevé la garantía del derecho de información y consulta de los trabajadores «en los casos y condiciones previstos en el Derecho de la Unión y en las legislaciones y prácticas nacionales». Ello supone que este derecho social fundamental podrá ejercerse de conformidad con las previsiones contenidas en las normas de armonización de la Unión Europea, completadas con las normas nacionales de desarrollo, o de acuerdo con las normas nacionales en los ámbitos en los que la información y consulta queda fuera de la armonización antedicha y es regulada exclusivamente por normas nacionales. En línea con el actual art. 137 del TCE, el art. 155 del TFUE confiere competencias de armonización a la Unión Europea en materia de información y consulta de los trabajadores [art. 155, letra e)] y de representación y defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la gestión [art. 155, letra f)].

Otra precisión del art. 27, que requiere comentario, es la referencia al nivel en que debe ejercerse el derecho. El precepto habla del *nivel apropiado* y ello debe interpretarse como una aceptación del ejercicio del derecho de información y consulta a cualquier nivel, a saber, el establecimiento, la empresa, el grupo de empresas o cualquier instancia existente de acuerdo con los derechos internos de los Estados miembros. Se establece así la correspondencia entre el centro de poder empresarial y el ámbito donde se articula la participación de los trabajadores.

La titularidad del derecho se configura en el art. 27 de manera abierta, ya que se garantiza «a los trabajadores o a sus representantes». En la línea con la normativa vigente en la Unión Europea y en los Estados miembros se impone una interpretación amplia del precepto, según la cual el derecho garantizado exige la representación individualizada de los trabajadores, así como la participación colectiva o indirecta a través de los representantes de los trabajadores. La información y consulta se articula, así, como un derecho individual del trabajador y como un derecho colectivo de los representantes de los trabajadores.

El art. 27 enuncia el derecho, pero no determina su contenido, modalidades y límites, para los que reenvía a la normativa existente en la Unión Europea y en los Estados miembros. El derecho de información tiene tres dimensiones, a saber:

- el derecho a recibir y exigir informaciones de la empresa (información pasiva);
- el derecho a buscar las fuentes de la noticia y elementos relevantes para sus intereses (información activa); y
- el deber de los representantes de los trabajadores de informar a los trabajadores representados.

En lo que respecta al derecho de consulta, aparece en los derechos laborales de la Unión Europea y de sus países miembros con tres niveles de intensidad. La consulta básica, que consiste en el derecho de los trabajadores a expresar sus opiniones para que sean consideradas por la dirección de la empresa, manteniendo ésta intactos sus poderes de decisión. La consulta-negociación, que se realiza para alcanzar un acuerdo colectivo, normalmente de reorganización productiva. Por último, la cogestión, que supone la participación de los trabajadores en los órganos decisorios de la sociedad y su intervención en las deliberaciones referentes a determinadas cuestiones relativas al funcionamiento de la empresa (Monereo Pérez 2004, 1071 y 1072).

El art. 27 deja también un amplio margen en lo referente al tiempo en que debe ejercerse el derecho de información y consulta, ya que dice que se garantizará *con suficiente antelación*. Esta fórmula vaga era la única posible dada la diversidad de legislaciones y

prácticas nacionales en la materia (Teyssie 2005, 380). Lógicamente, la información y consulta van a depender del contexto en el que se desarrollen, pero siempre deberán acaecer en un momento lo suficientemente temprano como para que el ejercicio de este derecho despliegue sus efectos. Esta exigencia es incompatible con acciones como la actuación de Renault con el anuncio en 1997 del cierre de su fábrica de Vilvorde en Bélgica dando a conocer sus intenciones a la prensa antes de informar y consultar a los trabajadores.

En definitiva, el derecho de información y consulta del art. 27 de la Carta pretende proteger los intereses de los trabajadores frente a la posición de dominio de los empleadores en situaciones desfavorables para sus derechos, como deslocalizaciones y transferencias de empresas, que son cada vez más frecuentes en la economía globalizada actual.

BIBLIOGRAFÍA

- BELHOMME, C. «Article 27». En AA. VV. *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*. Bruselas: EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, junio 2006, pp. 233-239.
- BLANKE, T. «Workers' Right to Information and Consultation Within the Undertaking (Article 27)». En B. Bercusson, eds. *European Labour Law and the Charter of Fundamental Rights*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2006, pp. 255-291.
- CARLETTI, C. *I diritti fondamentali e l'Unione Europea tra Carta di Nizza e Trattato-Costituzione*. Milán: Giuffrè, 2005, pp. 267-271.
- CASAS BAAMONDE, M. E. «La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima». *Revista Española de Derecho del Trabajo* 117 (2003): pp. 355-423.
- DELTEIL, V. «Les comités d'entreprise européens: quelles perspectives?». *Travail et Emploi* 106 (2006): pp. 51-64.
- FERARI BRAVO, L., F. M. DI MAJO y A. RIZZO. *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*. Milán: Giuffrè, 2001, pp. 98-101.
- GARCÍA GUTIÉRREZ, M. L. «La Directiva 2002/14/CE, 11 de marzo, por la que se establece el marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores en la Comunidad». *Actualidad laboral* (2003, I): pp. 59-71.
- GÓMEZ GORDILLO, R. *El Comité de Empresa Europeo. Un estudio jurídico*. Madrid: Civitas, 2003.
- «Los derechos fundamentales comunitarios de información y consulta de los trabajadores en la empresa». En R. Quesada Segura, eds. *La Constitución Europea y las relaciones laborales*. Sevilla: XXII Jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales, 2004.
- LACOMBA PÉREZ, F. R. y J. SALIDO BANÚS. «Derechos colectivos, información y consulta y acción colectivas en la Constitución Europea». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* 57 (2005): pp. 323-334.

- LOTITO, P. F. «Art. 27». En R. Bifurco, M. Cartabia y A. Celotto. *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*. Bologna: Il Mulino, 2002, pp. 295-214.
- MERCADER UGUINA, J. «Las nuevas formas de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y la Constitución Europea como telón de fondo». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* 57 (2005): pp. 281-302.
- MONEREO PÉREZ, J. L. «El derecho de participación de los trabajadores en la empresa en la Constitución social europea». En E. Álvarez Conde y V. Garrido Mayol. *Comentarios a la Constitución Europea. Vol. 2: Los derechos y libertades*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 1038-1100.
- SHÖMANN, I., C. CLAUWAERT y W. WARNECK. *Information and consultation in the European Community Implementation report of Directive 2002/14/EC*. Bruselas, 2006.
- TEYSSIÉ, B. «Article II-87». En L. Bourgorgue-Larsen, A. Levade y F. Picod, dirs. *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II: La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article*. Bruselas: Bruylant, 2005, pp. 373-381.
- VAN GYES, G. «Employee representation at the workplace in the Member States». *Industrial Relations in Europe 2006*. Bruselas: Comisión Europea, 2006, pp. 57-77.
- WHITTALL, M., H. KNUDSEN y F. HUIJGEN eds. *Towards a European Labour Identity: the Case of the European Work Council*. Londres: Hart Publishing, 2007.

ARTÍCULO 28
DERECHO DE NEGOCIACIÓN Y DE ACCIÓN COLECTIVA

Los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga.

PRECEPTOS RELACIONADOS

- Carta: arts. 12, 27, 29-32.
- TFUE: arts. 154 y 155.

ANTECEDENTES

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: arts. 137-139 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: arts. I-48, II-88 y III-210-III-212.

COMENTARIO

MANUEL LÓPEZ ESCUDERO

*Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de Granada*

Este precepto de la Carta consagra dos derechos sociales ampliamente reconocidos internacionalmente y en los derechos internos de los Estados miembros, como son el derecho de negociación colectiva y el derecho de acción colectiva. Se trata de derechos sociales de carácter colectivo, estrechamente vinculados con la libertad sindical, cuyo estatus en el Derecho Comunitario actual no estaba completamente clarificado.

1. EL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El art. 28 reconoce el derecho de negociación colectiva, disponiendo que «Los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados...».

La negociación colectiva es un derecho social, que prolonga la libertad sindical, con objeto de permitir a los trabajadores y sus representantes la negociación de las condiciones de trabajo con los empresarios y las organizaciones patronales. Se trata de un derecho social ampliamente reconocido en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, al que se refieren el Convenio número 98, de 1 de julio de 1949, y el Convenio número 154 de la Organización Internacional del Trabajo, de 19 de junio de 1981, así como el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), la Carta Social Europea y la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (CCDSFT) de 1989.

El art. 11 del CEDH regula la libertad de reunión y de asociación, enunciando en su apartado 1 el derecho de toda persona «a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para

la defensa de sus intereses». La libertad sindical constituye una manifestación particular de esta libertad de asociación y reunión. Aunque este precepto no menciona expresamente el derecho a la negociación colectiva, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha declarado que la expresión «para la defensa de sus intereses», que figura en dicha disposición, «muestra que el [CEDH] protege la libertad de defender los intereses profesionales de los miembros de un sindicato mediante la acción colectiva de éste, acción cuyo ejercicio y desarrollo deben al mismo tiempo autorizar y hacer posible los Estados contratantes» (v. TEDH, sentencias *Syndicat national de la police belge c. Bélgica* de 27 de octubre de 1975, Serie A, núm. 19, § 39; *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suecia*, de 6 de febrero de 1976, Serie A, núm. 20, § 4; *Schmidt y Dahlström c. Suecia*, de 6 de febrero de 1976, Serie A, núm. 21, § 36; *Gustafsson c. Suecia*, de 25 de abril de 1996, *Recueil des arrêts et décisions*, 1996-II, p. 637, § 45, y *Wilson, National Union of Journalists y otros c. Reino Unido*, de 2 de julio de 2002, *Recueil des arrêts et décisions*, 2002-V, § 42). Asimismo, el TEDH reconoció que la celebración de convenios colectivos también podía constituir un medio para la defensa de los intereses de los miembros de un sindicato (*Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suecia*, de 6 de febrero de 1976, Serie A, núm. 20, § 39 y *Gustafsson c. Suecia*, antes citada, § 45), al mismo tiempo que desestimó el derecho a que un sindicato intentara imponer al Estado la celebración de tales convenios (TEDH, sentencias *Syndicat national de la police belge c. Bélgica*, de 27 de octubre de 1975, Serie A, núm. 19, § 39; *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suecia*, de 6 de febrero de 1976, Serie A, núm. 20, § 39). Así, pues, esta jurisprudencia podría resumirse señalando que el art. 11.1 del CEDH exige a las partes contratantes que permitan a los sindicatos luchar por la defensa de los intereses de sus miembros, aunque sin fijarles los medios para alcanzar dicho resultado.

Por su parte, el art. 6 de la Carta Social Europea de 1961 impone a los Estados la obligación de promover la negociación voluntaria de los interlocutores sociales y la conclusión de convenios colectivos por parte de las organizaciones representativas de trabajadores y de empresarios. El apartado 12 de la CCDSFT recoge el derecho de negociación colectiva de las organizaciones representativas de trabajadores y empresarios de acuerdo con las prácticas y las condi-

ciones previstas por los derechos nacionales, así como la posibilidad de celebración de acuerdos colectivos como resultado del diálogo social europeo.

En lo que respecta al Derecho de la Unión Europea, el derecho de negociación colectiva aparece desde una doble perspectiva que es importante tener presente y que el art. 28 mantiene al indicar que este derecho se ejerce «de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales». Por una parte, existe el derecho de negociación colectiva en el marco del diálogo social europeo, regulado por la Unión Europea, según lo previsto en los actuales arts. 138 y 139 del TCE, cuyo contenido se retoma en los arts. 154 y 155 del TFUE, reforzándose con el nuevo art. 152 del TFUE. Este precepto, que rescata el art. I-48 del Tratado Constitucional, establece que «La Unión reconocerá y promoverá el papel de los interlocutores sociales en su ámbito, teniendo en cuenta la diversidad de los sistemas nacionales. Facilitará el diálogo entre ellos, dentro del respeto de su autonomía. La cumbre social tripartita para el crecimiento y el empleo contribuirá al diálogo social».

Por otra parte, nos encontramos con el derecho de negociación colectiva ejercido de conformidad con los derechos internos de los Estados miembros y que el art. 28 ampara sólo como límite a la actuación de la Unión Europea en el marco de las competencias que tiene atribuidas. Es decir, el art. 28 no es para la Unión Europea una base jurídica con la que armonizar el ejercicio del derecho de negociación colectiva en todos los Estados miembros, sino que van a continuar siendo éstos los que lo regulen (un panorama muy completo de estas normas nacionales se encuentra en Sciarra 2006, 41 y ss.). El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha conocido ya algunos asuntos que encajan en este supuesto de invocación del derecho de acción colectiva, ejercido de conformidad con las normas nacionales, como límite a la aplicación de normas comunitarias. El asunto *Albany* (TJCE, sentencias de 21 de septiembre de 1999, *Albany*, C-67/96, Rec., p. I-5751; *Brentjens*, C-115/97 a C-117/97, Rec., p. I-6025; y *Drijvende Bokken*, C-219/97, Rec., p. I-6121) versaba sobre un convenio colectivo entre organizaciones que representaban a empresarios y trabajadores, por el que se creaba un fondo sectorial de pensiones cuya afiliación era obligatoria. El TJCE declaró que el convenio en cuestión no estaba comprendido,

por razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del art. 81 del TCE, lo que parece lógico porque el TCE no puede fomentar el diálogo social para la celebración de convenios colectivos relativos a las condiciones de trabajo y los salarios y, a la vez, entender que estos convenios son incompatibles con las normas sobre la competencia. En este asunto, el abogado general Jacobs en sus conclusiones consideró que las normas internacionales no eran demasiado claras y que las tradiciones constitucionales nacionales eran demasiado heterogéneas para considerar el derecho de negociación colectiva como un derecho fundamental protegible. Ahora bien, las conclusiones del abogado general Tizzano, de 23 de mayo de 2007, en el asunto C-341/05, *Laval*; así como las de idéntica fecha del abogado general Poiares Maduro en el asunto C-438/05, *Finnish Seaman's Union*, sí consideran que el derecho de negociación colectiva, ejercido de conformidad con las normas nacionales de un Estado, es un derecho fundamental que en el marco del Derecho Comunitario puede aplicarse como límite al ejercicio de una libertad fundamental.

En lo que respecta al derecho de negociación colectiva ejercido en el contexto del diálogo social europeo, la Unión Europea cuenta, como se ha dicho, con competencias al respecto, y es necesario tener en cuenta los actuales arts. 138 y 139 del TCE (y los futuros arts. 152, 154 y 155 TFUE) para saber el alcance de este derecho. Estos preceptos contemplan la posibilidad de que los interlocutores sociales a escala europea lleven a cabo un diálogo social bipartito, que puede ser institucionalizado, si se produce a instancia de la Comisión, o bien autónomo si ellos lo realizan por propia iniciativa. Uno de los objetivos más importantes de este diálogo bipartito es desarrollar la negociación colectiva a escala europea y, como resultado, la elaboración de convenios colectivos.

Los titulares del derecho de negociación colectiva a escala de la Unión Europea son, según el art. 28, los trabajadores y los empresarios o sus organizaciones respectivas. Con ello, se permite la negociación colectiva no sólo al máximo nivel de organizaciones representativas de los sindicatos y de la patronal, sino en todos los ámbitos. En el caso de la Unión Europea no hay norma expresa que determine los requisitos a cumplir o quiénes pueden realizar la negociación colectiva. En el diálogo social bipartito institucionalizado,

es la Comisión la que consulta a las organizaciones que luego llevan a cabo la negociación colectiva, teniendo en cuenta que éstas cumplan el requisito de una «representatividad acumulada suficiente» (TPI, sentencia de 17 de junio de 1998, *UEAPME*, T-131/96, Rec., p. II-2346, apartado 90). En el diálogo social bipartito autónomo, los negociadores se determinan por los interlocutores sociales en ejercicio de su autonomía. En la negociación colectiva interprofesional europea, los trabajadores suelen estar representados por la Confederación Europea de Sindicatos (CES), Eurocadres y la Federación Europea de Jubilados y Personas Mayores, mientras que los empresarios lo están por la Unión de Confederaciones Industriales y Empresariales de Europa (UNICE), la Unión Europea de la Artesanía y las Pequeñas y Medianas Empresas (UEAPME) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP).

Los convenios colectivos son el resultado principal de la negociación colectiva desarrollada a escala de la Unión Europea. Su aplicación se realiza (actual art. 139.2 TCE y futuro art. 155.2 TFUE) según los procedimientos y prácticas propios de los interlocutores sociales y de los Estados miembros (se les denomina acuerdos autónomos), es decir, mediante la actuación de los interlocutores sociales nacionales y de acuerdo con los procedimientos previstos al efecto por los derechos internos; o bien mediante una decisión adoptada por el Consejo a propuesta de la Comisión, informando de ella al Parlamento Europeo (su contenido se incorpora a un acto normativo de la Unión Europea). Este segundo tipo se denomina *acuerdos reforzados*. Mientras que los acuerdos autónomos sí son propiamente convenios colectivos, estos otros tienen una naturaleza distinta, porque la autonomía de los negociadores se ve mediatizada por las intervenciones en el proceso de las instituciones comunitarias.

Hasta el momento, los convenios adoptados de conformidad con el actual art. 139.2 del TCE, han sido tres acuerdos autónomos aplicados según los procedimientos propios de los interlocutores sociales en cada Estado miembro de acuerdo con su Derecho interno, a saber: el Acuerdo marco sobre el teletrabajo de 2002, el Acuerdo marco sobre el estrés en el trabajo de 2004 y el Acuerdo sobre la licencia europea para los conductores que realizan servicios de interoperabilidad transfronteriza de 2004. Los acuerdos aplicados mediante decisión del Consejo que se han elaborado hasta ahora son

mucho más numerosos: Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES (*DO L* 145, de 19 de junio de 1996); Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES (*DO L* 14, de 20 de enero de 1998); Directiva 99/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada de la CES, la UNICE y el CEEP (*DO L* 175, de 10 de julio de 1999), Directiva 1999/63/CE del Consejo, de 21 de junio de 1999, relativa al Acuerdo sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar suscrito por la Asociación de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación de Sindicatos del Transporte de la Unión Europea (FST) (*DO L* 167, de 2 de julio de 1999); Directiva 2000/79/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa a la aplicación del Acuerdo europeo sobre la ordenación del tiempo de trabajo del personal de vuelo en la aviación civil, celebrado por la Association of European Airlines (AEA), la European Transport Workers' Federation (ETF), la European Cockpit Association (ECA), la European Regions Airline Association (ERA) y la International Air Carrier Association (IACA) (*DO L* 302, de 1 de diciembre de 2000, p. 57); Directiva 2005/47/CE del Consejo, de 18 de julio de 2005, relativa al acuerdo entre la Comunidad de Ferrocarriles Europeos (CER) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (EFT) sobre determinados aspectos de las condiciones de trabajo de los trabajadores móviles que realizan servicios de interoperabilidad transfronteriza en el sector ferroviario (*DO L* 195, de 27 de julio de 2005).

El art. 28 de la Carta establece que el derecho de negociación colectiva, desarrollado de conformidad con el derecho de la Unión Europea o con los derechos nacionales, se llevará a cabo *en los niveles adecuados*. Esto significa que los actores de la negociación colectiva disponen de libertad para elegir el ámbito de negociación que consideren más conveniente, que podrá ser el europeo, el nacional, el interconfederal, el sectorial, el de los grupos nacionales internacionales de empresas o el de planta (Veneziani 2006, 316).

Aunque el derecho de negociación colectiva se está ejerciendo en el marco del diálogo social europeo, el art. 28 va a contribuir a su

afianzamiento, así como a facilitar su utilización de conformidad con las normas nacionales para restringir la actuación de la Unión Europea en el ejercicio de sus competencias de atribución. En cualquier caso, es previsible que el art. 28 contribuya a potenciar la cada vez más necesaria negociación colectiva a escala de la Unión Europea, que ha dado ya frutos, pero que sigue mostrando numerosos elementos de debilidad.

2. EL DERECHO DE ACCIÓN COLECTIVA

Con respecto a la posibilidad de que los interlocutores sociales utilicen las medidas de conflicto colectivo, el art. 28 establece que «Los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho [...] a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga». Este precepto se inspira fundamentalmente en el art. 6.4 de la Carta Social Europea y en el art. 13 de la CCDSFT, así como en la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 11 del CEDH y en otros textos internacionales (art. 8 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas de 1996, que obliga a los Estados parte a garantizar el derecho de huelga).

Aunque el art. 11.1 del CEDH no lo mencione expresamente, el derecho a la adopción de medidas de acción o conflicto colectivo es otra de las manifestaciones del derecho de libertad sindical, según la jurisprudencia del TEDH, al igual que la negociación colectiva. No obstante, se desprende de esta jurisprudencia que el art. 11.1 del CEDH, al dejar a cada Estado la elección de los medios para alcanzar ese fin, no implica necesariamente el derecho de huelga, puesto que los intereses de los miembros de un sindicato pueden defenderse por otros medios y dado que, además, el art. 11 del CEDH no consagra expresamente el derecho de huelga, puede el derecho interno someterlo a una regulación que limite su ejercicio en determinados casos (TEDH, sentencia *Schmidt y Dahlström c. Suecia*, antes citada, § 36). Como ya se ha indicado respecto al derecho de negociación colectiva, la jurisprudencia del TEDH establece que el art. 11.1 del CEDH exige a las partes contratantes que permitan a los sindicatos luchar por la defensa de los intereses de sus miembros

sin imponerles los medios para alcanzar dicho resultado. El art. 11.2 del CEDH precisa que «el ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos [...]».

Según el art. 6.4 de la Carta Social Europea, las partes contratantes reconocen «el derecho de los trabajadores y empleadores, en caso de conflicto de intereses, a emprender acciones colectivas, incluido el derecho de huelga, sin perjuicio de las obligaciones que puedan dimanar de los convenios colectivos en vigor». El anexo de la Carta Social Europea precisa que se entiende que una parte contratante podrá regular, en lo que a ella le concierne, el ejercicio del derecho a la huelga por ley, siempre que cualquier otra restricción a ese derecho pueda justificarse conforme a los términos del art. 31. Resulta del apartado 1 de este artículo que el ejercicio efectivo de los derechos y principios consagrados por la Carta Social Europea no puede ser objeto de restricciones o limitaciones que no estén especificadas en las partes I y II de dicha Carta, salvo las establecidas por la Ley y que sean necesarias en una sociedad democrática para garantizar el respeto de los derechos y libertades de terceros o para proteger el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las buenas costumbres.

Por otra parte, el apartado 13 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales consagra «el derecho a recurrir, en caso de conflicto de intereses, a acciones colectivas, incluye el derecho a la huelga, sin perjuicio de las obligaciones resultantes de las reglamentaciones nacionales y de los convenios colectivos».

En el ámbito de los derechos internos de los Estados miembros, numerosos textos constitucionales protegen expresamente la libertad de crear organizaciones sindicales y la defensa de sus intereses mediante la acción colectiva, siendo a ese respecto el derecho de huelga la modalidad más frecuentemente citada (art. 37.2 de la Constitución Española o art. 9.3 de la Ley Fundamental alemana, por ejemplo).

El art. 28 de la Carta tiene el gran mérito de clarificar la existencia del derecho de acción colectiva en el marco del Derecho de la

Unión Europea, porque su existencia hasta ahora planteaba dudas. En efecto, el art. 137.5 del TCE excluye de la esfera de las medidas adoptables por las instituciones comunitarias en los ámbitos enumerados en su apartado 1, con arreglo a las modalidades previstas en su apartado 2, los aspectos de la política social de los Estados miembros relativos a las remuneraciones, al derecho de asociación y a los derechos de huelga y de cierre patronal. Ahora bien, esta disposición se limita a excluir la adopción por las instituciones comunitarias de las medidas contempladas en el apartado 2 del mismo artículo, en particular, la adopción de directivas por las que se establezcan disposiciones mínimas reguladoras del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, pero no supone que el derecho de acción colectiva no pueda ser acogido por el derecho de la Unión Europea y pueda ser invocado como un principio general de derecho. La situación que se produce con la Carta de Derechos Fundamentales confirma el razonamiento precedente, ya que su art. 28 establece el derecho de acción colectiva, pese a que la Unión Europea continuará sin disponer de competencia en materia de huelga y de cierre patronal, de conformidad con el art. 153.5 del TFUE, que retoma el contenido del actual art. 137.5 del TCE. La Unión Europea carece de competencia para armonizar el contenido y el ejercicio del derecho de acción colectiva, pero este derecho es invocable como límite frente a las actuaciones de la Unión en el marco de las competencias que tiene atribuidas. En cualquier caso, el art. 28 de la Carta nunca podrá ser el fundamento jurídico para una regulación del derecho de acción colectiva por parte de la Unión Europea, como resulta claramente de su art. 51.2.

Hasta hace muy poco tiempo el TJCE no había declarado que el derecho de acción colectiva es un derecho fundamental que debe ser aplicado en el Derecho de la Unión como principio general del Derecho. Esta confirmación ha sido realizada por el TJCE con nitidez en la sentencia *International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union*, C-438/05 (TJCE, sentencia de 11 de diciembre de 2007) y en la sentencia *Laval un Partneri*, C-341/05 (TJCE, sentencia de 18 de diciembre de 2007). En este último asunto, el abogado general Tizzano, en sus conclusiones de 23 de mayo de 2007, afirmó, apoyándose en el art. 28 de la Carta y en los instrumentos internacionales que «el derecho a la acción colectiva para la defensa de los

intereses de los miembros de un sindicato constituye un derecho fundamental. No se trata, pues, únicamente de un “principio general del Derecho del Trabajo”, como ya había admitido el Tribunal de Justicia en una jurisprudencia relativamente antigua referente al contencioso de la función pública comunitaria, sino de un principio general del Derecho comunitario en el sentido del art. 6.2 TUE, apartado 2. Por lo tanto, ese derecho debe estar protegido en la Comunidad» (apartado 78 de sus conclusiones). El TJCE, mencionando también el art. 28 de la Carta, ha confirmado en el apartado 91 de la sentencia *Laval* que «el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo es un derecho fundamental que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia», aunque «su ejercicio puede supeditarse a ciertas restricciones», lo que «reafirma el artículo 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, al indicar que dichos derechos están protegidos de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales» (apartado 44 de la sentencia *International Transport Workers’ Federation y Finnish Seamen’s Union*).

El asunto *Laval* es muy ilustrativo sobre la tipología de supuestos en los que se podrá invocar el derecho de acción colectiva del art. 28. En este caso, Laval un Partneri Ltd., una sociedad letona, desplazó a trabajadores en mayo de 2004 desde Letonia para realizar obras en Suecia. Las obras fueron ejecutadas por una sociedad filial, denominada L&P Baltic Bygg AB. En junio de 2004, Laval y Baltic Bygg, por una parte, y el sindicato sueco de los trabajadores del sector de la construcción y las obras públicas, por otra, iniciaron negociaciones con vistas a la conclusión de un acuerdo de adhesión al convenio colectivo de la construcción vigente en Suecia, pero no pudo alcanzarse ningún acuerdo. El 2 de noviembre de 2004, el sindicato sueco adoptó una medida de conflicto colectivo consistente en un bloqueo de las actividades en la totalidad de los centros de trabajo de Laval. Tras interrumpirse las actividades en esa obra durante cierto tiempo, Baltic Bygg fue objeto de un procedimiento colectivo de liquidación y los trabajadores letones desplazados regresaron a su país. Laval interpuso una demanda ante un tribunal sueco impugnando la legalidad de la acción colectiva y éste planteó al TJCE una cuestión prejudicial so-

bre la compatibilidad con el Derecho Comunitario de estas acciones colectivas.

En el asunto *Laval*, el Tribunal de Justicia señaló que el derecho de las organizaciones sindicales de un Estado miembro a adoptar medidas de conflicto colectivo mediante las cuales las empresas establecidas en otros Estados miembros puedan verse obligadas a negociar por tiempo indeterminado para conocer las cuantías de salario mínimo y a adherirse a un convenio colectivo cuyas cláusulas van más allá de la protección mínima garantizada por la Directiva 96/71 puede hacer menos interesante, incluso más difícil, para dichas empresas la ejecución de obras de construcción en el territorio sueco, y constituye, por este motivo, una restricción a la libre prestación de servicios. Una restricción a la libre prestación de servicios sólo puede admitirse cuando persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado y está justificada por razones imperiosas de interés general, si bien, en tal caso, debe ser adecuada para garantizar la realización del objetivo perseguido y no ir más allá de lo necesario para lograrlo. El TJCE admitió que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, con la finalidad de proteger a los trabajadores del Estado de acogida frente a una eventual práctica de *dumping* social, puede constituir una razón imperiosa de interés general y aceptó, además, que las medidas de bloqueo adoptadas por el sindicato sueco estaban comprendidas en este objetivo de la protección de los trabajadores. No obstante, en las circunstancias del caso dichas medidas no resultaban justificadas para conseguir dicho objetivo, porque la negociación salarial que pretendían imponer a una empresa establecida en otro Estado miembro se inscribía en un contexto nacional caracterizado por la falta de disposiciones precisas y accesibles con el fin de evitar que, en la práctica, resultara imposible o excesivamente difícil para la empresa determinar las obligaciones que debía cumplir en materia de salario mínimo.

El asunto *International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union* ofrece otro caso interesante sobre la interacción entre el derecho de acción colectiva y la libertad de establecimiento. Se planteó la controversia entre una empresa finlandesa de transbordadores que operaban entre Helsinki y Tallin, Viking Line, y un sindicato finlandés, Finish Seaman's Union (FSU), apoyado por una asociación internacional de sindicatos, la Internacional Transport

Worker's Federation. La empresa Viking quiso trasladar su lugar de establecimiento de Finlandia a Estonia para aprovechar que los sueldos eran más bajos y prestar sus servicios desde allí. El sindicato finlandés, apoyado por la asociación internacional de sindicatos, intentó evitarlo y amenazó con llevar a cabo huelgas y boicots si la empresa se trasladaba sin mantener los niveles salariales, es decir, organizó una acción colectiva concertada. El abogado general Poiares Maduro, en sus conclusiones de 23 de mayo de 2007, consideró que una política coordinada de acción colectiva entre sindicatos constituye normalmente un medio legítimo de proteger los salarios y las condiciones laborales de los marinos, pero sería directamente contraria al principio de no discriminación en que se basa el mercado común si produce el efecto de compartimentar el mercado laboral e impide que se contrate a marinos procedentes de determinados Estados miembros para proteger los empleos de los marinos de otro Estado miembro. En su opinión, el Derecho Comunitario no excluye que los sindicatos promuevan una acción colectiva que produzca el efecto de restringir el derecho de establecimiento de una empresa que pretende trasladarse a otro Estado miembro, con objeto de proteger a los trabajadores de esta empresa. Sin embargo, una acción colectiva dirigida a impedir que una empresa establecida en un Estado miembro preste sus servicios conforme a derecho en otro Estado miembro, después de haberse trasladado, es incompatible con el Derecho Comunitario. Como puede apreciarse, el Abogado General acepta la invocación del derecho de acción colectiva como justificación para restringir el derecho de establecimiento, pero no si esta acción colectiva concertada pretende compartimentar los mercados laborales nacionales. El TJCE consideró en su sentencia que una medida de conflicto colectivo, como la proyectada por el FSU, tiene como consecuencia hacer menos interesante, o incluso inútil, como destacó el Tribunal remitente, el ejercicio por Viking de su derecho al libre establecimiento, porque impide que ésta y su filial Viking Eesti disfruten, en el Estado de acogida, del mismo trato que reciben los demás operadores económicos establecidos en ese Estado. A continuación, analizó si dicha restricción al derecho de establecimiento resultaba justificada y entendió que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo con la finalidad de proteger a los trabajadores constituye un interés legítimo que puede justificar, en

principio, una restricción a una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado, «siempre que se compruebe que son adecuadas para garantizar la realización del objetivo legítimo perseguido y que no van más allá de lo necesario para lograr este objetivo» (apartado 90). En el caso concreto, el TJCE se remitió a la valoración del juez nacional para determinar la justificación de la acción colectiva, indicándole que debía determinar si los empleos o las condiciones de trabajo de los miembros de ese sindicato, que pudieran verse afectados por el cambio de pabellón del Rosella, estaban comprometidos o seriamente amenazados y que debía averiguar si, con arreglo a la legislación nacional y al Derecho derivado de los convenios colectivos aplicable a esta medida, el FSU no disponía de otros medios, menos restrictivos de la libertad de establecimiento, para conseguir el éxito de la negociación colectiva desarrollada con Viking y, por otra parte, si este sindicato había agotado estos medios antes de emprender dicha medida.

El art. 28 se refiere expresamente a una modalidad del derecho de acción colectiva, que es el derecho de huelga, pero como la acción colectiva es de los trabajadores y, también, de los empresarios, hay que entender incluido en este derecho el cierre patronal o *lock-out*.

En cualquier caso, el art. 28 contribuye a la clarificación de la posición del derecho de acción colectiva como derecho fundamental en la Unión Europea y refuerza su invocación como límite a las acciones comunitarias en ejercicio de sus competencias de atribución.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GONZÁLEZ, M. C. «La negociación colectiva comunitaria». *Una aproximación al derecho social comunitario*. Madrid: Tecnos, 2000, pp. 160 y ss.
- CARLETTI, C. *I diritti fondamentali e l'Unione Europea tra Carta di Nizza e Trattato-Costituzione*. Milán: Giuffrè, 2005, pp. 217-276.
- CASAS BAAMONDE, M. E. «La negociación colectiva europea como institución democrática (y sobre la representatividad de los interlocutores sociales europeos)». *Relaciones Laborales* 21 (1998).
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y R. TASCÓN LÓPEZ. «Derecho de negociación colectiva y de acción colectiva». En E. Álvarez Conde y V. Garrido Mayol. *Comentarios a la Constitución Europea. Vol. 2: Los derechos y libertades*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 1101-1132.
- FERRARI BRAVO, L., F. M. DI MAJO y A. RIZZO. *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*. Milán: Giuffrè, 2001, pp. 98-101.

- LACOMBA PÉREZ, F. R. y J. SALIDO BANÚS. «Derechos colectivos, información y consulta y acción colectivas en la Constitución Europea». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* 57 (2005): pp. 323-334.
- LOTITO, P. F. «Art. 28. Diritto di negoziazione e di azioni collettive». En R. Bifurco, M. Cartabia y A. Celotto. *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*. Bolonia: Il Mulino, 2002, pp. 215-222.
- MOLINA GARCÍA, M. *La negociación colectiva europea. Entre el acuerdo colectivo y la norma negociada*. Valencia: 2002.
- MTAS. *La negociación colectiva en Europa*. Madrid, 2004.
- NAVARRO PRIETO, F. «El derecho de negociación colectiva». En R. Quesada Segura, ed. *La constitución europea y las relaciones laborales*. Sevilla: XXII Jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales, 2004.
- RODIÈRE, P. «Article II-88». En L. Bourgoegue-Larsen, A. Levade y F. Picod, dirs. *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II: La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article*. Bruselas: Bruylant, 2005, pp. 382-400.
- SCIARRA, S. «The Evolving Relationship Between Collective Bargaining and the Law in the Member States». En Comisión Europea. *Industrial Relations in Europe 2006*. Bruselas, 2006, pp. 41-55.
- SERRANO GARCÍA, J. «Efectos del reconocimiento del derecho a la negociación colectiva en la Constitución Europea». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* 57 (2005): pp. 303-322.
- VENEZIANI, B. «La Constitución europea: entre Erasmo de Róterdam y los iconos de la solidaridad». En R. Quesada Segura, ed. *La Constitución europea y las relaciones laborales*. Sevilla: XXII Jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales, 2004.
- «Right of Collective Bargaining and Action (Article 27)». En B. Bercusson, ed. *European Labour Law and the Charter of Fundamental Rights*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2006, pp. 291- 336.
- VIGNEAU, C. «Etude sur l'autonomie collective au niveau communautaire». *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 4 (2002): pp. 674 y ss.

ARTÍCULO 29

DERECHO DE ACCESO A LOS SERVICIOS DE COLOCACIÓN

Toda persona tiene derecho a acceder a un servicio gratuito de colocación.

PRECEPTOS RELACIONADOS

- Carta: art. 15.
- TFUE: art. 46.

ANTECEDENTES

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: art. 40 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: arts. II-89 y III-134.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 29.

COMENTARIO

MANUEL LÓPEZ ESCUDERO

*Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de Granada*

El derecho de acceso a un servicio gratuito de colocación es un derecho social de carácter instrumental que aparece regulado en varias normas internacionales y que también ha conocido desarrollos en el ámbito del Derecho de la Unión Europea, con anterioridad a

su reconocimiento de forma escueta y lacónica en el art. 29 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

1. FUENTES DE INSPIRACIÓN: LOS CONVENIOS DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) Y LA CARTA SOCIAL EUROPEA

Sin duda, los precedentes internacionales que han servido de inspiración al art. 29 han sido cuatro convenios de la OIT sobre los servicios de empleo y el art. 1.3 de la Carta Social Europea revisada.

Los cuatro convenios de la OIT reflejan la evolución del sector de los servicios de colocación hacia su liberalización progresiva en los últimos años. Estos convenios ponen también de relieve el progresivo reconocimiento del derecho de acceso a un servicio gratuito de colocación y la correlativa obligación de los poderes públicos de garantizarlo de acuerdo con unas condiciones determinadas (Verbruggen 2006, 245). La primera norma de la OIT fue el Convenio número 34 sobre las agencias retribuidas de colocación, de 1933, que invitaba a la supresión progresiva de las agencias de colocación con fines lucrativos y establecía un mecanismo de control de las tarifas que éstas aplicaban.

Con posterioridad, la OIT adoptó el Convenio número 88 sobre el servicio del empleo, de 1948, mediante el que los Estados se obligaban a establecer y/o mantener un servicio público y gratuito de colocación cuya función básica es realizar la mejor organización posible del mercado de trabajo como elemento del programa nacional tendente a la consecución del pleno empleo y al desarrollo de los recursos productivos. Estos servicios de empleo deben ser independientes y disponer de oficinas suficientes para prestar el servicio en todo el territorio del Estado. Los representantes de los trabajadores y de los empleadores deben asociarse a la organización y funcionamiento de estos servicios gratuitos de empleo.

En 1949, la OIT elaboró el Convenio número 96 sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), que sustituyó al Convenio número 34. En este nuevo Convenio se asumía la obligación de los Estados de establecer un servicio gratuito de colocación, con respecto a los servicios de colocación de carácter lucrativo, se daba a

los Estados la opción de suprimirlos progresivamente o bien de mantenerlos y someterlos a una regulación específica. Este Convenio ha sido completado y adaptado a la reciente evolución del mercado laboral mediante el Convenio número 181 sobre las agencias de empleo privadas, adoptado en 1997, que se aplica a todas las agencias de empleo privadas, cuya actividad consiste en aproximar las ofertas y las demandas de empleo. Los dos objetivos de este Convenio son permitir la actuación de las agencias de empleo privadas y proteger a los trabajadores que recurren a ellas. Para conseguir este último objetivo, las agencias privadas de colocación deben asegurar que los trabajadores que las utilizan:

- mantienen sus derechos de libertad sindical y de negociación colectiva;
- no sufren discriminación por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, origen social, etc.;
- tiene protegidos sus datos personales de acuerdo con la legislación nacional;
- son objeto de una protección adecuada si son trabajadores migrantes.

Para asegurar el cumplimiento de estas medidas de protección de los trabajadores que recurren a agencias de colocación privadas, la legislación nacional debe prever un régimen de sanciones que incluya la prohibición de operar para las agencias que lleven a cabo abusos y prácticas fraudulentas. En la actualidad, han proliferado en todos los países las agencias de colocación privadas.

El otro texto internacional que ha servido de inspiración al art. 29 ha sido el art. 1.3 de la Carta Social Europea revisada, de 1996, que obliga a los Estados parte a establecer o mantener servicios gratuitos de empleo para los trabajadores, como un medio para garantizar el ejercicio efectivo de su derecho al trabajo. No obstante, los Estados pueden permitir la existencia de agencias de colocación privadas, junto con el servicio público de empleo. La gratuidad de este servicio público tanto para el trabajador como para el empleador es otra condición que establece la Carta, lo que no es obstáculo para el carácter lucrativo de los servicios de empleo privados. El servicio público de empleo debe tener una cobertura territorial adecuada para

cumplir su función en todo el territorio del Estado parte, y el Comité Europeo de los Derechos Sociales ha considerado que el buen funcionamiento de este servicio requiere la participación de los interlocutores sociales en su organización y gestión.

2. NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LOS SERVICIOS DE COLOCACIÓN

El derecho al acceso a un servicio gratuito de colocación aparece en el Derecho de la Unión Europea de la mano de la libre circulación de trabajadores. En este sentido, el art. 40 d) del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), cuyo contenido se recoge en el art. 46 d) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, menciona entre las medidas a adoptar para hacer efectiva la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad el establecimiento de mecanismos adecuados para poner en relación las ofertas y las demandas de empleo.

Esta disposición del Derecho originario fue desarrollada por los arts. 13-23 del Reglamento (CEE) número 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (*DO L 257*, de 19 de octubre de 1968, p. 2), que se ocupan de la puesta en relación y compensación de las ofertas y demandas de empleo. Así, el art. 13 establece que los servicios centrales de empleo de los Estados miembros cooperarán estrechamente entre sí y con la Comisión, con miras a conseguir una acción común en el campo de la compensación de las ofertas y demandas de empleo en la Comunidad y la colocación de trabajadores que de ella resulte. El art. 15 prevé que el servicio especializado de cada Estado miembro remitirá regularmente a los servicios especializados de los demás Estados miembros y a la Oficina Europea de Coordinación:

- las ofertas de empleo que puedan ser cubiertas por nacionales de otros Estados miembros;
- las ofertas de empleo dirigidas a Estados no miembros;
- las demandas de empleo presentadas por personas que hayan declarado formalmente que desean trabajar en otro Estado miembro;

- información, por región y rama de actividad, relativa a los demandantes de empleo que hayan declarado estar efectivamente dispuestos a ocupar un puesto de trabajo en otro país.

El servicio especializado de cada Estado miembro remitirá lo antes posible estas informaciones a los servicios y organismos de empleo competentes, que procederán a su tratamiento y remitirán las candidaturas concretas y adecuadas a los servicios del primer Estado miembro. Los servicios de empleo concederán la misma prioridad a los trabajadores de los demás Estados miembros que la que conceden a los trabajadores nacionales.

Estas disposiciones del Reglamento número 1612/48 se han completado con la adopción de la Decisión 2003/8/CE de la Comisión, de 23 de diciembre de 2002, por la que se aplica el Reglamento (CEE) del Consejo número 1612/68, por lo que se refiere a la puesta en relación y la compensación de las ofertas y demandas de empleo (*DOL* 5 de 10 de enero de 2003, p. 16). Esta Decisión regula la red europea de servicios, denominada European Employment Services (EURES), que está formada por la Comisión, los servicios de empleo de los Estados miembros y cualquier otro socio nacional que puedan tener. Esta red cuenta con más de setecientos consejeros EURES en toda Europa. El propósito de EURES es proporcionar servicios de información, asesoramiento y contratación/colocación (búsqueda de empleo) a los trabajadores y empresarios, así como a cualquier ciudadano que desee beneficiarse del principio de la libre circulación de las personas. En particular, EURES pretende promover, en beneficio de los solicitantes de empleo, para los trabajadores y los empresarios:

- el desarrollo de unos mercados de trabajo europeos abiertos y accesibles a todos;
- el intercambio transnacional, interregional y transfronterizo de ofertas y demandas de empleo;
- la transparencia y el intercambio de información sobre los mercados de trabajo europeos, incluida la información sobre las condiciones de vida y las oportunidades para la adquisición de competencias;
- el desarrollo de metodologías y de indicadores con este fin.

La Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989 supone un avance en el reconocimiento de este derecho social, ya que en su apartado 6 recoge de manera casi idéntica al art. 29 el derecho a poder beneficiarse gratuitamente de los servicios públicos de empleo.

El derecho a un servicio gratuito de colocación no ha sido identificado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en su jurisprudencia como un derecho fundamental aplicable en el ordenamiento jurídico comunitario como un principio general del Derecho. Es más, la jurisprudencia del TJCE, que se refiere a los servicios de colocación, aborda el funcionamiento de éstos desde la óptica de la aplicación de las disposiciones sobre libre competencia. En concreto, hay varios asuntos en los que el TJCE analiza la compatibilidad de los servicios públicos de empleo nacionales prestados en régimen de monopolio con los arts. 82 y 86 del TCE, que prohíben el abuso de posición dominante de las empresas públicas. El Tribunal de Justicia ha estimado que las oficinas públicas de empleo están sometidas a la prohibición del art. 82 del TCE, en tanto que la aplicación de esta disposición no impida el cumplimiento de la misión específica que se les ha confiado. El Estado miembro que prohíbe toda actividad de mediación e interposición entre demandas y ofertas de trabajo, cuando no la realizan dichas oficinas, infringe el art. 86.1 del TCE si crea una situación en la que las oficinas públicas de empleo se ven necesariamente obligadas a infringir los términos del art. 82 del TCE. Así sucede en particular cuando se cumplen de forma cumulativa los siguientes requisitos, a saber: las oficinas públicas de empleo no están manifiestamente en condiciones de satisfacer la demanda del mercado para todos los tipos de actividades; el ejercicio efectivo de las actividades de colocación por empresas privadas se hace imposible por el mantenimiento en vigor de disposiciones legales que prohíben tales actividades, so pena de sanciones penales y administrativas; y las actividades de colocación de que se trata pueden extenderse a nacionales o a territorios de otros Estados miembros (TJCE, sentencias de abril de 1991, *Höfner y Elser*, C-41/90, Rec., p. I-1979, apartado 28; de 11 de diciembre de 1997, *Job Centre*, C-55/96, Rec., p. I-7119, apartado 38; y de 8 de junio de 2000, *Carra y otros*, C-258/98, Rec., p. I-3528, apartado 13).

3. ELEMENTOS DESTACABLES DEL ART. 29

El art. 29 regula de forma muy escueta el derecho al acceso a un servicio gratuito de colocación, limitándose prácticamente a enunciar la existencia de este derecho, pero sin ofrecer precisiones sobre su contenido. Teniendo en cuenta los textos internacionales que lo regulan y la normativa comunitaria que alude a él, es posible hacer algunas precisiones sobre el alcance de este derecho social.

En primer lugar, se trata de un derecho de carácter instrumental, cuya existencia se justifica para permitir el ejercicio efectivo de otros derechos, especialmente, el derecho a trabajar (art. 15 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea) y el derecho a la protección contra la exclusión social y la pobreza (art. 30 de la Carta Social Europea, sin equivalente directo en la Carta de Derechos Fundamentales, aunque el derecho de ayuda social del art. 34.3 es una manifestación del mismo). Es evidente que si los Estados mantienen un servicio gratuito de colocación es para favorecer el ejercicio efectivo del derecho a trabajar. Estos servicios también contribuyen a disminuir la exclusión social favoreciendo la inserción laboral de las personas mayormente expuestas a un riesgo de exclusión social, como es el caso de jóvenes, desocupados de larga duración o inmigrantes (Lotito 2002, 220).

En segundo lugar, el derecho de acceso gratuito a un servicio de colocación mantiene una estrecha relación con el derecho de orientación profesional, reconocido por el art. 9 de la Carta Social Europea, y que obliga al Estado a establecer un servicio gratuito que ayude a las personas a resolver los problemas que plantea la elección de una profesión o la promoción profesional, teniendo en cuenta las características del interesado y su relación con las posibilidades del mercado de empleo. El servicio de orientación puede favorecer la actuación del servicio de colocación, mejorando las capacidades del trabajador para adaptarse a las ofertas de empleo existentes. También existe complementariedad por similares motivos entre el derecho a un servicio gratuito de colocación y el derecho al acceso a la formación profesional y permanente, reconocido por el art. 14.1 de la Carta de Derechos Fundamentales.

En tercer lugar, el art. 29 obliga a los Estados miembros a asegurar una prestación tanto a los trabajadores como a los empleadores, que consiste en asegurar que éstos tienen acceso a un servicio de colocación eficaz y accesible en todo el territorio nacional. Este servicio debe ser gratuito tanto para los trabajadores demandantes de empleo como para los empleadores que presentan sus ofertas de empleo, aunque esta gratuidad puede limitarse cuando la función del servicio exceda del simple cruce de ofertas y demandas de empleo y se extienda a la realización de pruebas de evaluación o selección.

En cuarto lugar, la gratuidad del servicio de colocación no exige que éste tenga carácter público y mucho menos que sea prestado en régimen de monopolio por el Estado. Es más la jurisprudencia del TJCE antes citada considera incompatible con la prohibición del abuso de posición dominante el monopolio público de los servicios de colocación. Por consiguiente, el servicio gratuito de colocación puede ser público, pero junto a él puede haber, y de hecho han proliferado, agencias privadas de colocación con fines lucrativos. Este hecho genera el problema de que estas agencias privadas van a tramitar las demandas de empleo con más posibilidades de éxito, ocupando así los estratos más dinámicos del mercado de trabajo, que es donde será rentable la prestación del servicio de colocación. Con ello, se corre el riesgo de que el servicio público de colocación vaya perdiendo progresivamente eficacia y se ocupe de la gestión de las solicitudes de empleo con menos posibilidades de encontrar un trabajo.

En quinto lugar, el Estado deberá establecer un servicio gratuito de colocación con una implantación territorial adecuada que le permita garantizar este derecho en todo su territorio. En el establecimiento de este servicio, será importante la colaboración de los interlocutores sociales, que van a ser luego sus usuarios.

Por último, el servicio gratuito de colocación en su actuación, así como las agencias privadas, deben velar por el respeto de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores en la línea de las prescripciones establecidas por el Convenio número 181 de la OIT.

BIBLIOGRAFÍA

- CARLETTI, C. *I diritti fondamentali e l'Unione Europea tra Carta di Nizza e Trattato-Costituzione*. Milán: Giuffrè, 2005, pp. 267-271.
- FERRARI BRAVO, L., F. M. DI MAJO y A. RIZZO. *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*. Milán: Giuffrè, 2001, pp. 102.
- GAUDU, F. «Article II-89». En L. Bourgogue-Larsen, A. Levade y F. Picod, dirs. *Traité Établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II: La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article*. Bruselas: Bruylant, 2005, pp. 401-406.
- LOTITO, P. F. «Art. 29». En R. Bifurco, M. Cartabia y A. Celotto. *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*. Bologna: Il Mulino, 2002, pp. 218-222.
- LUJÁN ALCARAZ, J. y C. SÁNCHEZ TRIGUEROS. «Derecho de acceso a los servicios de empleo». En E. Álvarez Conde y V. Garrido Mayol. *Comentarios a la Constitución Europea. Vol. 2: Los derechos y libertades*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2004, pp. 1133-1162.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. dir. *Lecciones de derecho del empleo*. Madrid: Tecnos, 2003.
- VERBRUGGEN, V. «Article 29». En AA. VV. *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*. Bruselas: EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, junio 2006, pp. 244-249.

ARTÍCULO 30
PROTECCIÓN EN CASO DE DESPIDO INJUSTIFICADO

Todo trabajador tiene derecho a protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales.

PRECEPTOS RELACIONADOS

- Carta: arts. 27-29 y 31-33.
- TFUE: arts. 153 y 154.

ANTECEDENTES

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: arts. 137-139 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: art. II-90, III-210-III-212.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 30.

COMENTARIO

MANUEL LÓPEZ ESCUDERO
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de Granada

El derecho a la protección contra el despido injustificado es un derecho social de tercera generación que ha sido objeto de regulación

reciente en textos internacionales y que aparece como tal consagrado en pocas constituciones nacionales. Tal como se recoge en el art. 30 sus fuentes de inspiración son claramente el art. 24 de la Carta Social Europea revisada de 1996 y los convenios números 158 y 173 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Además de ello, la protección contra el despido es un ámbito que forma parte de las materias de política social en las que la Unión Europea dispone de competencia armonizadora en virtud del art. 137.1, letra d) del Tratado de Comunidad Europea (TCE), que se refiere a «la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral», lo que ha dado lugar a un número apreciable de directivas que, de forma directa o indirecta, contienen normas referentes al despido. El art. 153.1, letra d) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) tiene idéntico contenido, y el apartado 2 de este precepto mantiene la exigencia de la unanimidad para la elaboración de normas de Derecho derivado referentes a la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato de trabajo, aunque se prevé la posibilidad de que el Consejo decida por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, que las decisiones pasen a ser adoptadas mediante el procedimiento legislativo ordinario, en el que se aplica la nueva mayoría cualificada.

1. EL CONTEXTO JURÍDICO INTERNACIONAL

Los principales textos internacionales de referencia en los que se ha inspirado la elaboración del art. 30 son el Convenio 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo, de 1982, y el art. 24 de la Carta Social Europea revisada de 1996, que retoma el contenido de las tres primeras secciones del referido Convenio. Los Estados deben regular el despido de conformidad con las disposiciones del Convenio número 158 de la OIT, que impone obligaciones al empleador, de las que resulta la protección del trabajador, pero que no establece un derecho de éste de protección frente al despido.

El Convenio se aplica a todas las ramas de actividad económica y a todas las personas empleadas, pudiendo excluir los Estados de la

totalidad o de algunas de las disposiciones del presente Convenio a las siguientes categorías de personas empleadas: los trabajadores con un contrato de trabajo de duración determinada o para realizar una tarea concreta; los trabajadores que efectúen un período de prueba o que no tengan el tiempo de servicios exigido; y los trabajadores contratados con carácter ocasional durante un período de corta duración.

El Convenio entiende el despido como la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, y en su art. 4 establece que sólo se podrá despedir a un trabajador si existe una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio. El art. 5 establece un listado de motivos que no constituirán causa justificada para el despido:

- la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo;
- ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;
- presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes;
- la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social;
- la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad.

El art. 6 del Convenio añade que la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir tampoco una causa justificada de terminación de la relación de trabajo. La Recomendación R166 de la OIT sobre el despido, de 1982, considera que tampoco son motivos válidos para el despido la edad y la ausencia debida al servicio militar obligatorio u obligación cívica alternativa.

La Sección B del Convenio regula el procedimiento a seguir en materia de despido. El art. 7 obliga a que el empleador haya concedido al trabajador antes del despido la posibilidad de defenderse de

los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad. La Recomendación R166 establece que el empleador deberá advertir al trabajador de que la repetición de una falta puede ser un motivo de despido.

La Sección C del Convenio número 158 regula el derecho de recurso contra el despido, estableciendo el art. 8 que el trabajador que considere injustificada la terminación de su relación de trabajo tendrá derecho a recurrir contra la misma ante un organismo neutral, como un tribunal, un tribunal del trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro. La Recomendación R166 invita a la utilización de la conciliación y a que los trabajadores sean informados de sus posibilidades de recurso.

La última parte del Convenio se refiere al despido por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos. En este supuesto, el empleador tiene una doble obligación. Por una parte, debe proporcionar a los representantes de los trabajadores interesados, en tiempo oportuno, la información pertinente, incluidos los motivos de las terminaciones previstas, el número y categorías de los trabajadores que puedan ser afectados por ellas y el período durante el cual habrían de llevarse a cabo dichas terminaciones. Por otra parte, el empleador que prevea terminaciones por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos las notificará lo antes posible a la autoridad competente, comunicándole la información pertinente, incluida una constancia por escrito de los motivos de las terminaciones previstas, el número y las categorías de los trabajadores que puedan verse afectados y el período durante el cual habrían de llevarse a cabo dichas terminaciones. Estas disposiciones han inspirado el art. 25 de la Carta Social Europea y la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos (*DOL 225*, de 12 de agosto de 1998, p. 16).

El Convenio número 158 se completó diez años después con el Convenio número 173 de la OIT sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, de 1992, según el cual los Estados deberán aceptar que los créditos laborales, cuando hay una situación de insolvencia del empleador, sean protegidos por medio de un privilegio, de modo que sean pagados con cargo a

los activos del empleador insolvente antes de que los acreedores no privilegiados puedan cobrar la parte que les corresponda o, bien, por medio de una institución de garantía.

La Carta Social Europea se inspira en estos convenios de la OIT y en su art. 24 regula el derecho a la protección en caso de despido, pero ya como derecho de los trabajadores y no como una obligación de los empleadores (Lyon-Caen 2005, 409). El art. 24 obliga a los Estados a reconocer:

- el derecho de los trabajadores a no ser despedidos sin un motivo válido relacionado con su capacidad o su conducta o basado en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio. Este derecho opera antes del despido;
- el derecho de los trabajadores despedidos sin causa justificada a obtener una indemnización apropiada o una reparación adecuada. Este derecho despliega efectos después del despido y es una aportación de la Carta muy importante, ya que no se contempla en el Convenio número 158 de la OIT;
- el derecho de los trabajadores que se estimen víctimas de un despido injustificado a un recurso contra esta medida ante un órgano imparcial. Este derecho opera después del despido.

En cuanto a los beneficiarios de estos derechos y a los motivos que pueden justificar o no un despido, la Carta Social Europea retoma prácticamente las disposiciones del Convenio número 158 de la OIT.

Aparte de esta regla general del art. 24, la Carta Social Europea revisada contiene otras disposiciones específicas relativas a los despidos. Así, el art. 8.3 considera ilegal el despido de una mujer durante el período comprendido entre la notificación de su embarazo y el fin del permiso de maternidad. El art. 27.3 obliga a los Estados a asegurar que las responsabilidades familiares no puedan constituir por sí solas una causa válida de despido. El art. 28 protege a los representantes de los trabajadores contra actos que puedan perjudicarles, incluido el despido.

Por último, el art. 29 de la Carta obliga a los empleadores a informar y consultar a los representantes de los trabajadores con antelación en caso de despido colectivo, con objeto de analizar las posibilidades de evitar o limitar estos despidos o de atenuar sus

consecuencias mediante medidas de acompañamiento. El art. 25 protege los derechos de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario, retomando el Convenio número 173 de la OIT.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) no contiene ninguna disposición que se ocupe directamente de la protección contra el despido injustificado. No obstante, sí se han planteado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) asuntos cuyo origen se encuentra en una decisión de despido de un trabajador. En la mayoría de estos casos, el trabajador considera que las jurisdicciones nacionales han infringido el art. 6.1 del CEDH por haber superado el plazo razonable de resolución del litigio y exige una indemnización compensatoria. En el asunto *Julien c. Francia* el Tribunal subrayó la necesidad de una decisión rápida de los litigios laborales por la importancia que revisten para los trabajadores, máxime cuando se trata de juicios por despido, ya que el interesado ha perdido con esta decisión sus medios de subsistencia (TEDH, sentencias de 14 de noviembre de 2002, *Julien c. France*, Rec., núm. 50331/99; de 28 de junio de 1990, *Obermaier c. Autriche*, Serie A, núm. 179, apartado 72; de 24 de mayo de 1991, *Caleffi c. Italia*, Serie A, núm. 206B, apartado 17). En otros casos menos frecuentes, se ha discutido ante el TEDH la compatibilidad de decisiones de despido con la protección del derecho a la vida privada (art. 8 CEDH) o del derecho a la libertad de expresión (art. 10 CEDH). Así, en el asunto *Smith y Grady c. Reino Unido* el TEDH consideró una injerencia injustificada en la vida privada de los soldados Smith y Grady su despido y separación del ejército británico después de sendas investigaciones sobre su homosexualidad (TEDH, sentencia de 27 de septiembre de 1999, *Smith & Grady c. Royaume Unie*, Rec., núm. 33985/96 y 33986/98). En el asunto *Vogt*, se consideró como una injerencia injustificada en la libertad de expresión de esta profesora alemana de enseñanza secundaria su despido como sanción disciplinaria por parte de la administración alemana por no desvincularse del partido comunista (TEDH, sentencia de 26 de septiembre de 1995, *Vogt c. Allemagne*, Rec., núm. 17851/91).

2. EL *ACQUIS* COMUNITARIO RELATIVO AL DESPIDO

En ejercicio de las competencias de armonización conferidas a la Unión Europea por el art. 137 del TCE, las instituciones comunitarias han adoptado un número significativo de directivas que armonizan diferentes aspectos del derecho del trabajo y que contienen normas protectoras frente al despido. En este sentido, hay que destacar primero tres directivas que se refieren a los despidos colectivos, además de las directivas que establecen la obligación de información y consulta de los trabajadores con carácter previo a su despido y, por último, existen directivas que prevén supuestos de despidos no admisibles en aplicación de los principios de igualdad de trato y de no discriminación en el empleo (Verbruggen 2006, 257).

2.1. *Protección contra los despidos colectivos*

En lo que respecta a las normas sobre despidos colectivos, nos encontramos con la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos (*DOL* 225, de 12 de agosto de 1998, p. 16), la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros, relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad (*DOL* 82 de 22 de marzo de 2001 p. 16) y con la Directiva 2002/74/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 80/987/CEE del Consejo sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (*DOL* 270, de 8 de octubre de 2002, p. 10).

La Directiva 98/59/CE se aplica a los despidos colectivos, que son los que afectan a un mínimo de entre 10 y 30 trabajadores en función de la dimensión de la empresa, e impone dos obligaciones a los empleadores, a saber, la información y consulta previa de los trabajadores y la notificación de la decisión de despido colectivo a la autoridad

competente (TJCE, sentencia de 18 de enero de 2007, *CGT y otros*, C-385/05, apartados 43 y 44). En concreto, cuando el empresario tenga la intención de efectuar despidos colectivos, deberá consultar a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo. Dichas consultas versarán como mínimo sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos y atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a las medidas sociales de acompañamiento encaminadas, en especial, a la reclasificación o reconversión de los trabajadores despedidos. El empresario deberá proporcionar toda la información útil a los representantes de los trabajadores durante el transcurso de las consultas y, en todo caso, por escrito: los motivos; el período a lo largo del cual está previsto efectuar los despidos; el número y las categorías de los trabajadores empleados habitualmente; el número de los trabajadores que vayan a ser despedidos; los criterios para designar a los trabajadores que vayan a ser despedidos; y el método de cálculo de las posibles indemnizaciones. En cuanto al procedimiento de despido colectivo, la Directiva impone al empresario la obligación de notificar por escrito cualquier proyecto de despido colectivo a la autoridad competente y de transmitir una copia de la notificación a los representantes de los trabajadores, que podrán dirigir sus observaciones a la autoridad pública competente; no surtiendo efecto los despidos colectivos antes de transcurridos treinta días después de la notificación, plazo que la autoridad pública competente aprovechará para buscar una solución.

La Directiva 2001/23/CE da nueva redacción a la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad (*DO L* 61, p. 26; *EE* 05/02, p. 122), en su versión modificada por la Directiva 98/50/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998 (*DO L* 201, p. 88). Se aplica a las transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión, y establece en su art. 1 que se considerará transmisión la de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, con el fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorias.

El art. 3.1 de la Directiva 2001/23 dispone que los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha de la transmisión, sean transferidos al cesionario como consecuencia de tal transmisión. El art. 4 señala que la transmisión de una empresa, de un centro de actividad o de una parte de éstos no constituirá en sí misma un motivo de despido para el cedente o para el cesionario. Esta disposición no impedirá los despidos que puedan producirse por razones económicas, técnicas o de organización que impliquen cambios en el plano del empleo.

La aplicación de esta Directiva y de sus predecesoras ha generado un importante y voluminoso contencioso ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), en el que destacan los asuntos que se refieren a la existencia o no de transmisión de la empresa. El criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión a los efectos de esta Directiva consiste, según el TJCE, en determinar si la entidad en cuestión mantiene su identidad, lo que se desprende, en particular, de la circunstancia de que continúe efectivamente su explotación o de que ésta se reanude (TJCE, sentencias de 18 de marzo de 1986, *Spijkers*, 24/85, Rec., p. 1119, apartados 11 y 12; de 11 de marzo de 1997, *Süzen*, C-13/95, Rec., p. I-1259, apartado 10; y de 20 de noviembre de 2003, *Abler y otros*, C-340/01, Rec., p. I-4023, apartado 29). Para que la Directiva 2001/23 sea aplicable, la transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable, cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada (TJCE, sentencia de 19 de septiembre de 1995, *Rygaard*, C-48/94, Rec. p. I-2745, apartado 20). Así, el concepto de entidad se refiere a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio (TJCE, sentencia *Süzen*, antes citada, apartado 13; *Abler y otros*, antes citada, apartado 30; y de 15 de diciembre de 2005, *Güney-Görres*, asuntos acumulados C-232/04 y C-233/04, Rec., p. I-5648, apartado 32). Para determinar si concurren los requisitos para la transmisión de una entidad económica organizada de forma estable, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación examinada, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmi-

tido o no elementos materiales como los edificios o los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades (TJCE, sentencia de 19 de mayo de 1992, *Redmond Stichting*, C-29/91, Rec., p. I-3189, apartado 24, y las sentencias antes citadas *Spijkers*, apartado 13, *Süzen*, apartado 14, y *Abler y otros*, apartado 33).

La otra norma armonizadora relacionada con los despidos colectivos es la Directiva 80/987/CEE, modificada por la Directiva 2002/74/CE, que tiene por objetivo garantizar a los trabajadores asalariados un mínimo de protección en caso de insolvencia de su empresario. A tal efecto, obliga a los Estados miembros a crear una institución que garantice a los trabajadores afectados el abono de los créditos impagados. Esta garantía supone que los trabajadores despedidos, en estos supuestos de insolvencia del empleador, contarán con una garantía para los créditos salariales dejados de percibir.

2.2. *Información y consulta previa a los trabajadores antes del despido*

La Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea (*DOL* 80, de 23 de marzo de 2002, p. 29) es la norma genérica aplicable en materia de participación consultiva de los trabajadores en las empresas de la Unión Europea, como ya se analizó en el comentario del art. 27. En su art. 4.2 dispone que la información y consulta abarcará, entre otras cosas, la situación, la estructura y la evolución probable del empleo en la empresa o en el centro de trabajo, así como las eventuales medidas preventivas previstas, especialmente en caso de riesgo para el empleo, quedando el despido o la posibilidad de despido comprendido en este tipo de medidas.

Otra disposición a tener en cuenta es la Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del

empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral (DOL 288, de 18 de octubre de 1991, p. 32). El empleador debe poner en conocimiento del trabajador los elementos esenciales del contrato de trabajo o de la relación laboral, entre los que se encuentra, según el art. 2 g) de la Directiva, la duración de los plazos de preaviso que deban respetar el empresario y el trabajador en caso de terminación del contrato o de la relación laboral o, si no es posible facilitar este dato en el momento de la entrega de la información, las modalidades de fijación de dichos plazos de preaviso.

2.3. *Protección contra el despido en aplicación de los principios de igualdad de trato y de no discriminación*

Las instituciones comunitarias han deducido una protección contra el despido del principio de igualdad de trato. La Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas, independientemente de su origen racial o étnico (DOL 180, de 19 de julio de 2000, p. 22), comprende en su ámbito de aplicación las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración (art. 3.1 c). Por consiguiente, esta norma prohíbe todo despido fundado sobre la raza o el origen étnico.

Por su parte, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DOL 303, de 2 de diciembre de 2000, p. 16) tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato. Esta Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con «c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración». Con arreglo al art. 5 de la Directiva 2000/78, se realizarán ajustes razonables con el fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en rela-

ción con las personas con discapacidades. Dicha disposición precisa que lo anterior significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha interpretado que la prohibición, en materia de despido, de la discriminación por motivos de discapacidad, recogida en los arts. 2, apartado 1, y 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78, se opone a un despido por motivos de discapacidad que, habida cuenta de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate (TJCE, sentencia de 11 de julio de 2006, *Chacón Navas*, C-13/05, Rec., p. I-6467, apartado 51).

Estas dos directivas contienen preceptos similares respecto a la inversión de la carga de la prueba, según los cuales los Estados miembros adoptarán, con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio, alegue, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta (art. 8 de la Directiva 2000/43/CE y art. 10 de la Directiva 2000/78/CE).

Por otra parte, estas dos directivas prohíben tanto las discriminaciones directas como las indirectas, de manera que se prohíbe tanto un despido basado en una discriminación directamente fundada en uno de los motivos previstos en ellas, como los despidos basados en motivos aparentemente neutros, pero que indirectamente establecen una desventaja fundada en uno de los referidos motivos.

Otra norma que se refiere también al despido es la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la for-

mación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (*DO L 269*, de 5 de octubre de 2002, p. 15). La aplicación del principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación con las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las de despido y de retribución. El TJCE cuenta con una reiterada jurisprudencia según la cual el derecho a no ser discriminado por razón de sexo constituye uno de los derechos humanos fundamentales cuyo respeto debe garantizar el Tribunal de Justicia (TJCE, sentencias de 15 de junio de 1978, *Defrenne*, 149/77, Rec., p. 1365, apartados 26 y 27, y de 30 de abril de 1996, *P./S.*, C-13/94, Rec., p. I-2143, apartado 19). El ámbito de aplicación de la Directiva 79/7 no puede reducirse únicamente a las discriminaciones que se derivan de la pertenencia a uno u otro sexo. En atención a su objeto y a los derechos que pretende proteger, dicha Directiva debe aplicarse igualmente a las discriminaciones que tienen lugar a consecuencia del cambio de sexo del interesado y, por ello, consideró injustificado el despido de un transexual por el hecho de haber cambiado de sexo (TJCE, sentencia *P./S.*, antes citada, apartado 20).

La protección de la maternidad y la conciliación de la vida privada y profesional son también motivos de limitación del despido recogidos en normas comunitarias. Así, la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del art. 16 de la Directiva 89/391/CEE) (*DO L 348*, de 28 de noviembre de 1992, p. 1) contiene una prohibición del despido de las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en período de lactancia en su art. 10. Este precepto dispone que los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de estas trabajadoras durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo. Cuando se despidiera a una trabajadora en esta situación durante el período antes indicado, el empresario

deberá dar motivos justificados de despido por escrito. Además, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para proteger a este tipo de trabajadoras contra las consecuencias de un despido ilegal. Por otra parte, la Directiva 96/34/CE del Consejo de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la Unión de Confederaciones Industriales y Empresariales de Europa, el Centro Europeo de la Empresa Pública y la Confederación Europea de Sindicatos (*DO L* 145, de 19 de junio de 1996, p. 4) prevé que los Estados miembros y los interlocutores sociales adopten las medidas adecuadas para proteger a los trabajadores contra el despido vinculado al disfrute del permiso parental.

3. EXÉGESIS DEL ART. 30

El art. 30 garantiza como un derecho de naturaleza individual el derecho del trabajador a no ser despedido sin causa, lo que supone una peculiaridad del derecho de la Unión Europea, que rechaza el despido libre aceptado por otros ordenamientos jurídicos. Este precepto imposibilita la extinción del contrato de trabajo por la sola voluntad del empresario y configura un sistema de despido causal (Arastey Sahún 2005, 57).

Como beneficiario del derecho de protección contra el despido injustificado, el art. 30 menciona *todo trabajador*. Teniendo en cuenta el Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Carta Social Europea revisada de 1996, así como la situación de los diferentes derechos internos, lo lógico es interpretar que los Estados miembros de la Unión Europea podrán excluir de la aplicación del art. 30 algunas categorías de trabajadores, como es el caso de los trabajadores con un contrato de trabajo de duración determinada o para realizar una tarea concreta; de los trabajadores que efectúen un período de prueba o que no tengan el tiempo de servicios exigido; y de los trabajadores contratados con carácter ocasional durante un período de corta duración. No obstante, será la jurisprudencia del TJCE la que determine la extensión del concepto de trabajador a efectos de la aplicación del art. 30 y el margen de flexibilidad disponible para los Estados.

En cuanto al contenido del derecho a la protección contra el

despido injustificado, nada dice el lacónico art. 30. Teniendo en cuenta las Explicaciones del Praesidium de la Convención, que consideran el art. 24 de la Carta Social Europea revisada como la fuente de inspiración del art. 30, la protección que este precepto confiere a todo trabajador comprenderá los tres elementos siguientes:

- el derecho de los trabajadores a no ser despedidos sin un motivo válido relacionado con su capacidad o su conducta o basado en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio. El empleador debe poder explicar la causa válida del despido en caso de que el trabajador lo discuta;
- el derecho de los trabajadores despedidos sin causa justificada a obtener una indemnización apropiada o una reparación adecuada;
- el derecho de los trabajadores que se estimen víctimas de un despido injustificado a un recurso contra esta medida ante un órgano imparcial. Este derecho es establecido en la Carta de Derechos Fundamentales de forma general por el art. 47.

El art. 30 protege al trabajador contra todo despido injustificado, pero no precisa este concepto que, además, varía según los ordenamientos de los Estados miembros. No obstante, y si tenemos en cuenta el convenio número 158 de la OIT y la Carta Social Europea revisada, podemos considerar que el despido injustificado es la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador sin una causa justificada relacionada con la capacidad o conducta del trabajador o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio. Como el art. 30 habla de despido *injustificado* hay que entender que está asumiendo los motivos que según la normativa internacional y las normas propias de la Unión Europea no son válidos para permitir el despido de un trabajador. También se puede considerar que todo despido que suponga la violación de un derecho fundamental deberá considerarse injustificado.

Las Explicaciones relativas al art. 30 se refieren, también, a las Directivas 201/23/CE y 80/987/CEE, modificada por la Directiva 2002/74/CE. Con ello, se aprecia el deseo de que la protección contra el despido injustificado se aplique no sólo en casos individuales, sino también en situaciones de despidos colectivos, que la evolución

económica sin duda va a seguir generando. En estos casos, la transferencia de la empresa no podrá entenderse como un motivo válido de despido y los trabajadores cuya relación laboral termine por insolvencia del empresario deberán tener asegurados sus créditos laborales mediante un mecanismo de garantía (en el caso español, el Fondo de Garantía Salarial).

Por último, el art. 30, como otros de los preceptos referentes a los derechos de solidaridad, afirma que el derecho de protección contra el despido injustificado lo disfruta todo trabajador de conformidad con el derecho de la Unión Europea o con las legislaciones y prácticas nacionales. Se trata de la apelación a la delimitación competencial entre la Unión Europea y los Estados miembros en esta materia de despido, donde hay una competencia comunitaria de armonización mínima, que ha generado ya un significativo acervo de directivas, que facilitan la aplicación de este derecho en los ordenamientos de los Estados miembros. El art. 30 no confiere más competencias a las instituciones de la Unión Europea, pero sí que permitirá una invocación de este derecho con más facilidad cuando se ejerza de acuerdo con las normas nacionales frente a actuaciones de la Unión Europea en materias de su competencia.

BIBLIOGRAFÍA

- ARASTEY SAHÚN, M. L. «La protección por despido en la Constitución Europea». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* 57 (2005): pp. 367-382.
- BRUUN, N. «Protection Against Unjustified Dismissal (Article 30)». En B. Bercusson, eds. *European Labour Law and the Charter of Fundamental Rights*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2006, pp. 337-356.
- CARLETTI, C. *I diritti fondamentali e l'Unione Europea tra Carta di Nizza e Trattato-Costituzione*. Milán: Giuffrè, 2005, pp. 276-279.
- FERRARI BRAVO, L., F. M. DI MAJO y A. RIZZO. *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*. Milán: Giuffrè 2001, pp. 103-109.
- GIORGIS, A. «Art. 30 y 31». En R. Biforco, M. Cartabia y A. Celotto. *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*. Bolonia: Il Mulino, 2002, pp. 222-230.
- LYON-CAEN, A. «Article II-90». En L. Bougogue-Larsen, A. Levede y F. Picod, dirs. *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II: La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article*. Bruselas: Bruylant, 2005, pp. 407-415.
- VERBRUGGEN, V. «Article 30». *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*. Bruselas: EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, junio 2006, pp. 250-266.

ARTÍCULO 31
CONDICIONES DE TRABAJO JUSTAS Y EQUITATIVAS

- 1. Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad.**
- 2. Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas.**

PRECEPTOS RELACIONADOS

- Carta: arts. 27-29 y 31-33.
- TFUE: arts. 153 y 154.

ANTECEDENTES

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: arts. 137 y 140 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: arts. II-91, III-210-III-212.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 31.

COMENTARIO

MANUEL LÓPEZ ESCUDERO

*Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de Granada*

El derecho a disfrutar de condiciones de trabajo justas y equitativas es un derecho social básico que lógicamente debía aparecer entre los derechos de solidaridad de la Carta de Derechos Fundamentales, de la misma manera que lo encontramos en muchos tratados internacionales sobre derechos humanos. Es más, la consecución de condiciones de trabajo justas y equitativas de los empleados es el objetivo general del derecho laboral en su conjunto, que el art. 31 de la Carta convierte en un derecho subjetivo de todos los trabajadores de la Unión Europea y lo transforma en un derecho social fundamental (Blanke 2006, 359).

Este derecho reconocido comprende los tres siguientes: el derecho a condiciones de trabajo que respeten la salud y la seguridad del trabajador; el derecho a condiciones de trabajo respetuosas con la dignidad del trabajador; y el derecho a una limitación del tiempo de trabajo, mediante el disfrute de períodos de descanso diarios y semanales y de vacaciones anuales retribuidas. Se trata de derechos sociales básicos que son objeto de protección por parte de numerosos tratados internacionales y respecto a los cuales la Comunidad Europea dispone, con el vigente Derecho originario, de una competencia compartida, que le ha permitido adoptar un número significativo de normas de Derecho derivado. Estos antecedentes internacionales y el propio Derecho de la Unión Europea son imprescindibles para analizar el alcance del art. 31.

1. EL CONTEXTO JURÍDICO INTERNACIONAL
DONDE SE ENMARCA EL ART. 31

El derecho a condiciones laborales justas es objeto de protección en un amplio número de normas internacionales sobre derechos humanos, que van desde los textos onusianos hasta la Carta Social

Europea, pasando por numerosos convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

En el ámbito universal de la ONU, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 incluye en sus arts. 23 y 24 el derecho a condiciones laborales equitativas y satisfactorias, así como el derecho al reposo y al tiempo libre, mediante una limitación razonable de la duración del trabajo y el disfrute de vacaciones periódicas pagadas. El art. 7 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 precisa que las condiciones laborales justas y favorables de que debe disfrutar toda persona implica la seguridad y la higiene en el trabajo, así como el descanso, el tiempo libre, la limitación razonable de la duración del trabajo, las vacaciones pagadas periódicas y la remuneración de los días festivos.

En el marco de la OIT existen numerosos convenios relativos al derecho a condiciones laborales justas, que van desde la abolición del trabajo forzado nocturno hasta la regulación detallada del trabajo nocturno o de la utilización de sustancias químicas. Así, el Convenio número 105 relativo a la abolición del trabajo forzado, de 1957, obliga a los Estados parte a acabar con el trabajo forzado u obligatorio y prohíbe recurrir a él como medio de represión o educación política, como método de movilización de la mano de obra, con objeto de promover el desarrollo económico, como medida laboral disciplinaria, como castigo por haber participado en huelgas y como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa.

El Convenio número 161 sobre los servicios de salud en el trabajo, de 1985, insta a los Estados parte a establecer progresivamente servicios de salud en el trabajo para todos los trabajadores, incluidos los del sector público y los miembros de las cooperativas de producción, en todas las ramas de actividad económica y en todas las empresas. Estos servicios de salud en el trabajo disponen de funciones esencialmente preventivas y están encargados de asesorar al empleador, a los trabajadores y a sus representantes en la empresa acerca de los requisitos necesarios para establecer y conservar un medio ambiente de trabajo seguro y sano que favorezca una salud física y mental óptima en relación con el trabajo; y sobre la adaptación del trabajo a las capacidades de los trabajadores, habida cuenta de su estado de salud física y mental. A tenor del art. 5 del Convenio, las principales funciones de estos servicios de salud deben ser:

- identificación y evaluación de los riesgos que puedan afectar a la salud en el lugar de trabajo;
- vigilancia de los factores del medio ambiente de trabajo y de las prácticas de trabajo que puedan afectar a la salud de los trabajadores, incluidos las instalaciones sanitarias, comedores y alojamientos, cuando estas facilidades sean proporcionadas por el empleador;
- asesoramiento sobre la planificación y la organización del trabajo, incluido el diseño de los lugares de trabajo, sobre la selección, el mantenimiento y el estado de la maquinaria y de los equipos y sobre las sustancias utilizadas en el trabajo;
- participación en el desarrollo de programas para la mejora de las prácticas del trabajo, así como en las pruebas y la evaluación de nuevos equipos, en relación con la salud;
- asesoramiento en materia de salud, de seguridad y de higiene en el trabajo y de ergonomía, así como en materia de equipos de protección individual y colectiva;
- vigilancia de la salud de los trabajadores en relación con el trabajo y fomento de la adaptación del trabajo a los trabajadores;
- asistencia en pro de la adopción de medidas de rehabilitación profesional;
- colaboración en la difusión de informaciones, en la formación y educación en materia de salud e higiene en el trabajo y de ergonomía;
- organización de los primeros auxilios y de la atención de urgencia;
- participación en el análisis de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales.

Estos servicios de salud deben actuar con independencia con respecto a los trabajadores y al empleador, con objeto de asegurar que los trabajadores sean siempre informados de los riesgos que el trabajo supone para su salud.

El Convenio número 170 sobre los productos químicos, de 1990, está orientado como muchos otros convenios y recomendaciones de la OIT a garantizar la seguridad de los trabajadores. Por ello, el Convenio obliga a los Estados parte a etiquetar e identificar los pro-

ductos químicos utilizados en el trabajo y a proporcionar fichas de datos de seguridad que contengan información esencial detallada sobre su identificación, su proveedor, su clasificación, su peligrosidad, las medidas de precaución y los procedimientos de emergencia. Además, los empleadores deberán asegurarse de que sus trabajadores no se hallen expuestos a productos químicos por encima de los límites de exposición o de otros criterios de exposición para la evaluación y el control del medio ambiente de trabajo, establecidos por la autoridad competente o por un organismo aprobado o reconocido por la autoridad competente, de conformidad con las normas nacionales o internacionales. También debe el empleador informar a los trabajadores sobre los peligros que entraña la exposición a los productos químicos que utilizan en el lugar de trabajo e instruirlos sobre la forma de obtener y usar la información que aparece en las etiquetas y en las fichas de datos de seguridad.

El Convenio número 171 sobre el trabajo nocturno, de 1990, se aplica a todo trabajo que se realice durante un período de por lo menos siete horas consecutivas, que abarque el intervalo comprendido entre medianoche y las cinco de la mañana y que será determinado por la autoridad competente previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores o por medio de convenios colectivos. El Convenio prevé la adopción en beneficio de los trabajadores nocturnos de medidas específicas requeridas por la naturaleza del trabajo nocturno, que comprenderán, entre otras: controles de salud gratuitos periódicos o a petición suya; servicios adecuados de primeros auxilios, incluidas disposiciones prácticas que permitan a dichos trabajadores, en caso necesario, ser trasladados rápidamente a un lugar en el que se les pueda dispensar un tratamiento adecuado o servicios sociales apropiados para los trabajadores nocturnos. Estas medidas pretenden proteger la salud de esta categoría de trabajadores, facilitarles el ejercicio de sus responsabilidades familiares y sociales, asegurarles posibilidades de promoción profesional y concederles compensaciones adecuadas. El Convenio establece medidas específicas para la protección de la maternidad de las trabajadoras nocturnas.

En la Carta Social Europea de 1961, el derecho a condiciones laborales justas aparecía regulado desde la óptica de la salud y seguridad de los trabajadores y del tiempo de trabajo, en los arts. 2 y 3. La

Carta Social Europea revisada de 1996, además de modificar estos dos preceptos, añade un nuevo componente al derecho a condiciones laborales justas, que es la prohibición de todo comportamiento constitutivo de acoso sexual o moral (art. 26). Según las explicaciones del Praesidium, el art. 31 de la Carta de Derechos Fundamentales se inspira directamente en estos preceptos.

El art. 2 de la Carta Social Europea revisada de 1996, que sirve de referente al apartado 2 del art. 31, regula el derecho a condiciones de trabajo equitativas mediante el establecimiento de una serie de garantías para los trabajadores relativas a la duración del trabajo y al caso particular del trabajo nocturno y de las actividades peligrosas. En lo referente a la duración del trabajo, estas garantías son:

- Duración del trabajo diario y semanal razonable, debiendo reducirse la semana laboral a medida que el aumento de la productividad y otros factores lo permitan. No se prescribe el número preciso de horas de la jornada o la semana laboral y el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) tampoco se ha pronunciado al respecto, por considerar que la razonabilidad del trabajo diario y semanal es un concepto relativo en el tiempo y en el espacio. La duración razonable del trabajo diario y semanal debe establecerla, según el CEDS, cada Estado por vía legislativa, reglamentaria, mediante convenio colectivo o a través de cualquier otro medio sometido a control de la Administración Pública (Samuel 2002, 89).
- Días festivos remunerados y vacaciones anuales pagadas de cuatro semanas como mínimo. Según el CEDS, es incompatible con la Carta toda renuncia del trabajador a esta garantía de cuatro semanas de vacaciones anuales pagadas, incluso si media como contrapartida una remuneración suplementaria del empleador.
- Descanso semanal que coincida en la medida de lo posible con el día de la semana reconocido como día no laborable por la tradición o los usos del país o región, que suele ser el domingo, aunque el CEDS considera que puede ser otro día de la semana siempre que abarque un día completo.

En lo que respecta a las personas que trabajan durante la noche, los Estados parte deben adoptar las medidas adecuadas a la naturaleza especial del trabajo nocturno. En caso de actividades peligrosas o insalubres, el art. 2 prevé la eliminación de los riesgos laborales que éstas generen o, de no ser posible, la concesión a los trabajadores de una reducción de la jornada laboral o de vacaciones pagadas suplementarias. Por último, el art. 2 prevé que el empleador informe por escrito al trabajador de los aspectos esenciales de la relación laboral antes de comenzar a trabajar o como muy tarde dos meses después de haberlo hecho.

El art. 3 de la Carta Social Europea revisada regula, inspirándose en los convenios de la OIT, el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo y es el referente del art. 31.1. Este art. 3 establece, en primer lugar, la obligación de los Estados de adoptar y reexaminar periódicamente una política nacional coherente en materia de salud y seguridad de los trabajadores, orientada a la mejora de la salud e higiene profesionales y a prevenir los accidentes laborales reduciendo al mínimo las causas de los riesgos inherentes al medio de trabajo. Para cumplir con esta obligación, los Estados deben establecer un sistema de prevención y evaluación de los riesgos laborales e implantar un control público de la eficacia de estas medidas, que generalmente se lleva a cabo mediante los funcionarios encuadrados en el cuerpo de la inspección de trabajo.

Los apartados segundo y tercero del art. 3 de la Carta Social Europea revisada obligan a los Estados parte a promulgar reglamentos de seguridad e higiene y a adoptar medidas para controlar su aplicación. El Derecho interno debe prever, según el CEDS, medidas de prevención y de protección contra los principales riesgos laborales identificados en las normas internacionales de referencia, que son fundamentalmente los convenios de la OIT. Así, estas normas internas deben prevenir los riesgos y peligros en ámbitos como los lugares y equipos de trabajo (protección de máquinas, señalización de peligros, equipos de protección individual, etc.); ciertas actividades (estibadores, construcción, minería, etc.); agentes y sustancias peligrosas (amianto, benceno o radiaciones ionizantes); y categorías de trabajadores más vulnerables (niños y adolescentes o mujeres embarazadas). Los Estados deben implantar un sistema de inspección del cumplimiento de esta normativa sobre seguridad e higiene que

sea eficaz para reducir el número de accidentes laborales, siendo necesario para ello que los inspectores cuenten con competencias sancionadoras adecuadas, efectivas y disuasorias.

Por último, el art. 3.4 prevé que los Estados parte promuevan la instauración progresiva de servicios de salud laboral para todos los trabajadores con funciones preventivas y de consejo, inspirándose en el Convenio número 161 de la OIT.

El art. 26 de la Carta Social Europea revisada preserva el derecho a la dignidad en el trabajo protegiendo a los trabajadores contra el acoso sexual y el acoso moral. Los Estados se comprometen, en colaboración con las organizaciones de trabajadores y empresarios, a promover la sensibilización, la información y la prevención del acoso sexual y del acoso moral en el trabajo. El CEDS ha definido el acoso sexual como un trato desigual respecto a una o varias personas, vinculado a comportamientos de preferencia o de represalia o a comportamientos de otro tipo, que pueden afectar a su dignidad o a su carrera profesional. El acoso moral se refiere a este mismo tipo de comportamientos cuando el factor que los desencadena no es sexual, sino que está vinculado con la raza, la religión, el color de la piel u otra especificidad de un individuo. El CEDS ha indicado, también, que las víctimas de acoso deben disponer de recursos efectivos para presentar sus reclamaciones y recomienda la inversión de la carga de la prueba en perjuicio de los acosadores cuando haya elementos de presunción suficientes (CEDS 2004, 287).

2. LA NORMATIVA COMUNITARIA ACTUAL SOBRE EL DERECHO A CONDICIONES DE TRABAJO JUSTAS Y EQUITATIVAS

Con respecto al derecho a condiciones laborales justas y equitativas, la Unión Europea cuenta con un acervo significativo de normas de Derecho derivado, que tienen su base en la competencia que el art. 137 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) confiere a las instituciones comunitarias, para adoptar medidas de armonización con respecto a: «a) la mejora, en concreto, del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores; b) las condiciones de trabajo [...]». Además, el art. 140 del TCE insta a la Comisión, mediante estudios, consultas y dictámenes, a fo-

mentar la colaboración y la coordinación de los Estados miembros en materias relacionadas con, entre otras cuestiones, el empleo, «el Derecho del Trabajo y las condiciones de trabajo», «la protección contra accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales» y «la higiene del trabajo». En este Derecho Comunitario derivado nos encontramos con tres grandes grupos de normas, a saber, las referentes a la protección de la seguridad y la salud en el trabajo, las relativas a la salvaguarda de la dignidad en las relaciones laborales y las relacionadas con el tiempo de trabajo.

2.1. *Normativa comunitaria sobre protección de la salud y la seguridad en el trabajo*

La protección de la salud y la seguridad en el lugar de trabajo es uno de los aspectos más importantes y más avanzados de la política social de la Unión Europea. En este ámbito, la acción comunitaria no se limita a la legislación, sino que también las instituciones europeas llevan a cabo numerosas actividades de información, orientación y promoción de un entorno laboral seguro y saludable en colaboración con la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo, creada en 1994, y la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo, que se creó en 1975.

En la actualidad, la norma básica es la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (*DO L 183*, de 29 de junio de 1989, p. 1), que se inspira en los convenios de la OIT y en la Carta Social Europea. El objetivo de esta norma es garantizar una protección más eficaz de los trabajadores en el trabajo mediante medidas dirigidas a la prevención de los accidentes laborales y de las enfermedades profesionales y mediante la información, la consulta, la participación equilibrada y la formación de los trabajadores y sus representantes. Las obligaciones de los empresarios son:

- garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo, basándose sobre todo en los principios generales de prevención enume-

- rados y sin que ello suponga carga financiera alguna para los trabajadores;
- evaluar los riesgos profesionales relacionados con la elección de los equipos de trabajo y el acondicionamiento de los lugares de trabajo, y organizar los servicios de protección y prevención;
 - elaborar una lista de los accidentes de trabajo y redactar los informes relacionados con los mismos;
 - organizar los primeros auxilios, la lucha contra incendios, la evacuación de los trabajadores y adoptar las medidas necesarias en caso de peligro grave e inmediato;
 - informar a los trabajadores, consultarles y permitir su participación en el marco de todas las cuestiones que afecten a la seguridad y a la salud en el trabajo;
 - garantizar que cada trabajador reciba una formación suficiente y adecuada en materia de seguridad y salud durante el tiempo de trabajo.

En lo que respecta a las obligaciones de los trabajadores, la Directiva marco les impone fundamentalmente las tres siguientes:

- utilizar correctamente las máquinas y otros medios, el equipo de protección individual y los dispositivos de seguridad;
- indicar toda situación laboral que entrañe un peligro grave e inminente y cualquier defecto existente en los sistemas de protección;
- contribuir para que se cumplan las exigencias impuestas para proteger la seguridad y la salud, y para que el empresario pueda garantizar que el medio y las condiciones de trabajo sean seguros y no presenten riesgos.

El cumplimiento de estas obligaciones por parte de los empleadores y los trabajadores en materia de seguridad e higiene en el trabajo debe estar asegurado por los Estados mediante la adopción de medidas de control, con arreglo a las legislaciones y usos nacionales.

Las obligaciones básicas de esta Directiva marco se aplican a todos los trabajadores y en todos los sectores económicos, salvo que exista una directiva específica, cuya adopción esté prevista en la pro-

para la Directiva 89/391/CEE, para los grupos expuestos a riesgos o especialmente sensibles y para sectores o cuestiones determinadas que deban ser protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica. Estas directivas concretas son aproximadamente una treintena y las más importantes son:

- Lugares y equipos de trabajo:
 - Directiva del Consejo 89/654/CEE (lugares de trabajo en general).
 - Directiva del Consejo 89/655/CEE (equipos de trabajo).
 - Directiva del Consejo 89/656/CEE (equipos de protección individual).
 - Directiva del Consejo 92/29/CEE (asistencia médica a bordo de navíos).
 - Directiva del Consejo 93/103/CE (buques de pesca).
 - Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 1999/92/CE (atmósferas explosivas).
 - Directiva del Consejo 92/58/CEE (señalización de seguridad).

- Sectores de actividad:
 - Directiva del Consejo 92/57/CEE (obras de construcción temporales o móviles).
 - Directiva del Consejo 92/91/CEE (industrias extractivas).
 - Directiva del Consejo 92/104/CEE (industrias extractivas a cielo abierto o subterráneas).

- Riesgos específicos:
 - Agentes carcinógenos o mutágenos: Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2004/37/CE.
 - Agentes químicos: Directiva del Consejo 98/24/CE (agentes químicos).
 - Agentes biológicos: Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2000/54/CE.
 - Agentes físicos: Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2003/10/CE (ruido); Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2002/44/CE (vibraciones); y Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2004/40/CE (campos electromagnéticos).

- Amianto: Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2003/18/CE (amianto).
- Determinadas categorías de trabajadores: Directiva del Consejo 92/85/CEE (trabajadoras embarazadas); Directiva del Consejo 94/33/CE (jóvenes trabajadores).

Se aprecia claramente la influencia de los convenios de la OIT y de la Carta Social Europea en la elaboración de estas directivas específicas, aunque la Unión Europea ha avanzado considerablemente más en materia de protección de seguridad e higiene en el trabajo con esta labor armonizadora de lo que lo han hecho la OIT y el Consejo de Europa. En este sentido, hay que destacar que la Unión Europea se ha dotado de dos agencias especializadas que operan en esta materia, que son la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo y la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo. Esta última fue creada por el Reglamento (CEE) número 1365/75 del Consejo, de 26 de mayo de 1975, relativo a la creación de una Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo (*DOL* 139, de 30 de mayo de 1975, p. 1) y es un organismo tripartito creado para evaluar y analizar las condiciones de vida y de trabajo; elaborar dictámenes autorizados y asesorar a los responsables de la política social; contribuir a la mejora de la calidad de vida; e informar de la evolución y las tendencias en este ámbito, en particular de los factores de cambio.

La otra agencia especializada se estableció posteriormente mediante el Reglamento (CE) número 2062/94 del Consejo, de 18 de julio de 1994, por el que se crea la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (*DOL* 216, de 20 de agosto de 1994, p. 1). Su misión consiste en proporcionar a los organismos comunitarios, a los Estados miembros y a los medios interesados toda la información técnica, científica y económica útil en el ámbito de la seguridad y la salud en el trabajo.

Por último, hay que mencionar que la Comisión adopta periódicamente estrategias sobre la salud y seguridad de los trabajadores, que constituyen un elemento básico de la política de empleo de la Unión Europea y un eje de la Estrategia de Lisboa. La última de ellas se recoge en la Comunicación de la Comisión al Parlamento

Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, titulada «Mejorar la calidad y la productividad en el trabajo: estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012)» [COM (2007) 62 final, de 21 de febrero de 2007].

2.2. *Normativa comunitaria referente a la protección de la dignidad en el trabajo*

En lo que respecta a la protección del derecho a la dignidad en el trabajo, la Comisión ha presentado varias propuestas para la adopción de una directiva sobre el acoso sexual en el trabajo, pero no ha prosperado todavía ninguna de ellas.

No obstante, sí encontramos referencia al acoso sexual en la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DOL 269, de 5 de octubre de 2002, p. 15). En esta Directiva, el acoso sexual es considerado como una discriminación por razón de sexo y se prohíbe.

2.3. *Normativa sobre el tiempo de trabajo*

La limitación del tiempo de trabajo es una manifestación fundamental del derecho a condiciones de trabajo justas y equitativas, como se ha visto en el marco de la OIT y de la Carta Social Europea. Esta cuestión ha sido objeto de armonización por parte de la Unión Europea mediante la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (DOL 299, de 18 de noviembre de 2003, p. 9), que codifica la antigua Directiva de base 104/93/CE. Esta Directiva establece las disposiciones mínimas generales de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo, buscando el equilibrio entre el objetivo principal de seguridad y salud de los trabajadores, por una parte, y las necesidades de una economía europea moderna, por otra.

Las cuestiones principales que regula la Directiva son los períodos de descanso diario, las pausas, los períodos de descanso semanal, las vacaciones anuales, así como algunos aspectos del trabajo nocturno y del trabajo por turnos. Existen disposiciones sectoriales para el transporte por carretera, las actividades en el mar y la aviación civil. Los Estados miembros deben tomar las medidas necesarias para que todo trabajador pueda disfrutar:

- de un período mínimo de descanso diario de 11 horas consecutivas en el curso de cada período de 24 horas;
- de una pausa de descanso para un trabajo diario superior a seis horas;
- por cada período de siete días, de un período mínimo de descanso ininterrumpido de 24 horas, a las que se añadirán las 11 horas de descanso diario;
- de una duración máxima semanal del trabajo de 48 horas incluidas las horas extraordinarias; y
- de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas.

Pueden establecerse excepciones a estos criterios de limitación del tiempo de trabajo mediante convenios colectivos o de acuerdo con los interlocutores sociales, de conformidad con las reglas establecidas en la Directiva.

El trabajo nocturno constituye un caso aparte, ya que su duración no debe superar las ocho horas por término medio cada 24 horas. El trabajo nocturno que implica riesgos especiales, o tensiones físicas o mentales, está regulado por legislaciones o prácticas nacionales, o bien por convenios colectivos. Los trabajadores nocturnos deben beneficiarse de un nivel de protección en materia de salud y seguridad adaptado a la naturaleza de su trabajo. Asimismo, disfrutan de una evaluación gratuita de su salud antes de su incorporación a un trabajo nocturno y, posteriormente, a intervalos regulares. Si se considera que no son aptos, deben ser transferidos, siempre que sea posible, a un trabajo diurno. El empresario que organiza el trabajo con arreglo a cierto ritmo debe tener en cuenta el principio general de adecuación del trabajo a la persona, en particular con el fin de reducir el trabajo monótono y acompasado. El empresario que recurre

regularmente a trabajadores nocturnos debe informar de ello a las autoridades competentes en materia de salud y seguridad.

La Directiva prevé disposiciones específicas aplicables a determinados sectores laborales, como es el caso de los trabajadores móviles, el trabajo *off-shore*, los trabajadores que ejercen su actividad a bordo de buques de pesca y los médicos en período de formación.

3. EXÉGESIS DEL ART. 31

El derecho a condiciones laborales justas y equitativas es el derecho social fundamental que protege el art. 31 de la Carta de Derechos Fundamentales. Como ya se ha dicho, este derecho engloba tres derechos sociales específicos interrelacionados entre sí: el derecho a condiciones de trabajo que respeten la salud y la seguridad del trabajador; el derecho a condiciones de trabajo respetuosas con la dignidad del trabajador; y el derecho a una limitación del tiempo de trabajo. No obstante, algunos autores argumentan que este derecho resulta aplicable a cualquier condición laboral injusta que afecte a la dignidad humana, aunque no se encuentre vinculada con las mencionadas en el apartado 2 del precepto (Blanke 2006, 376). Se trata de una interpretación aceptable, pero los redactores de la Carta parece que han optado por ceñirse a la garantía de las condiciones de trabajo mínimas armonizadas mediante normas de derecho derivado, lo que explica que el art. 31 no contenga ninguna referencia expresa a la protección del derecho de los trabajadores a una remuneración equitativa, aunque se ha discutido en el seno de la Unión Europea la posibilidad de establecer un salario mínimo.

La aplicación de este precepto, como establecen las propias explicaciones del Praesidium de la Convención, se va a ver favorecida por la existencia de la prolija regulación de la Carta Social Europea revisada, que se inspira a su vez en los numerosos convenios de la OIT, así como por la abundante normativa de Derecho Comunitario derivado ya adoptada por la Unión Europea sobre la base de su competencia compartida en este ámbito, que es, sin duda, el más desarrollado de la política social de la Unión Europea. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) mantiene en sus arts. 153.1, letras a y b, y en el art. 156 las mismas competencias de

la Unión Europea sobre la regulación de las condiciones laborales, por lo que el Derecho derivado seguirá adoptándose y facilitando el ejercicio del derecho protegido por el art. 31.

De la misma manera, existe una importante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) sobre las normas de Derecho derivado relativas a las condiciones laborales, especialmente sobre las directivas de ordenación del tiempo de trabajo y de protección de la salud e higiene en el mismo.

Uno de los efectos importantes del art. 31, al proteger el derecho a condiciones laborales justas y equitativas como un derecho social fundamental, será su influencia sobre la jurisprudencia del TJCE para permitir a éste con mayor fuerza llevar a cabo una interpretación restrictiva de los límites a este derecho previstas en la normativa de Derecho derivado adoptada por la Unión Europea. El abogado general Tizzano en el asunto *BECTU* y la abogada general Stix-Hackl en el asunto *Comisión c. Italia* (TJCE, sentencia de 15 de noviembre de 2001, C-49/00, Rec., p. I-8575) se han referido ya al art. 31, aunque no lo ha hecho aún el TJCE en ninguna sentencia. En el asunto *BECTU* (TJCE, sentencia de 26 de junio de 2001, C-173/99, Rec., p. I-4881, apartado 43), el TJCE afirmó que el «derecho de cada trabajador a vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio del Derecho social comunitario de especial importancia, respecto al cual no pueden establecerse excepciones y cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la propia Directiva 93/104». Luego consideró que la expresión «de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales» debía interpretarse en el sentido de que se refería únicamente a los criterios de aplicación de las vacaciones anuales retribuidas en los diferentes Estados miembros. Por tanto, éstos tienen la posibilidad de establecer, en su normativa interna, los requisitos para el ejercicio y la aplicación del derecho a vacaciones anuales retribuidas, precisando las circunstancias concretas en las que los trabajadores pueden hacer uso del citado derecho, del que disfrutan por la totalidad de los períodos de trabajo cubiertos, sin poder supeditar, no obstante, a ningún tipo de requisito la propia constitución de este derecho, que se deriva directamente de la Directiva

93/104. Como consecuencia de ello, el TJCE concluyó que el art. 7.1 de la Directiva 93/104 no permite que un Estado miembro adopte una normativa nacional (era una reglamentación británica en este caso) con arreglo a la cual un trabajador no comienza a adquirir el derecho a vacaciones anuales retribuidas hasta que haya realizado un período mínimo de trece semanas de empleo ininterrumpido con el mismo empresario.

También es destacable la sentencia *Pfeiffer* (TJCE, sentencia de 5 de octubre de 2004, asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, Rec., p. I-8835, apartados 100 y 101), en la que el Tribunal afirma que tanto por lo que respecta al tenor del art. 6, punto 2, de la Directiva 93/104, como a la finalidad y la sistemática de ésta, el límite máximo de 48 horas, por lo que se refiere a la duración media del tiempo de trabajo semanal, incluidas las horas extraordinarias, constituye una norma del Derecho social comunitario de especial importancia de la que debe disfrutar todo trabajador como disposición mínima destinada a garantizar la protección de su seguridad y su salud. De este modo, no resulta compatible con las exigencias de dicha disposición una normativa nacional que autoriza períodos de trabajo semanales que excedan de 48 horas, incluidos los servicios de permanencia. En este caso, se trataba de los períodos de permanencia asegurados por socorristas en el marco de un servicio de asistencia médica urgente de un organismo alemán, que mediante un convenio colectivo o un acuerdo de empresa, basado en tal convenio, podían sobrepasar la duración máxima del tiempo de trabajo semanal de 48 horas establecida por la Directiva.

Otro ejemplo de interpretación estricta de las excepciones a la normativa comunitaria, que puede ser reforzada por el art. 31 lo ofrece la prejudicial originada por el litigio entre el Sindicato de Médicos de Asistencia Pública y la Comunidad Valenciana sobre la compatibilidad de los horarios de los médicos con la Directiva 93/104/CE. En este caso, el TJCE consideró que el tiempo dedicado a la atención continuada prestado por médicos de Equipos de Atención Primaria, en régimen de presencia física en el centro sanitario, debe considerarse tiempo de trabajo en su totalidad y, en su caso, horas extraordinarias en el sentido de la Directiva 93/104. Por lo que respecta a la prestación de servicios de atención continuada por dichos médicos en régimen de localización, sólo debe considerarse tiempo de traba-

jo el correspondiente a la prestación efectiva de servicios de atención primaria. Además, afirmó que los médicos de Equipos de Atención Primaria que prestan cíclicamente sus servicios en turnos de atención continuada durante la noche no pueden considerarse trabajadores nocturnos, sino trabajadores que realizan un trabajo por turnos a efectos de aplicación de la referida Directiva (TJCE, sentencia de 3 de octubre de 2000, *SIMAP*, C-303/98, Rec., p. I-4567).

Hasta ahora, el TJCE no ha tenido necesidad de aplicar como principio general del Derecho Comunitario el derecho a condiciones de trabajo justas y equitativas, debido a que los litigios suscitados se han referido a la aplicación del Derecho derivado adoptado por la Unión Europea en esta materia. Con el art. 31, el TJCE no tendrá que hacer esa labor de exégesis jurisprudencial respecto a este derecho social fundamental para aplicarlo en supuestos no cubiertos por las directivas de armonización.

BIBLIOGRAFÍA

- BLANKE, T. «Fair and Just Working Conditions (Article 31)». En B. Bercusson, eds. *European Labour Law and the Charter of Fundamental Rights*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2006, pp. 357-377.
- CEDS. *Charte sociale européenne: Digest de jurisprudence du CEDS* (2004): p. 287.
- FERRARI BRAVO, L., F. M. DI MAJO y A. RIZZO. *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*. Milán: Giuffrè, 2001, pp. 109-112.
- GARRIGUES JIMÉNEZ, A. «La protección de riesgos laborales en el marco de la Constitución Europea». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* 57 (2005): pp. 353-366.
- GIORGIS, A. «Art. 30 y 31». En R. Bifurco, M. Cartabia y A. Celotto. *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*. Bologna: Il Mulino, 2002, pp. 222-230.
- HUNT, J. «Fair and Just Working Conditions». En T. K. Hervey y J. Kenner. *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights – a Legal Perspective*. Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 45-66.
- JEAMMAUD, A. «Article II-91». En L. Bourgoignie-Larsen, A. Levaud y F. Picod, dirs. *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II: La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article*. Bruselas: Bruylant, 2005, pp. 416-425.
- LOZANO LARES, F. «El marco jurídico comunitario de la seguridad y de la salud laboral», en J. Cruz Villalón y T. Pérez del Río, coords. *Una aproximación al derecho social comunitario*. Madrid: Tecnos, 2000, pp. 85 y ss.
- MONJAS BARRENA, M. y L. MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE. «Solidaridad: el derecho a unas condiciones de trabajo justas y equitativas». En E. Álvarez Conde y V. Garrido Mayol. *Comentarios a la Constitución Europea. Vol. 2: Los derechos y libertades*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 1163-1188.

- ORDÓÑEZ SOLÍS, D. *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad*. Granada: Comares, 2006.
- SAMUEL, L. *Droits sociaux fondamentaux: Jurisprudence de la Charte sociale européenne*, 2.^a ed. Estrasburgo: Conseil de l'Europe, 2002.
- VERBROUGGEN, V. «Article 31». *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*. Bruselas: EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, junio 2006, pp. 267-279.

ARTÍCULO 32
PROHIBICIÓN DEL TRABAJO INFANTIL
Y PROTECCIÓN DE LOS JÓVENES EN EL TRABAJO

Se prohíbe el trabajo infantil. La edad mínima de admisión al trabajo no podrá ser inferior a la edad en que concluye el período de escolaridad obligatoria, sin perjuicio de disposiciones más favorables para los jóvenes y salvo excepciones limitadas.

Los jóvenes admitidos a trabajar deberán disponer de condiciones de trabajo adaptadas a su edad y estar protegidos contra la explotación económica o contra cualquier trabajo que pueda ser perjudicial para su seguridad, su salud, su desarrollo físico, psíquico, moral o social, o que pueda poner en peligro su educación.

PRECEPTOS RELACIONADOS

- Carta: arts. 24, 31, 33 y 34.
- TFUE: art. 153.

ANTECEDENTES

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: art. 137 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: arts. II-84, II-92 y III-210.
- Carta de 7 de diciembre de 2007: art. 32.

COMENTARIO

MANUEL LÓPEZ ESCUDERO

*Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de Granada*

El trabajo infantil es una realidad lamentable que aún se presenta con virulencia en los países en vías de desarrollo, pero que también continúa existiendo en la Unión Europea. Según los cálculos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (OIT 2006, p. 6), unos doscientos dieciocho millones de niños de entre 5 y 14 años trabajan a tiempo completo o parcialmente, concentrándose la mayoría de ellos en África, Asia y América Latina. En la Unión Europea, el trabajo infantil aún no ha sido desterrado y continúa siendo una lacra social que arroja situaciones deplorables de niños que están en la etapa de escolarización obligatoria que son utilizados como mendigos o niños traídos de países pobres para realizar trabajos domésticos.

Esta realidad explica la existencia del art. 32 entre los derechos de solidaridad con el objeto de prohibir el trabajo infantil y controlar el trabajo de los jóvenes, que se inspira claramente, como señala el Praesidium de la Convención, en varios convenios de la OIT, en la Carta Social Europea y en el Derecho Comunitario derivado existente en la materia.

1. EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL Y EL DERECHO DERIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA

Existe un asentado marco jurídico internacional referente a la protección de los niños contra su explotación mediante el trabajo infantil. La OIT fue la primera organización que se ocupó del trabajo infantil, adoptando varios convenios sobre la edad mínima para trabajar en determinados sectores económicos, así como convenios sobre protección del trabajo juvenil en varios ámbitos laborales. En la actualidad, las dos normas básicas de la OIT en esta materia son el Convenio número 138 sobre la edad mínima, de 26 de junio de 1973, y el Convenio número 182 sobre las peores formas de trabajo infan-

til, de 17 de julio de 1999. Estos dos tratados son convenios fundamentales y, de conformidad con la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, incluso los Estados miembros, que aún no han ratificado estos convenios, deben observar, promover y poner en práctica los principios.

Según la OIT, no todas las tareas realizadas por los niños deben clasificarse como trabajo infantil que se ha de eliminar. Por lo general, la participación de los niños o los adolescentes en trabajos que no atentan contra su salud y su desarrollo personal ni interfieren con su escolarización se considera positiva. Entre otras actividades, cabe citar la ayuda que prestan a sus padres en el hogar, la colaboración en un negocio familiar o las tareas que realizan fuera del horario escolar o durante las vacaciones para ganar dinero de bolsillo. Estas actividades son provechosas para el desarrollo de los pequeños y el bienestar de la familia; les proporcionan calificaciones y experiencia, y les ayudan a prepararse para ser miembros productivos de la sociedad en la edad adulta. El término *trabajo infantil* suele definirse como todo trabajo que priva a los niños de su niñez, su potencial y su dignidad, y que es perjudicial para su desarrollo físico y psicológico. Se trata de un trabajo que es peligroso y perjudicial para el bienestar físico, mental o moral del niño e interfiere en su escolarización, puesto que le priva de la posibilidad de asistir a clases, le obliga a abandonar la escuela de forma prematura o le exige combinar el estudio con un trabajo pesado y que consume mucho tiempo. Cuándo calificar o no de *trabajo infantil* una actividad específica dependerá de la edad del niño o la niña, el tipo de trabajo en cuestión y la cantidad de horas que le dedica, las condiciones en que lo realiza, y los objetivos que persigue cada país. La respuesta varía de un país a otro y entre uno y otro sector (OIT: Programa internacional para la eliminación del trabajo infantil, <http://www.ilo.org/ipec/facts/lang—es/index.htm>).

En las formas más extremas de trabajo infantil, los niños son sometidos a situaciones de esclavitud, separados de su familia, expuestos a graves peligros y enfermedades y/o abandonados a su suerte en las calles de grandes ciudades a una edad muy temprana. El art. 3 del Convenio número 182 de la OIT considera como peores formas de trabajo infantil las siguientes:

- I) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados;
- II) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas;
- III) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes; y
- IV) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

Uno de los métodos más efectivos para lograr que los niños no comiencen a trabajar demasiado pronto es establecer la edad en que legalmente pueden incorporarse al empleo. En el cuadro siguiente elaborado por la OIT figuran los principios fundamentales

| | Edad mínima autorizada para que los niños comiencen a trabajar | Posibles excepciones para algunos países en desarrollo |
|---|--|--|
| <p style="text-align: center;">Trabajo peligroso</p> <p>Ninguna persona menor de 18 años debe realizar trabajos que atenten contra su salud o su moralidad.</p> | <p style="text-align: center;">18 años</p> <p>(16 años siempre que se cumplan estrictas condiciones)</p> | <p style="text-align: center;">18 años</p> <p>(16 años siempre que se cumplan estrictas condiciones)</p> |
| <p style="text-align: center;">Edad mínima límite</p> <p>La edad mínima de admisión al empleo no debe estar por debajo de la edad de finalización de la escolarización obligatoria, por lo general, los 15 años de edad.</p> | <p style="text-align: center;">15 años</p> | <p style="text-align: center;">14 años</p> |
| <p style="text-align: center;">Trabajo ligero</p> <p>Los niños de entre 13 y 15 años de edad podrán realizar trabajos ligeros, siempre y cuando ello no ponga en peligro su salud o su seguridad, ni obstaculice su educación, su orientación vocacional ni su formación profesional.</p> | <p style="text-align: center;">Entre 13 y 15 años</p> | <p style="text-align: center;">Entre 12 y 14 años</p> |

del Convenio número 138 por lo que respecta a la edad mínima de admisión al empleo.

En el marco del sistema de Naciones Unidas nos encontramos también con normas relativas al trabajo infantil y juvenil. En efecto, el art. 10.3 del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966 establece que los Estados reconocen la necesidad de adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de los niños y adolescentes sin discriminación por motivo alguno. Los niños y adolescentes deben ser protegidos contra la explotación económica y social. Las leyes deben sancionar a quienes los empleen en trabajos susceptibles de afectar a su moralidad o a su salud o que pongan su vida en peligro o afecten a su normal desarrollo. Los Estados deben asimismo fijar los límites de edad por debajo de los cuales la utilización de la mano de obra infantil está prohibida y sancionada por la ley.

La protección de los derechos de los menores mejoró notablemente en el marco de Naciones Unidas con la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989. Entre los derechos del niño reconocidos por este Convenio destaca el derecho a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social (art. 32.1). Los Estados se comprometen a adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de este precepto y, en particular, deben fijar la edad o edades mínimas para trabajar, deben prever una reglamentación adecuada de los horarios de trabajo y de las condiciones laborales y deben establecer sanciones adecuadas para garantizar el respeto de este derecho.

En el ámbito regional europeo, el trabajo infantil y juvenil es objeto de regulación en el art. 7 de la Carta Social Europea revisada de 1996. Mediante este precepto, los Estados se obligan a:

- fijar los 15 años la edad mínima laboral, aunque con posibilidad de que los niños realicen *trabajos ligeros* no perjudiciales para su desarrollo;
- establecer los 18 años la edad mínima para realizar trabajos considerados como peligrosos e insalubres;

- prohibir que los niños en período de escolarización obligatoria trabajen en empleos que les priven del beneficio de esta instrucción;
- no permitir el trabajo nocturno de menores de 18 años, salvo para determinados trabajos previstos por la reglamentación nacional.

Este precepto contiene, además, numerosas obligaciones para los Estados parte de la Carta con respecto al trabajo de los jóvenes menores de 18 años, entre las que destacan:

- el derecho de los jóvenes trabajadores o aprendices a una remuneración adecuada;
- el derecho a que se computen a efectos de jornada laboral las horas dedicadas a formación profesional;
- el derecho a vacaciones anuales pagadas de cuatro semanas como mínimo;
- el derecho a un control médico regular en aquellas actividades donde lo prevea la legislación nacional.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) no contiene ningún precepto aplicable al trabajo infantil, salvo que éste se encuadre en un supuesto de trabajo forzado, esclavitud o servidumbre, en cuyo caso puede ser aplicable el art. 4 del CEDH.

Esta normativa de la OIT, de la ONU y del Consejo de Europa sobre el trabajo infantil ha influido en la Unión Europea. En primer lugar, cabe mencionar la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, adoptada en el Consejo Europeo de Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989 por los Jefes de Estado y de Gobierno de 11 Estados miembros, que en sus puntos 20 y 22, declara: «20. Sin perjuicio de disposiciones más favorables para los jóvenes, en especial las que, mediante la formación, garanticen su inserción profesional, y salvo excepciones circunscritas a algunos trabajos ligeros, la edad mínima de admisión al trabajo no debe ser inferior a la edad en la que concluye la escolaridad obligatoria ni en ningún caso inferior a 15 años.

22. Deben adoptarse las medidas necesarias para adecuar las normas del Derecho laboral aplicable a los jóvenes trabajadores

para que satisfagan las exigencias de su desarrollo y las necesidades de su formación profesional y de su acceso al empleo.

Debe limitarse, en particular, la duración del trabajo de los trabajadores menores de 18 años —sin que pueda eludirse esta limitación recurriendo a horas extraordinarias— prohibiéndose el trabajo nocturno, con excepción de algunos empleos establecidos por las legislaciones o las normativas nacionales».

En segundo lugar, la Unión Europea dispone de competencia para adoptar normas de armonización respecto al trabajo infantil sobre la base del art. 137.1, letra a) del TCE, que permite al Consejo establecer, mediante directivas, las disposiciones mínimas para promover la mejora, en particular, del medio de trabajo, con el fin de elevar el nivel de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores. Con este fundamento jurídico se adoptó la Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo (*DOL* 216, de 20 de agosto de 1994, p. 12). Esta Directiva es aplicable a toda persona menor de 18 años con un contrato de trabajo o una relación laboral regulada por el Derecho vigente en un Estado miembro y/o sometido al Derecho en vigor en un Estado miembro. Los Estados miembros pueden prever que la directiva no sea aplicable a los trabajos ocasionales o de corta duración relativos al servicio doméstico efectuado en un hogar privado o el trabajo que no se considere nocivo, ni perjudicial, ni peligroso para los jóvenes en la empresa familiar. La directiva prevé que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para prohibir el trabajo de los niños y velen por que el trabajo de los adolescentes se regule y proteja de forma estricta en las condiciones establecidas por la Directiva.

2. LA PROHIBICIÓN DEL TRABAJO INFANTIL

El art. 32 comienza estableciendo el principio general de la prohibición del trabajo infantil y, seguidamente, dispone que la edad mínima de admisión al trabajo no podrá ser inferior a la edad en que concluye el período de escolaridad obligatoria. En principio, puede resultar chocante que no se haya establecido un límite de edad preciso como edad laboral mínima cuando los textos interna-

cionales de referencia lo establecen en los 15 años, como hemos visto. Ciertamente, el art. 32 fija la mayoría de edad laboral para los jóvenes por referencia al período de escolaridad obligatoria, pero éste puede variar de un Estado a otro y podría establecerse por debajo de los 15 años. Esta hipótesis se ha producido en el caso de Portugal y ha dado lugar a una reclamación colectiva contra este país ante el Comité Europeo de los Derechos Sociales por infracción del art. 7 de la Carta Social Europea (Renucci 2005, 430).

No obstante, creemos que es posible hacer una interpretación del primer párrafo del art. 32 que impida el mencionado riesgo. En efecto, no sólo los textos internacionales de referencia (Convenio núm. 138 de la OIT y Carta Social Europea) establecen como edad mínima laboral los 15 años, sino que también lo hace la Directiva 94/33/CE, en la que se basa dicho precepto según el Praesidium de la Convención. Esta Directiva en su art. 3 considera *niño* a todo joven menor de 15 años o que aún esté sujeto a la escolaridad obligatoria a tiempo completo impuesta por la legislación nacional; y *adolescente* a todo joven de 15 años como mínimo, pero menor de 18 años, que ya no esté sujeto a la escolaridad obligatoria a tiempo completo impuesta por la legislación nacional. El trabajo de los niños lo prohíbe, salvo excepciones, y el trabajo de los adolescentes lo permite, pero sometiénolo a restricciones. A mi juicio y de conformidad con lo estipulado en la Directiva, el art. 32 debe interpretarse en el sentido de que se considerará trabajo infantil el realizado por los menores de 15 años en cualquier caso y el llevado a cabo por adolescentes de edad superior, pero en período de escolarización obligatoria (en España éste se extiende hasta los 16 años, por los que ésta sería la edad mínima laboral). Entendemos que la determinación de la edad de acceso al empleo mediante su vinculación con la escolarización obligatoria, realizada por el art. 32, es positiva porque permite solamente aumentar la edad mínima laboral por encima del límite de los 15 años fijado por los tratados internacionales y el Derecho Comunitario derivado. Hay que tener en cuenta también que el art. 32 establece un estándar mínimo de protección, puesto que se aplica «sin perjuicio de disposiciones más favorables para los jóvenes», que puedan preverse en el Derecho interno de los Estados miembros o por la misma Unión Europea.

El límite de edad laboral del art. 32 opera respecto a los trabajos que podríamos calificar como normales, pero no con respecto a los

trabajos peligrosos. Para estos casos, la edad mínima de acceso debe ser de 18 años. Esta interpretación del art. 32 es la que se deduce de los textos internacionales y de la Directiva 94/33/CE. Esta última, en su art. 7, establece que los Estados miembros prohibirán el acceso de los jóvenes, menores de 18 años, a una serie de trabajos que dificultan su desarrollo juvenil por su peligrosidad o dificultad.

El art. 32 prohíbe, como hemos dicho, el trabajo infantil y debe entenderse que se trata de cualquier tipo de trabajo desarrollado por menores en edad de escolarización obligatoria o con menos de 15 años. Se impone una interpretación amplia del concepto de trabajo, que debe incluir todos los sectores económicos, todo tipo de empresas, incluidos los negocios familiares, así como todas las formas de trabajo, remuneradas o no. Esta interpretación amplia se justifica por tratarse de una prohibición de una práctica (el trabajo infantil), contraria a los derechos fundamentales del niño, y en este sentido se ha pronunciado el CEDS al interpretar el art. 7 de la Carta Social Europea. Además, el trabajo infantil en Europa aparece más en las actividades económicas informales, como negocios familiares, explotaciones agrícolas y trabajo doméstico.

Ahora bien, la prohibición del trabajo infantil, configurada de este modo tan extenso, admite algunas excepciones limitadas, según el art. 32, que se centran en los denominados trabajos ligeros por los textos internacionales y por la Directiva 94/33/CE. El art. 4 de esta Directiva permite, en concreto, a los Estados miembros no aplicar, por vía legislativa o reglamentaria, la prohibición del trabajo infantil:

- a los niños que participen en actividades de carácter cultural, artístico, deportivo o publicitario. La contratación de niños se someterá, en cada caso, a un procedimiento de autorización previa expedido por la autoridad competente;
- a los niños de al menos 14 años que trabajen en el marco de un régimen de formación en alternancia o de prácticas en empresas, siempre que dicho trabajo sea realizado conforme a las condiciones prescritas por la autoridad competente;
- a los niños de al menos 14 años que efectúen trabajos ligeros, cuyas condiciones laborales serán determinadas por cada Estado miembro con respeto de la Directiva. No obstante, los

niños podrán, a partir de la edad de 13 años, realizar trabajos ligeros durante un número limitado de horas por semana y para ciertas categorías de trabajos determinados en la legislación nacional.

En la aplicación de estas excepciones a la prohibición del trabajo infantil debe siempre tenerse en cuenta el interés superior del niño, tal como se establece en el art. 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales (Golden 2006, 286).

3. LA REGULACIÓN DEL TRABAJO JUVENIL

El segundo párrafo del art. 32 se refiere a la protección de los jóvenes en el trabajo y contiene una norma especial con respecto al derecho de condiciones justas y equitativas del art. 31 de la Carta, aplicable a los jóvenes.

Esta disposición resulta aplicable a los jóvenes, que son las personas menores de 18 años y mayores de 15 o con el período de escolarización obligatoria terminado, según la Directiva 94/33/CE, así como los menores de esa edad que pueden realizar trabajos en casos excepcionales. Estos jóvenes pueden trabajar, pero deben disponer de «condiciones de trabajo adaptadas a su edad» y, además deben «estar protegidos contra la explotación económica o contra cualquier trabajo que pueda ser perjudicial para su seguridad, su salud, su desarrollo físico, psíquico, moral o social, o que pueda poner en peligro su educación», según establece el art. 32, retomando casi literalmente el contenido del art. 1.3 de la Directiva 94/33/CE.

Si tenemos en cuenta el art. 7 de la Carta Social Europea revisada y la jurisprudencia que lo interpreta del CEDS, los convenios de la OIT y la Directiva 94/33/CE, los jóvenes tendrán un trabajo en «condiciones de trabajo adaptadas a su edad», cuando se cumplan las siguientes exigencias:

- Limitación del tiempo de trabajo y respeto de los períodos de descanso, vacaciones y pausas. Se establecen límites y condiciones más beneficiosos para los jóvenes que para los demás trabajadores. Por ejemplo, el art. 8 de la Directiva establece

que los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para limitar el tiempo de trabajo de los jóvenes a 8 horas diarias y a 40 horas semanales.

- Preservación del disfrute del derecho a una completa escolarización obligatoria. Para ello, se establecen límites a la jornada laboral de los jóvenes en función de que sea período escolar o no y dependiendo de que hayan terminado o no la escolarización obligatoria. Así, el art. 9.1 de la Directiva establece que los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para limitar el tiempo de trabajo de los niños a 2 horas por día de enseñanza y a 12 horas semanales para los trabajos realizados durante el período escolar fuera de las horas lectivas, en la medida en que la legislación y/o la práctica nacional no los prohíban, mientras que su jornada puede elevarse a 7 horas diarias y a 35 horas semanales para los trabajos realizados durante un período de inactividad escolar.
- Cómputo de las enseñanzas prácticas a efectos de la jornada laboral. El art. 8.3 de la Directiva dispone que el tiempo dedicado a su formación por el joven que trabaje en el marco de un régimen de formación teórica y/o práctica en alternancia o de prácticas en empresa quedará incluido en el tiempo de trabajo.
- Prohibición del trabajo nocturno. El art. 9 de la Directiva prohíbe el trabajo de los niños entre las ocho de la tarde y las seis de la mañana y el de los adolescentes entre las diez de la noche y las seis de la mañana o entre las once de la noche y las siete de la mañana. No obstante, la Directiva permite excepciones en algunos supuestos como los sectores de navegación o pesca, las fuerzas armadas o de la policía, los hospitales o establecimientos similares, y actividades de carácter cultural, artístico, deportivo o publicitario.
- Controles médicos regulares.

Además de trabajar en condiciones adaptadas a su edad, el art. 32 establece que los jóvenes deben ser protegidos contra la explotación económica. Teniendo en cuenta la práctica del CEDS en aplicación del art. 7 de la Carta Social Europea, pueden considerarse explotación económica de los jóvenes los supuestos de trabajo sin remune-

rar o con salario muy bajo en comparación con el de los adultos, trabajo a una edad muy temprana, excesivo horario laboral, condiciones laborales perjudiciales para el bienestar del joven o trabajo que prive de la educación básica. Por supuesto, las peores formas de trabajo infantil, identificadas en el art. 3 del Convenio número 182 de la OIT, como la esclavitud o el trabajo forzado, constituyen supuestos evidentes de explotación económica de los jóvenes.

El párrafo segundo del art. 32 prevé también la protección de los jóvenes «contra cualquier trabajo que pueda ser perjudicial para su seguridad, su salud, su desarrollo físico, psíquico, moral o social, o que pueda poner en peligro su educación». Sin duda, son perjudiciales para el desarrollo del niño las peores formas de trabajo infantil antes mencionadas. Además de ellas, el art. 7 de la Directiva 94/33/CE identifica una serie de actividades que son perjudiciales para el desarrollo de los jóvenes. En concreto, se trata de trabajos:

- que superen objetivamente sus capacidades físicas o psicológicas;
- que impliquen una exposición nociva a agentes tóxicos, cancerígenos, que produzcan alteraciones genéticas hereditarias, que tengan efectos nefastos para el feto durante el embarazo o tengan cualquier otro tipo de efecto que sea nefasto y crónico para el ser humano;
- que impliquen una exposición nociva a radiaciones;
- que presenten riesgos de accidente que los jóvenes, por la falta de consciencia respecto de la seguridad o por su falta de experiencia o de formación, no puedan identificar o prevenir; o
- que pongan en peligro su salud por exponerles a frío o calor, ruidos, o a causa de vibraciones.

A modo de conclusión, cabe señalar que el art. 32 es un precepto que impone obligaciones positivas a los Estados para acabar con el trabajo infantil y disciplinar adecuadamente el trabajo de los jóvenes. En particular, los Estados miembros y la propia Unión Europea deben establecer un régimen de sanciones eficaz para poner fin a las denigrantes prácticas de trabajo infantil y de explotación laboral de los jóvenes en el territorio de la Unión Europea, así como un meca-

nismo de inspección eficaz para detectar los incumplimientos de la normativa internacional, de la Unión Europea e interna que reprime el trabajo infantil. Sin embargo, es mucho más complicado que la Unión Europea intente acabar con el trabajo infantil en países terceros mediante la aplicación de medidas de política comercial.

BIBLIOGRAFÍA

- BOURGORGUE-LARSEN, L. y J.-F. RENUCCI. «Article II-92». En L. Bourgorgue-Larsen, A. Levade y F. Picod, dirs. *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II: La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article*. Bruselas: Bruylant, 2005, pp. 426-434.
- CÁMARA BOTIA, A. «Viejas y nuevas perspectivas sobre el trabajo infantil». *Revista Española de Derecho del Trabajo* 122 (2004): pp. 232 y ss.
- CEDS. *Charte sociale européenne: Digest de jurisprudence du CEDS* (2004): p. 287.
- EU NETWORK OF INDEPENDENT EXPERTS ON FUNDAMENTAL RIGHTS. «Implementing the Rights of the Children in the European Union». *Thematic Comment* 4, 25 de mayo de 2006, pp. 80-83.
- GARCÍA ROMERO, B. «La protección jurídico-laboral de los menores». *Asuntos Sociales* 10 (2001): pp. 62 y ss.
- GIORGIS, A. «Art. 32». En R. Bifurco, M. Cartabia y A. Celotto. *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*. Bolonia: Il Mulino, 2002, pp. 231-236.
- GOERLICH PESET, J. M.^a «Solidaridad: prohibición del trabajo infantil y la protección de los jóvenes en el trabajo». En E. Álvarez Conde y V. Garrido Mayol. *Comentarios a la Constitución Europea. Vol. 2: Los derechos y libertades*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 1189-1214.
- GOLDEN, I. «Article 32». *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*. Bruselas: EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, junio 2006, pp. 280-292.
- IGARTÚA MIRÓ, M.^a T. e I. MARÍN ALONSO. «La prohibición del trabajo infantil y la protección del trabajo de los jóvenes en la Constitución Europea». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* 57 (2005): pp. 527-542.
- JACOBS, A. «Prohibition of Child labour and Protection of Young People at Work (Article 32)». En B. Bercusson, eds. *European Labour Law and the Charter of Fundamental Rights*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2006, pp. 379-400.
- OIT. *La eliminación del trabajo infantil: Un objetivo a nuestro alcance*. Ginebra, 2006.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D. *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad*. Granada: Comares, 2006.
- RUANO ALBERTO, S. «La prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* 22 (2000): pp. 229 y ss.
- *El trabajo de los menores de edad a la luz de la legislación internacional y comunitaria*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001.
- SAMUEL, L. *Droits sociaux fondamentaux: Jurisprudence de la Charte sociale européenne*. 2.^a ed. Estrasburgo: Conseil de l'Europe, 2002.

ARTÍCULO 33
VIDA FAMILIAR Y VIDA PROFESIONAL

- 1. Se garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social.**
- 2. Con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño.**

PRECEPTOS RELACIONADOS

- Carta: arts. 7, 9, 21, 23-26, 32 y 34.
- TFUE: arts. 153 y 156.

ANTECEDENTES

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: arts. 137-139 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: arts. II-67, II-69, II-81, II-83-II-86, II-92, II-94 y III-210-III-212.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 33.

COMENTARIO

MANUEL LÓPEZ ESCUDERO

*Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de Granada*

El art. 33 es un precepto que consagra derechos relacionados con la protección a la familia, especialmente en el ámbito sociolaboral. Pero la familia es objeto de un tratamiento disperso en varios preceptos de la Carta de Derechos Fundamentales, de los que el art. 33 es, posiblemente, el más importante. Esta disposición está vinculada, por tanto, con otras de la Carta de Derechos Fundamentales, que también se refieren a derechos o medidas protectoras de la institución familiar.

En el Título dedicado a las libertades se encuentra el art. 7, relativo al derecho al respeto a la vida privada y familiar, y el art. 9, que protege el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia. El Título III, referente a la igualdad, cuenta con varios preceptos relacionados con la protección de la familia, destacando el art. 21, que establece la cláusula general de prohibición de la discriminación, señalando particularmente, a las razones de «sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual». Algunas de las causas de discriminación pueden recaer sobre situaciones familiares, como es el caso de las convicciones, a los efectos de optar entre la creación de familia matrimonial o la basada en mera situación de convivencia, o de la orientación sexual, relevante respecto a si las personas del mismo sexo pueden o no crear una familia. En menor grado también las razones de discapacidad, nacimiento o edad podrían tener algún tipo de repercusión sobre la institución familiar (Gorelli Hernández 2004, 497). También tiene repercusión sobre la institución familiar el art. 23, según el cual «la igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución», con la incidencia que ello tiene en materia de conciliación de la vida familiar y laboral, tal como la prevé el art. 33.

Por último, afectan también a la familia los preceptos de este Título que protegen a los niños (art. 24), a las personas mayores (art. 25) y a las personas discapacitadas (art. 26).

En el Título IV relativo a los derechos de solidaridad, donde se ubica el art. 33, también se refieren a la protección familiar la prohibición del trabajo infantil y la protección del trabajo juvenil (art. 32). Asimismo, repercute notablemente en la familia el art. 34 sobre seguridad social y ayuda social, porque muchas de las prestaciones de seguridad social se orientan a la protección de contingencias de tipo familiar, como la maternidad.

El art. 33 contiene dos apartados diferenciados que se refieren a la protección de la familia. El apartado primero garantiza la protección de la familia de forma genérica en los ámbitos jurídico, económico y social, objetivo que puede alcanzarse con la adopción de una variada panoplia de medidas que pueden ir desde reducciones fiscales hasta el establecimiento de prestaciones de seguridad social, pasando por la concesión de ayudas públicas o subvenciones. El apartado segundo del art. 33 es mucho más concreto porque se centra en un medio fundamental para proteger a la familia, cual es la conciliación de la vida familiar con la vida laboral y reconoce varios derechos orientados a la consecución de este objetivo.

1. LOS PRECEDENTES INTERNACIONALES

El art. 33 protege la familia teniendo como precedentes un amplio abanico de normas internacionales. En el ámbito de la ONU, la Declaración Universal de Derechos Humanos se refería ya a la familia como un elemento fundamental de la sociedad que debía ser protegido por el Estado (art. 16.3). El art. 23 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos calcó el contenido de la Declaración Universal sobre la protección familiar y el art. 10.1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue más allá afirmando que los Estados reconocen la necesidad de proteger lo más ampliamente posible a la familia, elemento fundamental de la sociedad, para su formación y durante todo el tiempo que asume la responsabilidad del cuidado y de la educación de los niños.

Estas disposiciones genéricas sobre protección familiar fueron desarrolladas en materia laboral por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) mediante la elaboración de varios convenios. Destaca el Convenio número 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, de 1981, que se aplica a los trabajadores y a las trabajadoras con responsabilidades hacia los hijos a su cargo, cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella; así como a los trabajadores y a las trabajadoras con responsabilidades respecto de otros miembros de su familia directa que de manera evidente necesiten su cuidado o sostén, cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella. El objetivo del Convenio es crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, y para ello indica que los Estados deberán incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales. No obstante, es un convenio muy genérico que concreta muy poco las medidas adoptables por los Estados.

El Convenio número 175 sobre el trabajo a tiempo parcial de 1975 es otra norma de interés para la conciliación de vida familiar y personal, porque los padres pueden recurrir a él como una forma de conjugar las exigencias familiares con el mantenimiento de una ocupación laboral a jornada reducida. Este Convenio pretende que los Estados adopten medidas para asegurar que los trabajadores a tiempo parcial reciban la misma protección de que gozan los trabajadores a tiempo completo en situación comparable respecto a los elementos fundamentales de la relación laboral.

Un tratado de la OIT de gran interés para la protección familiar es el Convenio número 183 sobre la protección de la maternidad, de 2000, que establece un importante arsenal de medidas protectoras de la madre, que están orientadas en la mayoría de los casos a que la mujer trabajadora no resulte desfavorecida por el hecho de la maternidad. Así, el art. 3 obliga a los Estados a adoptar las medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las mujeres em-

barazadas o lactantes a desempeñar un trabajo que haya sido determinado por la autoridad competente como perjudicial para su salud o la de su hijo, o respecto del cual se haya establecido, mediante evaluación, que conlleva un riesgo significativo para la salud de la madre o del hijo. El art. 4 del Convenio regula el permiso por maternidad, señalando que toda mujer tendrá derecho, mediante presentación de un certificado médico o de cualquier otro certificado apropiado, según lo determinen la legislación y la práctica nacionales, en el que se indique la fecha presunta del parto, a una licencia de maternidad de una duración de al menos catorce semanas. El permiso de maternidad incluirá un período de seis semanas de licencia obligatoria posterior al parto, a menos que se acuerde de otra forma a nivel nacional por los gobiernos y las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores. Además de ello, el art. 5 prevé que sobre la base de la presentación de un certificado médico, se deberá otorgar una licencia, antes o después del período de licencia de maternidad, en caso de enfermedad o si hay complicaciones o riesgo de que se produzcan como consecuencia del embarazo o del parto. La naturaleza y la duración máxima de dicha licencia podrán ser estipuladas según lo determinen la legislación y la práctica nacionales. El art. 6 establece que las mujeres beneficiarias de las anteriores licencias deberán disfrutar de prestaciones pecuniarias en una cuantía que garantice a la mujer y a su hijo condiciones de salud apropiadas y un nivel de vida adecuado.

El art. 8 del Convenio número 183 prohíbe al empleador que despidiera a una mujer embarazada, beneficiaria de la licencia de maternidad o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador. Además, se garantiza a la mujer el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad. El art. 9 obliga a los Estados parte a adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo o en el acceso al empleo.

En cuanto a las madres lactantes, el art. 10 del Convenio dispone que la mujer tiene derecho a una o varias interrupciones por día o a una reducción diaria del tiempo de trabajo para la lactancia de su hijo, que se contabilizarán como tiempo de trabajo y se remunerarán en consecuencia, y cuya frecuencia y duración serán fijadas por la legislación y la práctica nacionales.

Estas medidas del Convenio número 183 protectoras de la maternidad pretenden ser mejoradas por la OIT animando a los Estados miembros de esta organización a que sigan la Recomendación número 191 sobre la protección de la maternidad, adoptada en 2000, y que extiende los derechos del Convenio, previendo, por ejemplo, que la duración de la licencia de maternidad se amplíe a dieciocho semanas, por lo menos, o que se prolongue en el caso de nacimientos múltiples.

La Carta Social Europea contiene, también, una regulación detallada de la protección familiar. En el art. 16 se otorga a la familia la calificación de *célula fundamental de la sociedad* y establece el derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica, «especialmente mediante prestaciones sociales y familiares, disposiciones fiscales, apoyo a la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, ayuda a los recién casados o por medio de cualesquiera otras medidas apropiadas». Aparte de esta protección genérica a la institución familiar, el art. 8 regula el derecho de las trabajadoras a la protección de la maternidad, previendo una serie de medidas para garantizar el ejercicio efectivo de este derecho, entre las que destacan:

- período mínimo de descanso antes y después del parto de, al menos, catorce semanas mediante vacaciones pagadas, prestaciones de la seguridad social o subsidios sufragados con fondos públicos;
- consideración como ilegal del despido de una trabajadora entre el período que se extiende desde la notificación de su embarazo hasta la terminación de su permiso de maternidad;
- derecho a interrupciones suficientes a las madres lactantes; y
- regulación del trabajo nocturno de las mujeres embarazadas, lactantes o que hayan dado a luz recientemente, así como prohibición de que sean empleadas en trabajos subterráneos de minería o en cualquier otro trabajo peligroso o insalubre.

Por último, el art. 27 de la Carta Social Europea protege el derecho de los trabajadores con responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades y a la igualdad de trato, previendo una serie de medidas para garantizar su ejercicio: posibilidad de permiso parental para cuidar a los hijos después del permiso de maternidad; prohibición de que las responsabilidades familiares constituyan un motivo válido de despido; y promover servicios, públicos o privados, como guarderías infantiles que faciliten la conciliación de la vida familiar y la vida profesional.

2. LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA

El apartado primero del art. 33 contiene una cláusula general de protección de la institución familiar, redactada en términos muy amplios y poco precisos, «se garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social».

La primera cuestión que se plantea es la de los beneficiarios de esta protección, debido a que ni el art. 33 ni ningún otro precepto de la Carta de Derechos Fundamentales ofrece una definición de lo que debe entenderse por familia ni de las personas que la conforman. Resulta lógico, porque ya hemos visto que la Unión Europea no tiene atribuidas competencias en materia de familia, siendo los Estados miembros los encargados de regular la institución familiar mediante sus derechos internos. Esta circunstancia provoca la existencia de diferencias entre distintos países sobre la composición del grupo humano que puede ser considerado como familia, máxime con la notable evolución que se ha producido en los últimos años en esta materia. A la familia clásica (hombre y mujer unidos por el matrimonio) se han sumado uniones de hecho (hombre y mujer conviviendo sin matrimonio), familias monoparentales (mujer u hombre que conviven con sus hijos) o familias formadas por progenitores del mismo sexo, cuyo reconocimiento jurídico varía de unos países a otros. El art. 9 confirma la remisión al Derecho interno de cada Estado para la determinación del concepto de familia, ya que reconoce el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia «según las leyes nacionales que regulen su ejercicio».

En el Derecho Comunitario derivado se hacen menciones a la familia, pero siempre de modo indirecto y a los efectos de aplicar alguna norma comunitaria. Así ocurre con las normas sobre reagrupación familiar en el caso de ejercicio del derecho de libre circulación y residencia por parte de los nacionales de los Estados miembros. En efecto, la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) número 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (*DO L 158*, de 30 de abril de 2004, p. 77), considera como miembros de la familia a efectos de reagrupación: el cónyuge; la pareja registrada si la legislación del Estado miembro anfitrión equipara la unión registrada al matrimonio; los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los descendientes del cónyuge o pareja registrada; los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o pareja registrada. Esta Directiva permite a los Estados miembros establecer regulaciones más favorables y permitir reagrupaciones basadas en un concepto más amplio y flexible de familia.

Otra cuestión que plantea el concepto de familia es su relación con el vínculo matrimonial, es decir, se trata de determinar si el derecho a la protección familiar del art. 33 requiere la existencia de matrimonio o no. El art. 9 regula conjuntamente el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia y, por ello, podría dar a entender que el matrimonio es la única forma de crear una familia. Pero esta interpretación debe descartarse. Entiendo que el matrimonio es la vía más habitual para crear una familia y, por ello, el art. 9 regula conjuntamente ambos derechos. Pero las uniones de hecho son otra forma de creación de una familia y quienes las conforman tienen derecho a la protección familiar prevista en el art. 33.1, que habla de familia de forma general, incluyéndose así las formadas por uniones de hecho. Esta interpretación se refuerza, porque el reconocimiento de la protección sólo a las familias matrimoniales supondría una discriminación incompatible con el art. 21, por ejemplo, con respecto a los hijos nacidos de uniones de hecho, cuyos derechos serían inferiores a los hijos matrimoniales.

Es cierto, no obstante, que algunas normas de Derecho Comunitario derivado en materia de seguridad social, por ejemplo, confieren derechos a los cónyuges que no siempre se extienden a las parejas de hecho, aunque se va produciendo una evolución similar a la de los derechos internos de la mayoría de los Estados miembros.

Determinada la concepción amplia del concepto de familia que utiliza el art. 33.1, procede referirse ahora al contenido o alcance de la protección que otorga esta disposición a la institución familiar. Se trata de una protección de carácter genérico a la familia «en los planos jurídico, económico y social», que no define de forma deliberada este precepto, ya que se inspira en el art. 16 de la Carta Social Europea revisada, pero sin especificar ninguno de los medios que allí se identifican para hacer efectiva la protección (prestaciones sociales y familiares, disposiciones fiscales, viviendas adaptadas a las necesidades familiares y ayudas a las familias jóvenes). En consonancia con ello, la Carta de los Derechos Fundamentales tampoco incorporaba el derecho a la vivienda, que sí prevé el art. 31 de la Carta Social Europea revisada (Marguenaud 2005, 438). La protección familiar genérica del art. 33.1 tiene una proyección en materia laboral, plasmada en la necesidad de conciliación de la vida familiar y laboral, que se regula en el apartado segundo de este precepto, pero también se puede proyectar en medidas de protección y promoción social, que el art. 33 no concreta, como ayudas directas a las familias o subvenciones indirectas de los gastos familiares más importantes.

Las políticas de protección familiar son competencia de los Estados miembros y en la actualidad se orientan a:

- la compensación de los costes, directos e indirectos, vinculados a la familia (prestaciones o ventajas fiscales ligadas al cuidado de hijos y personas dependientes);
- la implantación de servicios de ayuda a los padres para la educación y el cuidado de los hijos y, cada vez más, servicios para las personas mayores dependientes, cuyo número aumenta en esta sociedad europea que envejece rápidamente;
- el establecimiento de condiciones de trabajo y empleo adecuadas, mediante la flexibilización de horarios y permisos que permitan conciliar vida profesional y familiar.

La Unión Europea se limita a apoyar e incentivar a los Estados miembros para que desarrollan políticas familiares sostenibles, que son cada vez más necesarias por la situación demográfica de Europa, afectada por un notable envejecimiento de su población, y por las exigencias de desarrollar la competitividad de la economía europea. Aparte de tener en cuenta la incidencia en las familias de las políticas de la Unión Europea en áreas de su competencia, ésta se viene ocupando de la protección familiar en el marco de la Estrategia de Lisboa y mediante el recurso al método abierto de coordinación, con el objeto de llevar a cabo una modernización de las políticas de protección familiar de los Estados miembros mediante la promoción de la igualdad de oportunidades y la mejora de la conciliación entre vida familiar y laboral, que debe favorecer una mayor incorporación de las mujeres al empleo (v. las Conclusiones del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, sobre la importancia de las políticas favorables a la familia en Europa y el establecimiento de una Alianza en favor de las Familias, *DOC 163*, de 17 de julio de 2007, p. 1).

3. EL DERECHO A LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL Y FAMILIAR

La protección familiar tiene su proyección más importante en materia laboral en el derecho a la conciliación de la vida personal y familiar, que regula el apartado segundo del art. 33, inspirándose en el Convenio número 183 de la OIT y en los arts. 8 y 27 de la Carta Social Europea, antes analizados. Este derecho pretende que los trabajadores no tengan que dejar su actividad profesional cuando aparezcan las responsabilidades familiares o que, debido al desarrollo de una actividad profesional, retrasen o decidan no tener responsabilidades familiares. La realidad sociológica predominante en los Estados miembros convierte a las mujeres trabajadoras en las principales beneficiarias de este derecho, porque son las que mayores obligaciones familiares asumen, aunque esta realidad afortunadamente va evolucionando (Gorelli Hernández 2004, 492).

El art. 33.2 identifica tres derechos que deben permitir la conciliación de la vida familiar y profesional, a saber: el derecho a la pro-

tección contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad; el derecho a un permiso pagado por maternidad; y el derecho a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño. Estos derechos, reconocidos por la OIT y la Carta Social Europea, no son una novedad en el ámbito de la Unión Europea, puesto que todos ellos habían sido ya objeto de regulación mediante normas de Derecho derivado adoptadas en el marco de la política social.

No obstante, estos tres derechos que menciona el art. 33.2 no son las únicas medidas que permiten la conciliación de la vida familiar y profesional, ya que hay muchas otras acciones que coadyuvan a la consecución de este derecho. Éste es el caso del trabajo a tiempo parcial o de las medidas relativas a las guarderías.

3.1. *El derecho a la protección contra despidos relacionados con la maternidad*

El derecho a la protección contra el despido relacionado con la maternidad está consagrado en los textos internacionales antes referidos y ha sido incluido en normas de Derecho derivado actualmente aplicables en la Unión Europea. Como el precepto habla de despidos *relacionados con la maternidad* debe entenderse en sentido amplio, de forma que engloba tanto despidos motivados directamente por el hecho del embarazo o el parto, como una extinción motivada por el disfrute de los derechos a permisos generados por la maternidad. Esta interpretación viene avalada por el Derecho derivado existente en la Unión Europea.

En efecto, el art. 10 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del art. 16 de la Directiva 89/391/CEE) (DOL 348, de 28 de noviembre de 1992, p. 1) establece que: «Los Estados miembros tomarán las medidas para prohibir el despido de los trabajadores [...] durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso por maternidad [...] salvo en los casos excepcionales no inhe-

rentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales [...]». Este precepto señala, además, que los Estados deberán tomar las medidas necesarias contra el despido en estos casos, pues *sería ilegal* y siempre deben justificarse las causas de estos despidos por escrito.

La aplicación de esta Directiva ha generado una abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE). El despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo que es contraria al art. 5, apartado 1, de la Directiva 76/207 (TJCE, sentencias de 8 de noviembre de 1990, *Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund*, C-179/88, Rec., p. I-3979, apartado 13; de 5 de mayo de 1994, *Habermann-Beltermann*, C-421/92, Rec., p. I-1657, apartado 15, y de 14 de julio de 1994, *Webb*, C-32/93, Rec., p. I-3567, apartado 19). El legislador comunitario tomó también en consideración el riesgo que un posible despido crea respecto a la situación física y psíquica de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, incluido el riesgo particularmente grave de incitarlas a interrumpir voluntariamente su embarazo, por lo que previó, en el art. 10 de la Directiva 92/85, una protección especial en favor de estas trabajadoras imponiendo la prohibición de despido durante el período comprendido entre el comienzo del embarazo y el final del permiso de maternidad. El art. 10 de la Directiva 92/85 no establece ninguna excepción o inaplicación de la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas, salvo en casos excepcionales no inherentes a su estado y siempre que el empresario justifique por escrito las causas de dicho despido. Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha declarado que la negativa de contratación debida al embarazo no puede estar justificada por motivos basados en el perjuicio económico padecido por el empresario en caso de contratación de una mujer embarazada durante su permiso de maternidad (sentencia de 8 de noviembre de 1990, *Dekker*, C-177/88, Rec., p. I-3941, apartado 12) y que la misma conclusión se impone respecto del perjuicio económico ocasionado por el hecho de que la mujer contratada no pueda ocupar el puesto correspondiente durante su embarazo (sentencia de 3 de febrero de 2000, *Mahlburg*, C-207/98, Rec., p. I-549, apartado 29). Esta interpretación no puede ser modificada por la circunstancia de que el contrato de trabajo celebrado

sea de duración determinada. En efecto, puesto que el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo, independientemente de la naturaleza y el alcance del perjuicio económico sufrido por el empresario debido a la ausencia ocasionada por el embarazo, el hecho de que el contrato de trabajo celebrado sea de una duración determinada o por tiempo indefinido sigue careciendo de incidencia sobre el carácter discriminatorio del despido. En ambos casos, la incapacidad de la trabajadora para ejecutar su contrato de trabajo se debe al embarazo (TJCE, sentencias de 4 de octubre de 2001, *Tele Danmark*, C-109/00, Rec., p. I-6993, apartados 26-31, y de 4 de octubre de 2001, *Jiménez Melgar*, C-438/99, Rec., p. I-6915, apartado 43).

La cláusula 2.^a 4 de la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la Unión de Confederaciones Industriales y Empresariales de Europa, el Centro Europeo de la Empresa Pública y la Confederación Europea de Sindicatos (*DOL* 145, de 19 de junio de 1996, p. 4) prevé que los Estados miembros adopten «las medidas necesarias para proteger a los trabajadores contra el despido por haber presentado la solicitud o cogido un permiso parental, conforme a la legislación, a los convenios colectivos y a los usos nacionales».

3.2. *El derecho a un permiso de maternidad pagado y el derecho a un permiso parental*

El art. 33.2 establece otros dos derechos expresamente para conseguir la conciliación de la vida profesional y familiar, que también han sido previstos en los convenios de la OIT y en la Carta Social Europea. Se trata del permiso pagado por maternidad y del permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño. Ambos permisos estaban también previstos en el Derecho Comunitario derivado.

El art. 8 de la Directiva 92/85/CE dispone que las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia disfrutarán de un permiso de maternidad de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales. Este perm-

so deberá incluir otro de maternidad obligatorio de como mínimo dos semanas después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales. Además, el art. 9 de esta Directiva prevé que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para que las trabajadoras embarazadas disfruten, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales, de un permiso sin pérdida de remuneración para realizar los exámenes prenatales en caso de que dichos exámenes tengan lugar durante el horario de trabajo.

El TJCE cuenta ya con una nutrida jurisprudencia sobre el permiso de maternidad referente a la Directiva 92/85 y a su antecesora la Directiva 76/207/CEE. El TJCE ha considerado que con el permiso de maternidad se reconoce la legitimidad, por una parte, de la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después de éste, y, por otra parte, de la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto (TJCE, sentencias de 12 de julio de 1984, *Hofmann*, 184/83, Rec., p. 3047, apartado 25, y de 18 de marzo de 2004, *Merino Gómez*, C-342/01, Rec., p. I-2605, apartado 32). Por ello, la Directiva permite la adopción de disposiciones nacionales que garanticen a las mujeres derechos específicos a causa del embarazo y de la maternidad, como es el caso del permiso de maternidad (TJCE, sentencia de 30 de abril de 1998, *Thibault*, C-136/95, Rec., p. I-2011, apartado 24). Además, el ejercicio del derecho al permiso de maternidad no puede dar lugar a un trato desfavorable en lo que respecta a los requisitos de acceso a un nivel superior de la jerarquía profesional (TJCE, sentencias de 18 de noviembre de 2004, *Sass*, C-284/02, Rec., p. I-11143, apartados 35 y 36; y las sentencias antes citadas *Merino Gómez*, apartado 37, y *Thibault*, apartado 26). Una mujer que sufre un trato desfavorable a consecuencia de su ausencia debida a un permiso de maternidad está discriminada por razón de su embarazo y de este permiso. Tal comportamiento constituye una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido de la Directiva 76/207 (v. las sentencias de 13 de febrero de 1996, *Gillespie y otros*, C-342/93, Rec., p. I-475, apartado 22; *Thibault*, antes citada, apartados 29 y 32, y de 30 de marzo de 2004, *Alabaster*, C-147/02, Rec., p. I-3101, apartado 47). También infringe esta Directiva 76/207 una normativa nacional que no reconozca a una trabajadora, que se encuentre en permiso de materni-

dad, los mismos derechos reconocidos a otros aspirantes aprobados en el mismo procedimiento de selección, en lo que se refiere a las condiciones de acceso a la función pública, aplazando la toma de posesión de esa trabajadora hasta el término del permiso de maternidad, sin tener en cuenta la duración de dicho permiso a efectos del cómputo de su antigüedad (TJCE, sentencia de 16 de febrero de 2006, *Sarkatzis Herrero*, C-294/04, apartado 47).

El permiso parental está regulado por la Directiva 96/34/CE como un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo, para poder ocuparse del mismo durante un mínimo de tres meses hasta una edad determinada que puede ser de hasta ocho años y que deberán definir los Estados miembros y/o los interlocutores sociales. Su aplicación no ha generado jurisprudencia relevante del TJCE.

Hay que tener en cuenta que la Directiva 96/34/CE establece un derecho al *permiso parental* para «los trabajadores hombres y mujeres, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo». Por tanto, el permiso de maternidad beneficia sólo a las trabajadoras, mientras que el permiso parental puede ser disfrutado por cualquiera de los progenitores. Otra diferencia es el carácter retribuido del permiso maternal, que asume el empresario o la seguridad social, frente a la no retribución del permiso parental, que constituye una opción del trabajador a favor de la vida familiar durante un período de tiempo que puede ser largo (hasta los 8 años del niño) y cuyo coste el Estado no asume.

Aunque el art. 33 habla de permiso pagado por maternidad y de permiso parental con motivo del nacimiento o la adopción de un niño, debe entenderse que ambos permisos se pueden obtener tanto con el nacimiento de hijos biológicos como con la adopción de hijos.

A modo de conclusión, puede decirse que el art. 33 es un precepto interesante porque aúna la protección de la familia, como derecho de carácter civil y político, con el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, que es un derecho socioeconómico, aunque englobado en el más amplio derecho a la protección familiar. No obstante, es una disposición bastante genérica en su apartado primero y más concreta en su apartado segundo, pero que no añade elementos nuevos a las medidas protectoras de la familia ya consa-

gradas en los convenios de la OIT, en la Carta Social Europea y en el propio Derecho Comunitario derivado.

BIBLIOGRAFÍA

- BARBERA, M. «The unresolved Conflict: Reshaping Family Work and Market Work in the EU Legal Order». En T. K. Herve y J. Kenner. *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights – A Legal Perspective*. Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 139-160.
- CEDS. *Charte sociale européenne: Digest de jurisprudence du CEDS* (2004), p. 287.
- FLAQUER, L. *Políticas familiares en la Unión Europea*. Barcelona: Bosch, 2002.
- GARRIDO GÓMEZ, M. I. *La política social de la familia en la Unión Europea*. Madrid: Dykinson, 2005.
- FREIXES, T. «Article 33». En AA. VV. *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*. Bruselas: EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, junio 2006, pp. 293-303.
- GIORGIS, A. «Art. 33». En R. Bifulco, M. Cartabia y A. Celotto. *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*. Bolonia: Il Mulino, 2002, pp. 236-240.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J. «El Proyecto de Constitución Europea y la protección familiar». En R. Quesada Segura, ed. *La constitución europea y las relaciones laborales*. Sevilla: XXII Jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales, 2004, pp. 491-526.
- MARGUENAUD, J.-P. «Article II-93». En L. Bourgeois-Larsen, A. Levade y F. Picod, dirs. *Traité Établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II: La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article*. Bruselas: Bruylant, 2005, pp. 435-442.
- RIVAS VALLEJO, M. P. y J. I. GARCÍA NINET. «Solidaridad: vida familiar y vida profesional». En E. Álvarez Conde y V. Garrido Mayol. *Comentarios a la Constitución Europea. Vol. 2: Los derechos y libertades*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 1215-1256.
- RIVAS VALLEJO, P. y C. VILLAGRAS ALCAIDE. «La protección de la familia y de las uniones de hecho». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* 57 (2005): pp. 505-525.
- SANZ CABALLERO, S. *La familia en perspectiva internacional y europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

ARTÍCULO 34
SEGURIDAD SOCIAL Y AYUDA SOCIAL

1. La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales.
2. Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales.
3. Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales.

PRECEPTOS RELACIONADOS

- Carta: arts. 31, 33 y 35.
- TFUE: arts. 153 y 156.

ANTECEDENTES

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: arts. 42, 137 y 140 del TCE.

- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: arts. II-94, III-113, III-210 y III-213.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 34.

COMENTARIO

MANUEL LÓPEZ ESCUDERO

Catedrático de Derecho Internacional Público

Universidad de Granada

El art. 34 se ubica después de los derechos de solidaridad vinculados con la relación laboral y constituye una prolongación de éstos, ya que pretende establecer un mecanismo de seguridad económica para los trabajadores expuestos a determinados riesgos sociales. Pero el art. 34 supera estos derechos sociales vinculados al ámbito laboral, porque en su tercer apartado contempla derechos orientados a evitar la exclusión social y la pobreza. De esta manera, este precepto inicia el conjunto de derechos sociales universales que la Carta de Derechos Fundamentales incluye en el título de solidaridad, a saber, la protección de la salud (art. 35), el acceso a los servicios de interés general (art. 36), la protección del medio ambiente (art. 37) y la protección de los consumidores (art. 38).

El derecho de acceso a las prestaciones de la seguridad social y de la ayuda social es un derecho social clásico, consagrado por numerosos textos internacionales y que cuenta con un importante desarrollo en el seno de la Unión Europea, vinculado especialmente con la libre circulación de personas.

1. LOS TEXTOS INTERNACIONALES DE REFERENCIA

El derecho a la seguridad social y la ayuda social cuenta con una extensa regulación en el Derecho Internacional de los derechos humanos, por tratarse de uno de los derechos sociales más clásicos e importantes. La primera mención a este derecho la encontramos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones

Unidas, cuyo art. 22 dispone que toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables para su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad. Además, el art. 25 de esta Declaración establece que «toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad».

Este derecho es reiterado en el marco de Naciones Unidas por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su art. 9, que reconoce «el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social». En el art. 11 de este Pacto se determina que los Estados parte en él presente reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados parte tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) cuenta con un importante conjunto de normas sobre seguridad social y asistencia social. La principal referencia es el Convenio número 102 sobre la seguridad social (norma mínima), de 1952, que establece las prestaciones mínimas que deben incluir los regímenes de seguridad social de los Estados parte. Otras normas de la OIT en esta materia son:

- Convenio número 70 sobre la seguridad social de la gente de mar, de 1946;
- Convenio número 71 sobre las pensiones de la gente de mar, de 1946;
- Convenio número 121 sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, de 1964;
- Convenio número 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez, y sobrevivientes, de 1967;

- Convenio número 130 sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad, de 1969.

En el marco regional del Consejo de Europa también ha sido objeto de un importante desarrollo el derecho a prestaciones de seguridad social y de asistencia social. Ambos derechos aparecen regulados de forma exhaustiva en la Carta Social Europea revisada de 1996. Los arts. 12 y 13 se ocupan del derecho a la seguridad social y los arts. 30 y 31 del derecho a la ayuda social, regulando específicamente el derecho de protección contra la pobreza y la exclusión social y el derecho a la vivienda. El art. 12 de la Carta Social Europea dispone que, «para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la Seguridad Social, las partes contratantes se comprometen:

1. A establecer o mantener un régimen de Seguridad Social.
2. A mantener el régimen de Seguridad Social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Código Europeo de Seguridad Social.
3. A esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de Seguridad Social.
4. A adoptar medidas, mediante la conclusión de los oportunos acuerdos bilaterales o multilaterales, o por otros medios, sin perjuicio de las condiciones establecidas en esos acuerdos, encaminadas a conseguir:

a) La igualdad de trato entre los nacionales de cada una de las partes contratantes y los de las demás partes en lo relativo a los derechos de Seguridad Social, incluida la conservación de las ventajas concedidas por las leyes de Seguridad Social, sean cuales fueren los desplazamientos que las personas protegidas pudieren efectuar entre los territorios de las partes contratantes.

b) La concesión, mantenimiento y restablecimiento de los derechos de Seguridad Social, por medios tales como la acumulación de los períodos de seguro o de empleo completados de conformidad con la legislación de cada una de las partes contratantes».

El art. 13 de la Carta Social Europea regula el derecho a la asistencia social y médica, que constituye una especificación del derecho a la seguridad social. Para el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia social y médica, los Estados contratantes se comprometen a velar por que toda persona que no disponga de recursos suficien-

tes pueda obtener una asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, los cuidados que exija su Estado. Asimismo, dispondrán lo preciso para que todas las personas puedan obtener por medio de servicios adecuados, públicos o privados, el asesoramiento y ayuda personal necesarios para prevenir, eliminar o aliviar su estado de necesidad personal o familiar. Este derecho a la asistencia social y médica será garantizado por los Estados en condiciones de igualdad con sus nacionales a los de las restantes partes contratantes que se encuentren legalmente en su territorio, conforme a las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica, firmado en París el 11 de diciembre de 1953. El art. 14 de la Carta completa este derecho de asistencia social con el reconocimiento del derecho a los beneficios de los servicios sociales. Los arts. 30 y 31 de la Carta son complementarios de los arts. 14 y 15, ya que apuntalan el derecho a la ayuda social con la obligación de los Estados de adoptar medidas contra la pobreza y la exclusión social (art. 30) y para favorecer el derecho de acceso a la vivienda (art. 31).

En el marco del Consejo de Europa se ha elaborado, también, el Código Europeo de Seguridad Social de 1964, revisado en 1988, que es un tratado internacional elaborado para su ratificación por los Estados miembros del Consejo de Europa, que pretende armonizar con estándares superiores a los del Convenio número 102 de la OIT las prestaciones ofrecidas por los sistemas nacionales de Seguridad Social. El art. 73 de este Código relativo a los trabajadores migrantes fue objeto de desarrollo mediante la Convención Europea de Seguridad Social de 1972, que establece mecanismos para asegurar el disfrute de las prestaciones de seguridad social a las personas que se desplazan de un Estado a otro.

2. EL ART. 34 Y EL ACERVO COMUNITARIO

EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL Y AYUDA SOCIAL

El art. 34 incide en un ámbito en el que existe un importante acervo de Derecho derivado que hay que tener en cuenta para comprender el alcance de los derechos que esta disposición protege.

En efecto, para posibilitar la libre circulación de trabajadores, el art. 42 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) confiere com-

petencia a las instituciones comunitarias para adoptar medidas en materia de seguridad social, con objeto de establecer «un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes y a sus derechohabientes: 1) la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas; 2) el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros». Era necesario un sistema de coordinación entre los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros para garantizar la libre circulación de personas. Sobre la base de esta disposición, la Unión Europea ha adoptado una ingente normativa de Derecho derivado, cuyo objetivo no ha sido crear un sistema comunitario propio, común y uniforme de seguridad social, sino articular un mecanismo de coordinación de la aplicación de los sistemas y legislaciones de Seguridad Social nacionales —sistemas que subsisten con sus peculiaridades y diferentes prestaciones— con una serie de criterios comunes. Estos criterios han de permitir evitar las disfunciones y garantizar que al trabajador le sean reconocidos, para su cálculo y totalización, los períodos cotizados en otros Estados a efectos de adquirir y conservar sus derechos sociales, al haber ejercitado la libre circulación amparada por el derecho comunitario bajo diferentes legislaciones estatales (Valle Gálvez 2000, 104).

La coordinación de los sistemas de Seguridad Social se inició con la adopción del Reglamento (CEE) número 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (*DO L* 149, de 5 de julio de 1971, p. 2), completado por el Reglamento (CEE) número 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) número 1408/71, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familiares que se desplacen dentro de la Comunidad (*DO L* 74, de 27 de marzo de 1972, p. 1). Desde 1971, este reglamento se ha modificado en numerosas ocasiones para adaptarse a la evolución de las legislaciones nacionales y para incorporar las mejoras aportadas por las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE),

lo que ha aumentado la complejidad de las normas comunitarias de coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social. Para clarificar esta normativa se ha adoptado el Reglamento (CE) número 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social (*DO L 166*, de 30 de abril de 2004, p. 1), cuya entrada en vigor está aún pendiente de la adopción del reglamento de aplicación.

Tanto el Reglamento número 1408/71, como el nuevo Reglamento número 883/2004, que lo sustituirá cuando los Estados se pongan de acuerdo sobre el reglamento de aplicación, pretenden asegurar que la utilización de los diversos regímenes nacionales de seguridad social no afectarán desfavorablemente a las personas que ejercen su derecho de libre circulación. Para lograr este objetivo, las normas de coordinación prevén un mecanismo basado en los siguientes principios:

- La igualdad de trato entre nacionales y no nacionales, de manera que una persona que resida en el territorio de un Estado miembro esté sometida a las mismas obligaciones y disfrute de las mismas prestaciones que los nacionales de dicho Estado miembro, sin ninguna discriminación por razones de nacionalidad.
- La acumulación de los períodos, de manera que los períodos de seguro, empleo o residencia cumplidos con arreglo a la legislación de un Estado miembro se tengan en cuenta, en su caso, para la adquisición de un derecho de prestaciones con arreglo a la legislación de otro Estado miembro.
- La exportación de las prestaciones, de manera que las mismas puedan pagarse a personas que residan en otro Estado miembro.
- La determinación del Estado miembro cuya legislación en materia de seguridad social es aplicable; en principio, sólo se aplica una seguridad social a la vez, de manera que una persona pueda disfrutar de una cobertura adecuada de seguridad social sin estar sometido a la legislación de dos Estados miembros al mismo tiempo, teniendo que pagar una doble cotización, o sin pagar ninguna.

El Reglamento número 883/2004 se aplica a todos los nacionales de un Estado miembro que estén o hayan estado sujetos a la legislación sobre seguridad social de uno o más Estados miembros, así como a los miembros de sus familias y a sus supérstites. Esto significa que no sólo los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia, los funcionarios, los estudiantes y los jubilados, sino también las personas no activas quedarán protegidos por las normas de coordinación.

Las disposiciones del nuevo Reglamento se aplican a todas las ramas clásicas de la seguridad social: enfermedad, maternidad, accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, prestaciones de invalidez, subsidios de desempleo, prestaciones familiares, prestaciones de jubilación y de jubilación anticipada, y subsidios de defunción.

La asistencia social, que comprende pagos discrecionales basados en la necesidad, no está incluida en esta coordinación a nivel comunitario. Por tanto, cada Estado miembro tiene libertad para determinar quién debe estar asegurado con arreglo a su legislación, qué prestaciones se le conceden y en qué condiciones (TJCE, sentencia de 23 de enero de 1997, *Stöber y Piosa Pereira*, asuntos acumulados C-4/95 y C-5/95, Rec., p. I-511).

Además de esta competencia de coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social, el art. 137 del TCE confiere poder a las instituciones comunitarias para apoyar y completar la acción de los Estados miembros en el ámbito de la seguridad social y la protección social de los trabajadores, donde pueden adoptarse directivas de armonización y de modernización de los sistemas de protección social. El apartado 4 del art. 137 impone que estas medidas no afecten a la facultad de los Estados miembros de definir los principios fundamentales de sus sistemas de Seguridad Social, ni al equilibrio financiero de éstos. El art. 140 del TCE prevé que la Comisión fomente la colaboración y la coordinación de las actuaciones de los Estados miembros, entre otros, en el ámbito de la seguridad social.

El Tratado de Lisboa mantiene inalteradas las competencias de la Unión Europea con respecto a la coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social, con objeto de facilitar la libre circulación de personas. No obstante, el nuevo art. 48 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) sustituye la unanimidad por la nueva mayoría cualificada para la adopción de actos legislati-

vos de la Unión Europea en materia de coordinación de seguridad social, aunque en el apartado segundo de este precepto se permite a un Estado suspender su adopción y elevar la cuestión al Consejo Europeo, cuando considere que el acto perjudica a aspectos importantes de su sistema de Seguridad Social. Es una garantía adicional para que la competencia de los Estados sobre sus sistemas de Seguridad Social no se vea afectada por la competencia de la Unión Europea para coordinarlos. El art. 153.1 del TFUE, de forma similar al actual art. 137 del TCE, prevé que «la Unión apoyará y complementará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos: [...] *c*) la Seguridad Social y la protección social de los trabajadores; [...] *k*) la modernización de los sistemas de protección social, sin perjuicio de la letra *c*)». Por su parte, el contenido del art. 140 del TCE es retomado por el art. 156 del TFUE, en el que se implica directamente a la Comisión para que fomente la «cooperación entre los Estados miembros» y facilite la «coordinación de sus acciones en los ámbitos de política social [...] particularmente en las materias relacionadas con: [...] *d*) la Seguridad Social». Del análisis de estos preceptos deducen algunos autores que la principal capacidad de actuación de la Unión en materia de protección social se refiere al fomento de la cooperación entre los Estados, a través de iniciativas para mejorar los conocimientos, desarrollar el intercambio de información y buenas prácticas, así como para promover fórmulas innovadoras y evaluar experiencias (Ojeda Avilés 2001; Gorelli Hernández 2004, 1263), en aplicación de la técnica del método abierto de coordinación.

3. EL DERECHO DE ACCESO A LAS PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL Y A LOS SERVICIOS SOCIALES

El apartado 1 del art. 34 regula de forma genérica el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales, inspirándose en los arts. 12-14 de la Carta Social Europea revisada y manteniendo una clara continuidad con el acervo vigente en el derecho de la Unión Europea sobre seguridad social. En concreto, este precepto establece que «la Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios

sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo [...]». Esta disposición se refiere a las prestaciones de seguridad social de forma genérica, con lo que su concreción debe realizarse según el Derecho interno de cada Estado, y a los servicios sociales, que son el conjunto de servicios que orientan y se hacen cargo de personas necesitadas.

Así pues, con una formulación amplia, se ha reconocido el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social especialmente en los casos de maternidad, enfermedad, accidentes laborales, la dependencia, la vejez y la pérdida del empleo, conforme a las «modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales». Con esta formulación del derecho a la seguridad social, la protección viene a ser básicamente coincidente con la existente ahora en la Unión Europea de acuerdo con el acervo comunitario vigente. Se trata de un sistema de protección a cargo de los diferentes Estados miembros conforme al cual cada Estado tiene competencia para establecer el alcance de la protección conferida por su sistema nacional de Seguridad Social, aunque con obligación de coordinación en el marco de la Unión Europea para garantizar que no haya diferencias sustanciales en la protección por lo que respecta a los trabajadores migrantes.

Es interesante señalar que el art. 34.1 hace referencia a la protección conforme a «las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión», además de por las «legislaciones y prácticas nacionales». Según algunos autores ésta es la primera vez que la Unión parecería querer implicarse directamente en la regulación de la seguridad social de los trabajadores junto con los Estados miembros (Sempere Navarro 2004, 883). Además, con las referencias a la seguridad social en los arts. 153 y 156 del TFUE, la Unión Europea podría involucrarse de forma directa en la estructuración del sistema de Seguridad Social, adoptando los instrumentos que considere necesarios para reforzar la coordinación entre las fórmulas de protección vigentes en cada Estado como medio para alcanzar fórmulas de protección más unificadas (Barrios Baudor; Meléndez Morillo-Velarde 2005, 424). Esta interpretación del art. 34.1 no es aceptable, porque las competencias en materia de seguridad y ayuda social que establece el TFUE (arts. 153 y 156) son coincidentes con las que

ahora tiene la Unión Europea sobre la base de los arts. 137 y 140, y con ellas ésta no dispone de la posibilidad de establecer un sistema común de Seguridad Social, sino de coordinar los sistemas nacionales. Como el art. 34 no puede suponer una ampliación de las competencias de la Unión Europea, ésta va a continuar ocupándose únicamente de la coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social. En las Explicaciones del Praesidium se pone de manifiesto esta idea al señalar que la mención a los servicios sociales se refiere a los ya creados, pero no supone que dichos servicios deban ser establecidos cuando no existen.

La interpretación precedente viene avalada por la jurisprudencia del TJCE, que ha dejado claro que el Derecho Comunitario no restringe la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de Seguridad Social (TJCE, sentencia de 13 de mayo de 2003, *Müller-Fauré y Van Riet*, C-385/99, Rec., p. I-4509, apartado 100). Como no existe una armonización a escala comunitaria, corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar los requisitos del derecho o de la obligación de afiliarse a un régimen de seguridad social, así como el nivel de las cotizaciones que deben pagar los afiliados (TJCE, sentencia de 8 de septiembre de 2005, *Blanckaert*, C-512/03, Rec., p. I-7685, apartado 49), y qué ingresos han de tenerse en cuenta para el cálculo de dichas cotizaciones (TJCE, sentencia de 26 de enero de 1999, *Terhoeve*, C-18/95, Rec., p. I-345, apartado 51). No obstante, los Estados miembros deberán, en el ejercicio de dicha competencia, respetar el Derecho Comunitario (TJCE, sentencias de 7 de julio de 2005, *Van Pommeren-Bourgondiën*, C-227/03, Rec., p. I-6101, apartado 39). A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que el TCE no garantiza a un trabajador que la extensión de sus actividades a más de un Estado miembro o su traslado a otro Estado miembro sean neutros en materia de seguridad social. Habida cuenta de las disparidades de las legislaciones de seguridad social de los Estados miembros, tal extensión o tal traslado pueden, según los casos, ser más o menos ventajosos o desventajosos para el trabajador en el ámbito de la protección social. De lo anterior se deriva que, aun en el caso de que su aplicación resulte menos favorable, dicha legislación no es contraria a las disposiciones de los arts. 48 y 52 del Tratado si no perjudica a dicho trabajador con relación a quienes ejercen todas sus activida-

des en el Estado miembro en el que aquélla se aplica o con relación a quienes ya estaban sujetos a la misma anteriormente y si no conduce pura y simplemente a un abono de cotizaciones sociales a fondo perdido (TJCE, sentencia de 9 de marzo de 2006, *Piatkowski*, C-493/04, Rec., p. I-2369, apartados 33 y 34).

El art. 34.1 se refiere de forma expresa al derecho de acceso a las prestaciones, en general, incluyéndose las reconocidas por los sistemas de Seguridad Social de los distintos Estados miembros. Por otra parte, se menciona el derecho a la protección en determinadas situaciones, en particular, maternidad, enfermedad, accidentes laborales, la dependencia o la vejez y la pérdida del empleo, aunque sin identificar las prestaciones que deban conceder los Estados en tales situaciones. La Carta de Derechos Fundamentales ha optado por una formulación genérica, mediante la cual se reconoce el derecho a las prestaciones, pero sin concretar su contenido. No obstante, la indeterminación del alcance de la protección no representaría un problema insalvable, ya que, en último término, correspondería a cada Estado establecerla, aunque sin olvidar que los Estados deben estar coordinados para conceder una protección similar a los ciudadanos comunitarios que se desplacen por el territorio de más de un país miembro (Barrios Baudor; Meléndez Morillo-Velarde 2005, 425).

4. EL DERECHO A LAS PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL Y A LOS SERVICIOS SOCIALES EN LOS SUPUESTOS DE EJERCICIO DE LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS EN LA UNIÓN EUROPEA

El apartado 2 del art. 34 afirma que «toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales». Esta disposición protege el derecho de acceso a las prestaciones de la seguridad social y a las ventajas sociales de toda persona que resida en la Unión Europea y que haya hecho uso del derecho de libre circulación de personas para ejercer una actividad económica asalariada o independiente o del derecho de libre circulación y residencia como derecho de la ciudadanía europea.

Este derecho de acceso a la seguridad social y a las ventajas sociales para los migrantes se configura ampliamente desde el punto de vista subjetivo, ya que no se reserva a los nacionales de los Estados miembros, sino que el precepto se refiere a *toda persona* y engloba así a los inmigrantes de terceros Estados con residencia legal y situación regular en la Unión Europea, que ejercen el derecho de circulación y cambian de país de residencia dentro de la Unión Europea. Esta configuración extensiva del ámbito de aplicación subjetivo del derecho de acceso a la seguridad social de las personas que ejercen la libre circulación está en consonancia con la ampliación progresiva de las personas a las que se les ha aplicado el sistema de coordinación de las legislaciones nacionales de seguridad social establecido por el Reglamento 1408/71. Inicialmente, este Reglamento se aplicó sólo a los trabajadores migrantes asalariados que estaban en activo, luego se extendió a los trabajadores migrantes por cuenta propia y, después, a todos los trabajadores incluso inactivos, pero beneficiarios de prestaciones de seguridad social, con lo que el Reglamento se escoró en cuanto a los beneficiarios de la noción de trabajador a la de asegurado social (Lhernould 2005, 6). También se extendía la protección a los miembros de la familia del trabajador y a sus causahabientes beneficiarios según las legislaciones nacionales de prestaciones de seguridad social.

En la década de los noventa se modificó el Reglamento 1408/71 para incluir en su ámbito de aplicación a los funcionarios con regímenes especiales de seguridad social, tras la sentencia *Vougioukas* (TJCE, sentencia de 22 de noviembre de 1995, *Vougioukas*, C-443/93, Rec., p. I-4033) y a los estudiantes que se desplazaban a recibir servicios educativos a otros Estados miembros. Más recientemente, el Reglamento (CE) número 859/2003 del Consejo, de 14 de mayo de 2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) número 1408/71 y del Reglamento (CEE) número 574/72 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas (*DOL* 124, de 20 de mayo de 2003, p. 1) se ha adoptado para garantizar a todos los nacionales de países terceros, que residen legalmente en el territorio de la Comunidad y que cumplen las demás condiciones del Reglamento número 1408/71, el beneficio de los derechos en materia de seguridad social cuando se desplazan a otro Estado miembro para estancias de

corta duración, para vivir o para trabajar. Con anterioridad, sólo estaban cubiertas determinadas categorías de nacionales de terceros países: apátridas, refugiados y miembros de familias y descendientes de ciudadanos comunitarios tal como son definidos por el propio Reglamento número 1408/71. Los nacionales de terceros Estados que se encuentran en situación irregular en el territorio de la Unión Europea, esto es, los inmigrantes ilegales, no se benefician de este derecho de acceso a las prestaciones de la seguridad social garantizadas por la normativa comunitaria de Derecho derivado. En línea con este avance, el art. 11 de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (*DO L 16*, de 23 de enero de 2004, p. 44) concede igualdad de trato con los nacionales en lo que respecta a «las prestaciones de la seguridad social, de la asistencia social y de la protección social tal como se definen en la legislación nacional» a los nacionales de terceros países que hayan residido legal e ininterrumpidamente en su territorio durante los cinco años (residentes de larga duración), aunque los Estados pueden mantener algunas diferencias.

En lo que respecta al ámbito de aplicación material del derecho contemplado en el art. 34.2 abarca las «prestaciones de seguridad social y las ventajas sociales». El alcance de este derecho hay que determinarlo por remisión al Derecho derivado. En este sentido, el Reglamento número 1408/71 incluye las ocho prestaciones de seguridad social clásicas, contenidas en el Convenio número 102 de la OIT. En efecto, este Reglamento se aplica a las ramas de seguridad social relacionadas con las prestaciones de enfermedad y maternidad, invalidez, vejez, supervivencia, accidente de trabajo y enfermedad profesional, desempleo, así como a las prestaciones familiares y subsidios de defunción. Es aplicable, además, a los regímenes de seguridad social generales y especiales, contributivos y no contributivos, así como a los regímenes relativos a las obligaciones del empresario o del armador. No se aplica ni a la asistencia social y médica, ni a los regímenes de prestaciones en favor de las víctimas de la guerra. El nuevo Reglamento (CE) número 883/2004 amplía el ámbito de aplicación del mecanismo comunitario de coordinación a los regímenes legales de prejubilación, lo que implica que los beneficiarios de estos regímenes tendrán la garantía de que las prestaciones po-

drán abonarse en otro Estado miembro y quedarán cubiertos por los servicios sanitarios y las prestaciones familiares.

5. EL DERECHO A UNA AYUDA SOCIAL Y A UNA AYUDA DE VIVIENDA

El apartado tercero del art. 34 regula el derecho a una ayuda social y de vivienda, estableciendo que «[...] la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales». Estos dos derechos se reconocen «con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza».

Se trata de dos derechos sociales cuya regulación se inspira en los arts. 30 y 31 de la Carta Social Europea revisada y en el punto 10 sobre protección social de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989. Esta norma establece que «Con arreglo a las modalidades propias de cada país: [...] las personas que estén excluidas del mercado de trabajo, ya sea por no haber podido acceder a él, ya sea por no haber podido reinserirse en el mismo, y que no dispongan de medios de subsistencia, deben poder beneficiarse de prestaciones y de recursos suficientes adaptados a su situación personal».

La ayuda social y la ayuda a la vivienda son dos derechos sociales de carácter netamente programático, cuya invocación pasa necesariamente por la actuación de los Estados miembros de conformidad con sus derechos internos, porque la Unión Europea no dispone de competencias atribuidas en materia de ayuda social y menos aún con respecto a la vivienda. En materia de ayuda social, el art. 137.1, letra j, incluye la lucha contra la exclusión social como uno de los ámbitos en los que la Comunidad apoyará y completará la acción de los Estados miembros, pero sin posibilidad de adoptar normas de armonización. El art. 153 del TFUE mantiene esta mínima posibilidad de intervención de la Unión Europea en materia de ayuda social.

En el caso de la vivienda no hay ninguna competencia ni siquiera complementaria o de apoyo reconocida a la Unión Europea, por

lo que sus posibilidades para dar efectividad al derecho de ayuda a la vivienda son aún menores.

La actuación de la Unión Europea con respecto a la ayuda social y la vivienda se lleva a cabo como un componente de la Estrategia de Lisboa que debe favorecer el crecimiento y empleo. Como instrumento jurídico para favorecer la coordinación de las políticas nacionales sobre protección e inclusión social, los Estados y las instituciones comunitarias recurren al conocido como «método abierto de coordinación». La Estrategia de Lisboa promueve un modelo de desarrollo sostenible que vincula de forma interdependiente la política económica, la política de empleo y la política social. Con este objetivo, la Unión Europea a partir de 2006 ha emprendido una racionalización de los mecanismos de coordinación a escala de la Unión Europea relativos a la protección social y la inclusión social. Estas actuaciones de la Unión Europea no suponen el ejercicio de competencia normativa alguna que pueda dar efectividad a los derechos del art. 34.3.

A modo de conclusión puede decirse que el art. 34 regula un derecho social clásico, como el derecho a la seguridad social en la línea de los acuerdos internacionales existentes en el marco de Naciones Unidas, la OIT y el Consejo de Europa. El ejercicio de este derecho cuenta con un respaldo normativo importante de normas de Derecho derivado, desarrolladas para facilitar la libre circulación de personas. Por el contrario, el derecho a la ayuda social se regula de forma mucho más programática y general, y su ejercicio no se ve facilitado por la existencia de acervo comunitario de Derecho derivado, debiendo descansar, casi por completo, en la aplicación de los derechos internos de los Estados.

BIBLIOGRAFÍA

- BARRIOS BAUDOR, G. L. y L. MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE. «La protección social en la Constitución Europea». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* 57 (2005): pp. 419-434.
- BORGETTO, M. y R. LAFORE. «Article II-94». En L. Bourgorgue-Larsen, A. Levade y F. Picod, dirs. *Traité Établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II: La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article*. Bruselas: Bruylant, 2005, pp. 443-463.

- CARRASCOSA BERMEJO, D. *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social*. Madrid: Consejo Económico y Social, 2004.
- COMISIÓN EUROPEA. *Normativa comunitaria en materia de seguridad social. Sus derechos de seguridad social cuando se desplaza en la Unión Europea*. Bruselas, 2004. http://ec.europa.eu/employment_social/publications/2005/ke6404022_es.pdf.
- FERRARI BRAVO, L., F. M. DI MAJO y A. RIZZO. *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*. Milán: Giuffrè, 2001, pp. 115-123.
- GIORGIS, A.: «Art. 34». En R. Bifurco, M. Cartabia y A. Celotto. *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*. Bolonia: Il Mulino, 2002, pp. 240-245.
- GORELLI FERNÁNDEZ, J. y A. OJEDA AVILÉS. «Solidaridad: La asistencia social en la Constitución europea». En E. Álvarez Conde y V. Garrido Mayol. *Comentarios a la Constitución Europea. Vol. 2: Los derechos y libertades*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 1257-1298.
- LABAYLE, H. «Article 34». *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*. Bruselas: EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, junio 2006, pp. 298-303.
- LHERNOULD, J.-Ph. «Conseil de l'Europe et protection sociale». *Jurisclasseur Europe*, fasc. 6300, abril 2006.
- «Droit communautaire et protection sociale. Règles de coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale». *Jurisclasseur Europe*, fascículo 630, marzo 2005.
- OJEDA AVILÉS, A. «El proceso de integración europea en materia de Seguridad Social: principios, fines y medios». *Revista Española de Derecho del Trabajo* 107 (2001), pp. 678 y ss.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D. *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad*. Granada: Comares, 2006.
- SEMPERE NAVARRO, A. V. «Coordenadas de la Seguridad Social Comunitaria: el Reglamento 883/2004». *Aranzadi Social* 9 (2004): pp. 9-36.
- TOOZE, J. «Social Security and Social Assistance». En T. K. Hervey y J. Kenner. *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights – a Legal Perspective*. Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 161-192.
- VALLE GÁLVEZ, A. «La libre circulación de trabajadores». En M. López Escudero y J. Martín y Pérez de Nanclares, coords. *Derecho Comunitario Material*. Madrid: McGraw-Hill, 2000: pp. 95-105.
- VIDA SORIA, J., J. L. MONEREO PÉREZ y J. A. MALDONADO MOLINA, coords. «Solidaridad y protección social en el marco de la Constitución europea». En R. Quesada Segura, ed. *La Constitución Europea y las relaciones laborales*. Sevilla: XXII Jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales, 2004, pp. 309-476.
- WHITE, R. «Social Security». En S. Peers y A. Ward, eds. *The EU Charter of Fundamental Rights. Politics, Law and Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 309-321.

ARTÍCULO 35
PROTECCIÓN DE LA SALUD

Toda persona tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana.

PRECEPTOS RELACIONADOS

- Carta: arts. 2, 3 y 34.
- TFUE: art. 168.

ANTECEDENTES

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: art. 152 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: arts. II-94 y III-278.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 35.

COMENTARIO

MANUEL LÓPEZ ESCUDERO

*Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de Granada*

La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. Por ello, el derecho a la protección de la salud es un derecho social al que los ciudadanos de la Unión Europea conceden cada vez mayor importancia, tanto en su vertiente de asistencia sanitaria como en la de exigencia de controles para que el uso de mercancías y servicios no ponga en peligro la salud. Además, es un derecho previsto en numerosas normas internacionales. Por ello, era normal que la Carta de Derechos Fundamentales lo incluyera entre los derechos de solidaridad.

En el ámbito de Naciones Unidas hay numerosos tratados que incluyen el derecho a la protección de la salud o medidas que se orientan a su garantía. Destaca el párrafo 1 del art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, según el cual «toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios». El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 contiene el artículo más exhaustivo del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho a la salud. La referencia más importante aparece, no obstante, en el párrafo 1 del art. 12 del Pacto, mediante el que los Estados parte reconocen «el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental», mientras que en el párrafo 2 del art. 12 se indican, a título de ejemplo, diversas medidas que deberán adoptar los Estados parte con el fin de asegurar la plena efectividad de este derecho: 1) la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; 2) la mejora en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; 3) la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endé-

micas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; 4) la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

En el marco del Consejo de Europa, hay también numerosas normas de distinta obligatoriedad jurídica relativas al derecho a la salud. La más importante es el art. 11 de la Carta Social Europea, según el cual los Estados garantizarán el derecho a la protección de la salud mediante la adopción de «medidas adecuadas para entre otros fines: eliminar, en lo posible, las causas de la salud deficiente; establecer programas educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimar el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma; y prevenir, en lo posible, enfermedades epidémicas, endémicas y otras».

El derecho a la salud y a su protección está relacionado con otros numerosos preceptos de la Carta de Derechos Fundamentales. Así, la protección de la salud constituye un medio de aseguramiento del derecho a la vida (art. 2) o el derecho a la integridad de la persona (art. 3). Más notoria aún es la relación con el art. 34 sobre seguridad social y ayuda social, ya que el sistema de Seguridad Social ha sido el principal medio a través del cual ha sido posible conseguir en la mayor parte de los países europeos la extensión de la protección de la salud a la inmensa mayoría de la población. No obstante, se aprecia en la actualidad una tendencia a la independencia de la asistencia sanitaria de la seguridad social, circunstancia que explica el reconocimiento separado de ambos derechos en los arts. 34 y 35. Es importante poner de manifiesto la diferencia entre el derecho a la salud del art. 35 y el derecho a prestaciones médico-sanitarias que se engloba en el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social para las personas que ejercen la libre circulación de personas en el seno de la Unión Europea, previsto en el art. 34.2. En efecto, el derecho a la asistencia sanitaria se configura como un derecho de toda persona, incluida o no en el ámbito de protección de un sistema de Seguridad Social, que resida en el territorio de la Unión Europea, y no como un derecho de prestación reconocido a determinados sujetos por estar incurso en una situación transnacional (residencia o estancia temporal en otro Estado miembro) que afecte a su relación de seguridad social (Cavas Martínez; Sánchez Triguero 2005, 403 y 404).

El art. 35 regula el derecho a la protección de la salud como un principio programático de perfiles muy generales, con una *atristante vacuité* (Dubois 2005, 465), pero se trata de un precepto relevante en el que aparecen dos elementos claramente diferenciados, a saber, el primer inciso establece el derecho a acceder a la prevención y a la atención sanitaria, mientras que el inciso final contiene un mandato para que la Unión Europea tenga en cuenta un alto nivel de protección de la salud humana en la definición y ejecución de sus políticas.

1. EL ACCESO A LA PREVENCIÓN Y A LA ATENCIÓN SANITARIAS

El primer inciso del art. 35 establece que «toda persona tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales». Esta disposición reconoce, por tanto, el derecho de toda persona a la protección de la salud, mediante el acceso a prestaciones sanitarias de naturaleza preventiva y reparadora, correspondiendo a las legislaciones y prácticas nacionales determinar el alcance y condiciones de acceso a dichas prestaciones.

La Unión Europea carece de competencias en materia sanitaria y, por ello, corresponde a los Estados miembros la concreción del contenido material de la asistencia sanitaria a dispensar y el establecimiento de los requisitos para acceder a las correspondientes prestaciones. Ahora bien, el art. 35 impone a los Estados el principio de universalidad subjetiva, con la consecuencia de que personas no aseguradas y carentes de recursos económicos no podrán quedar marginadas de la protección dispensada por el sistema de salud existente en cada país. La protección de la salud queda configurada por el art. 35 como un derecho subjetivo de la persona, como tal reconocido universalmente, sin restricciones derivadas de la condición jurídico-política (ciudadanía) o jurídico-administrativa (estancia legal o irregular, afiliación o no a un sistema nacional de Seguridad Social) del demandante de asistencia. En línea con lo proclamado en todos los textos internacionales que recogen el derecho a la protección de la salud, el acceso a la medicina preventiva y reparadora se configura no como un derecho de ciudadanía polí-

tica, sino como un derecho del ser humano en cuanto persona (Cavas Martínez; Sánchez Triguero 2005, 402).

Con esta interpretación se podría pensar en la invocabilidad directa ante los jueces nacionales del art. 35 en los casos en que una persona no pueda, de conformidad con la legislación nacional, disponer de asistencia sanitaria en ningún caso. No obstante, el ejercicio de este derecho «en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales» supone, como regla general, la imposibilidad de que despliegue efecto directo por tratarse de una disposición general cuya aplicación requiere el complemento del Derecho nacional. En estos casos, el derecho a la protección de la salud opera como un principio inspirador de la actuación de la Unión Europea y de los Estados miembros, pero no como un derecho individual invocable ante el TJCE (Moyses 2006, 308; Dubois 2005, 465).

El art. 35 menciona la prevención y la asistencia sanitarias, lo que resulta lógico por la dificultad de diferenciar entre ambas actividades. Además, es lógico que se incluya la prevención sanitaria porque la medicina preventiva constituye un aspecto esencial de la política sanitaria, ya que su adecuado desarrollo contribuye a evitar la contracción de enfermedades y permite reducir el gasto sanitario dedicado a financiar prestaciones de asistencia sanitaria curativa.

Como la Unión Europea carece de competencia en materia sanitaria, el derecho de acceso a la prevención y a la asistencia sanitarias sólo se puede ejercer de conformidad con el Derecho interno de los Estados miembros, ya que son éstos los competentes para regular cada uno en su territorio su sistema sanitario. Al no haber un sistema sanitario común, el derecho del art. 35 sólo se puede disfrutar de acuerdo con las legislaciones y prácticas nacionales.

Ahora bien, esta competencia de los Estados sobre sus sistemas sanitarios debe ejercerse respetando las normas del Derecho de la Unión Europea existentes en otros ámbitos, y ello puede conllevar limitaciones a la soberanía estatal en esta materia. El TJCE ha afirmado en reiterada jurisprudencia lo siguiente: «aunque no se discute que el Derecho comunitario no restringe la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de seguridad social y que, a falta de una armonización a escala comunitaria, corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar los requisitos que confieren derecho a las prestaciones en materia de

seguridad social, no es menos cierto que, en el ejercicio de dicha competencia, los Estados miembros deben respetar el Derecho comunitario, incluidas las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios. Dichas disposiciones prohíben a los Estados miembros que introduzcan o mantengan en vigor restricciones injustificadas al ejercicio de dicha libertad en el ámbito de la asistencia sanitaria» (TJCE, sentencias de 12 de julio de 2001, *Smits y Peerbooms*, C-157/99, Rec., p. I-5473, apartados 44-46; y de 16 de mayo de 2006, *Watts*, C-372/04, Rec., p. I-4325, apartado 92; y de 19 de abril de 2007, *Stamatelaki*, C-444/05, Rec., p. I-3185).

La incidencia del Derecho de la Unión Europea sobre los sistemas sanitarios nacionales aparece cuando el beneficiario de un sistema sanitario se desplaza y solicita atención sanitaria en otro Estado. Como las prestaciones sanitarias son inexportables por naturaleza, las normas comunitarias de coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social, que incluyen las prestaciones sanitarias, han previsto soluciones para los asegurados que ejercen la libre circulación de personas. Conforme a los arts. 19 y 36 del Reglamento número 1408/1971, en caso de residencia en otro Estado miembro distinto del competente, con carácter general, las prestaciones de enfermedad y maternidad en especie son ofrecidas por los servicios del Estado de residencia, según su propia legislación, pero siempre a cargo del sistema de Seguridad Social del Estado de afiliación o competente que reembolsa los gastos al beneficiario (con una cantidad a tanto alzado o en función de los gastos efectivos) o compensa con el sistema extranjero, siendo esta legislación la que impone la duración de la prestación otorgada fuera del país de afiliación. Esta regla general resulta aplicable, con modulaciones, a los afiliados residentes en otro Estado, a los supuestos de estancia temporal en otro Estado, a la asistencia internacional concertada, a la asistencia sanitaria para los no trabajadores y a los casos de prestaciones en especie de gran relevancia.

Para facilitar la acreditación documental del derecho a recibir asistencia sanitaria en los casos antes indicados, se han sustituido los formularios existentes por la Tarjeta Sanitaria Europea mediante tres decisiones de la Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes (CASSTM) [Decisión núm. 189 de la CASSTM, de 18 de junio de 2003, dirigida a sustituir por una

tarjeta sanitaria europea los formularios necesarios para la aplicación de los Reglamentos (CEE) núm. 1408/71 y (CEE) número 574/72 del Consejo, en lo que respecta al acceso a la asistencia sanitaria durante una estancia temporal en un Estado miembro distinto del Estado competente o de residencia (*DOL 276*, de 27 de octubre de 2003); Decisión núm. 190 de la CASSTM, de 18 de junio de 2003, relativa a las características técnicas de la Tarjeta Sanitaria Europea (*DO L 276*, de 27 de octubre de 2003); y Decisión núm. 191 de la CASSTM, de 18 de junio de 2003, relativa a la sustitución de los formularios E 111 y E 111 B por la Tarjeta Sanitaria Europea (*DO L 276*, de 27 de octubre de 2003)]. Esta Tarjeta Sanitaria Europea, nominativa e individual, acredita el derecho de su titular a recibir prestaciones sanitarias durante una estancia temporal en cualquier Estado miembro.

Aparte de estos supuestos de ejercicio de la libre circulación, los sistemas sanitarios nacionales pueden verse afectados por la aplicación de las normas sobre libre prestación de servicios en los casos de movilidad de los pacientes, que se producen cuando un afiliado a un sistema sanitario nacional se desplaza a otro Estado para recibir una prestación sanitaria y pretende que su sistema se la reembolse. Los debates sobre la aplicación de las normas del mercado interior al acceso a la asistencia sanitaria en otros Estados miembros no se iniciaron hasta 1998, a raíz de varias sentencias del Tribunal de Justicia. Hasta entonces, se consideraba que los reglamentos sobre coordinación de los regímenes de seguridad social, que acabamos de mencionar, constituían el único mecanismo comunitario gracias al cual los pacientes podían recibir tratamiento en otro país sin tener que pagarlo de su bolsillo.

Pero, en 1998 el Tribunal definió nuevos principios a través de sus sentencias *Decker y Kohll* (TJCE, sentencias de 28 de abril de 1998, *Kohll*, C-158/96, Rec., 1998, p. I-1931, y *Decker*, C-120/95, Rec., 1998, p. I-1831), en las que declaró que, cuando los servicios de salud se cobran, deben considerarse servicios con arreglo a la definición del Tratado y, por tanto, les son aplicables las disposiciones pertinentes relativas a la libre circulación de servicios. Asimismo, dictaminó que, por consiguiente, las medidas que establecen la sujeción a una autorización previa del reembolso de los costes realizados en otro Estado miembro constituyen obstáculos a la libre pres-

tación de servicios, por más que resulten justificadas por motivos de interés general. Sobre la base de estos asuntos y de otros posteriores (TJCE, sentencias de 12 de julio de 2001, *Vanbraekel y otros*, C-368/98, Rec., p. I-5363; de 23 de octubre de 2003, *Inizan*, C-56/01, Rec., p. I-12403; de 12 de julio de 2001, *Smits y Peerbooms*, C-157/99, Rec., p. I-5473; de 13 de mayo de 2003, *Müller-Fauré y van Riet*, C-385/99, Rec., p. I-4509) la jurisprudencia del Tribunal desarrolló los siguientes principios:

- Cualquier ciudadano puede buscar en otro Estado miembro, sin autorización previa, toda asistencia sanitaria no hospitalaria a la que tenga derecho en su propio Estado miembro, y se le reembolsarán los gastos en el nivel previsto en su propio régimen.
- Cualquier ciudadano puede buscar en otro Estado miembro toda asistencia hospitalaria a la que tenga derecho en su propio Estado miembro, previa autorización de su propio régimen. Si su régimen no puede ofrecerle asistencia en un plazo médicamente aceptable, habida cuenta de su afección, tiene que concederle dicha autorización. Además, se le reembolsarán los gastos, como mínimo, al nivel previsto en su propio régimen.

La sentencia *Watts* (TJCE, sentencia de 16 de mayo de 2006, *Watts*, C-372/04, Rec., p. I-4325, apartado 86) aportó dos aclaraciones. En primer lugar, algunos Estados miembros con sistemas basados en la integración de la financiación pública y de las prestaciones sanitarias adujeron que no se les podían aplicar las disposiciones del Tratado sobre libre prestación de servicios, pero la sentencia *Watts* confirmó que sí se podía. En segundo lugar, varios Estados miembros argumentaron que el requisito del art. 152.5 del TCE de respetar «plenamente las responsabilidades de los Estados miembros en materia de organización y suministro de servicios sanitarios y asistencia médica» impide que la normativa comunitaria imponga obligaciones vinculantes relativas a los sistemas sanitarios. En la sentencia, el Tribunal declaró que esta disposición no excluye la posibilidad de que, en virtud de otras disposiciones del Tratado, como el art. 49, o de medidas comunitarias adoptadas en base a

otras disposiciones del Tratado, como el art. 22 del Reglamento número 1408/71, los Estados miembros estén obligados a introducir adaptaciones en su sistema nacional de Seguridad Social.

Como puede apreciarse, esta jurisprudencia del TJCE contribuye a garantizar un mejor ejercicio del derecho a la asistencia sanitaria del art. 35, permitiendo que éste se beneficie de la existencia de un mercado interior con libre circulación de servicios. No obstante, esta movilidad de los pacientes conlleva un riesgo para el equilibrio financiero de los sistemas sanitarios nacionales, que requiere la adopción de normativa reguladora, cuyo proceso de elaboración ha iniciado ya la Comisión.

2. LA PROTECCIÓN DE LA SALUD HUMANA EN LAS POLÍTICAS Y ACCIONES DE LA UNIÓN EUROPEA

El segundo inciso del art. 35 tiene un tenor literal casi coincidente con el del apartado 1 del art. 168 del TFUE: «Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana». Esta norma, a diferencia de la del primer inciso, no regula un derecho, sino que establece un mandato dirigido a los poderes públicos, para que en la definición y ejecución de todas las políticas de la Unión Europea, aunque su contenido no sea específicamente sanitario, integren el objetivo de garantizar una adecuada protección de la salud humana. La protección de la salud se convierte así en un objetivo transversal que deberá estar presente en el diseño y puesta en práctica de todas las políticas comunitarias.

El Tratado de Lisboa mantiene con algunas mejoras la regulación de la salud pública establecida por el art. 156 del TCE. En efecto, el art. 4.2, letra k) del TFUE, dispone que «los asuntos comunes de seguridad en materia de salud pública» son una competencia compartida entre la Unión Europea y los Estados miembros, pero el art. 6 del TFUE identifica «la protección y mejora de la salud humana» como un ámbito donde la Unión Europea sólo puede llevar a cabo acciones de apoyo, coordinación o complemento. Por consiguiente, son los Estados los que mantienen la competencia para desarrollar una política de salud pública y la Unión carece de com-

petencia para establecer una política comunitaria de salud pública de carácter general.

Estas competencias sobre salud pública se concretan en el art. 168, cuyo apartado 1 reitera la transversalidad de la protección de la salud pública. Además de ello, este precepto permite a la Unión Europea desarrollar una acción, complementaria de las políticas nacionales, encaminada a mejorar la salud pública, y a prevenir las enfermedades humanas y las fuentes de peligro para la salud física y psíquica. El precepto asigna además a esta acción de la Unión Europea los objetivos específicos siguientes:

- La lucha contra las pandemias, promoviendo la investigación de su etiología, transmisión y prevención, así como la información y la educación sanitarias.
- La vigilancia de las amenazas transfronterizas graves para la salud, la alerta en caso de tales amenazas y la lucha contra ellas.
- El complemento de la acción de los Estados miembros dirigida a reducir la incidencia nociva de las drogas en la salud, entre otras cosas mediante la información y la prevención.
- El fomento de la cooperación entre los Estados miembros en los ámbitos antes señalados, y, en particular, la cooperación destinada a mejorar la complementariedad de sus servicios de salud en las regiones fronterizas. La Comisión, en permanente contacto con los Estados miembros, e informando cumplidamente al Parlamento Europeo, podrá adoptar cualquier iniciativa adecuada para fomentar dicha coordinación, en particular las tendentes a establecer orientaciones e indicadores, organizar el intercambio de mejores prácticas y preparar los elementos para el control y la evaluación periódicos.

El art. 168.4 desarrolla la competencia compartida sobre los problemas comunes de seguridad en materia de salud pública. Aquí, la Unión Europea aplicando el procedimiento legislativo ordinario podrá adoptar normas para establecer:

- medidas que garanticen una elevada calidad y seguridad de los órganos y sustancias de origen humano, así como de la sangre y de sus derivados;

- medidas que establezcan normas elevadas de calidad y seguridad de los medicamentos;
- medidas relativas a la vigilancia de las amenazas transfronterizas graves para la salud, la alerta en caso de tales amenazas y la lucha contra ellas.

El apartado quinto del art. 168 atribuye una competencia normativa más débil a la Unión Europea para establecer también medidas de fomento destinadas a proteger y mejorar la salud humana y, en particular, a luchas contra las pandemias transfronterizas, así como medidas que tengan directamente como objetivo la protección de la salud pública en lo que se refiere al tabaco y al consumo excesivo de alcohol, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

El art. 168 se cierra con el apartado 7, que reafirma y protege la competencia de los Estados en materia de salud pública, afirmando que «la acción de la Unión en el ámbito de la salud pública respetará las responsabilidades de los Estados miembros por lo que respecta a la definición de su política de salud, así como a la organización y prestación de servicios sanitarios y atención médica. Las responsabilidades de los Estados miembros incluyen la gestión de los servicios de salud y de atención médica, así como la asignación de los recursos que se destinan a dichos servicios».

La actuación general de la Unión Europea en política de salud pública se lleva a cabo mediante la elaboración de estrategias y programas. La Comisión Europea ha adoptado el 23 de octubre de 2007 una nueva Estrategia Sanitaria [Comisión Europea. Libro Blanco Juntos por la salud: un planteamiento estratégico para la Unión Europea (2008-2013), *COM (2007) 630 final*, de 23 de octubre de 2007] que sustituirá a la precedente. Esta estrategia tiene la ambición de proporcionar, por primera vez, un marco más global que abarque desde los problemas sanitarios fundamentales hasta la integración del elemento *salud* en todas las políticas y los problemas sanitarios mundiales. Pretende fijar objetivos claros que guíen el trabajo futuro de la Unión Europea en el terreno sanitario, y también instaurar los mecanismos necesarios para alcanzar estos objetivos en cooperación con los Estados miembros.

En lo que respecta a la adopción de disposiciones de derecho derivado con fuerza vinculante en aspectos comunes de seguridad vinculados con la salud pública hay ya un acervo muy significativo, que el art. 35 de la Carta de Derechos Fundamentales, en combinación con el art. 168 del TFUE van a afianzar.

Podemos concluir que el art. 35, pese a su redacción general, afianza la protección del derecho a la salud en la Unión Europea y es un precepto aplicable en un sector como el sanitario, donde la evolución futura de las competencias de la Unión Europea puede ser notable como consecuencia de la jurisprudencia del TJCE sobre normas comunitarias de otros ámbitos, pero con impacto en la sanidad.

BIBLIOGRAFÍA

- CAVAS MARTÍNEZ, F. y C. SÁNCHEZ TRIGUERO. «La protección social de la salud en la Constitución Europea». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* 57 (2005): pp. 401-418.
- DUBOIS, L.: «Article II-95». En L. Bourgorgue-Larsen, A. Levade y F. Picod, dirs. *Traité Établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II: La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article*. Bruselas: Bruylant, 2005, pp. 464-471.
- FERRARI BRAVO, L., F. M. DI MAJO y A. RIZZO. *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*. Milán: Giuffrè, 2001, pp. 115-123.
- GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDÁ, C. «¿Libre circulación de pacientes en la Unión Europea? La atención de los dependientes y la tarjeta sanitaria europea». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* 47 (2003): pp. 49-97.
- GONZÁLEZ DÍAZ, F. A. «Solidaridad: Derecho a la protección de la salud». En E. Álvarez Conde y V. Garrido Mayol. *Comentarios a la Constitución Europea. Vol. 2: Los derechos y libertades*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 1299-1326.
- HERVEY, T. «The Right to Health in European Union Law». En T. K. Hervey y J. Kenner. *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights – a Legal Perspective*. Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 193-222.
- LHERNOULD, J.-Ph. «Droit communautaire et protection sociale. Règles de coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale». *Jurisclasseur Europe*, fascículo 630, marzo 2005.
- LUCARELLI, A. «Art. 35». En R. Bifurco, M. Cartabia y A. Celotto. *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*. Bolonia: Il Mulino, 2002, pp. 245-250.
- MOYSE, F. «Article 35». *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*. Bruselas: EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, junio 2006, pp. 304-311.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D. *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad*. Granada: Comares, 2006.

VIDA SORIA, J., J. L. MONEREO PÉREZ y J. A. MALDONADO MOLINA, coords. «Solidaridad y protección social en el marco de la Constitución europea». En R. Quesada Segura, eds. *La Constitución europea y las relaciones laborales*. Sevilla: XXII Jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales, 2004, pp. 309-476.

WHITE, R. «Social Security». En S. Peers y A. Ward, eds. *The EU Charter of Fundamental Rights. Politics, Law and Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 309-321.

ARTÍCULO 36

ACCESO A LOS SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL

La Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con los Tratados, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión.

PRECEPTOS RELACIONADOS

- TFUE: arts. 14, 106 y 107.

ANTECEDENTES

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: arts. 16 y 86.2 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: arts. II-96, III-122, III-166-III-167 y III-238.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 36.

COMENTARIO

MANUEL LÓPEZ ESCUDERO

*Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de Granada*

El art. 36 es una disposición de gran interés que se incluyó en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea a raíz de una propuesta francesa y que se refiere a un derecho no reconocido

como tal por ninguna disposición del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Sólo encontramos una referencia indirecta a este derecho de acceso a servicios de interés económico general en el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, según el cual los Estados parte en él reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha indicado que el derecho a una vivienda suficiente debe comprender ciertos equipamientos esenciales para la salud, la seguridad, el confort y la nutrición y ello se traduce en el acceso a una serie de servicios de interés general como el agua potable, la energía para cocinar, la calefacción, el alumbrado, las instalaciones sanitarias o el alcantarillado.

El acceso a los servicios de interés económico general es una cuestión que ha generado un importante debate entre la Unión Europea y sus Estados miembros respecto a la incidencia del proceso de integración económica respecto a las competencias de los Estados para proteger intereses sociales esenciales. La integración económica conlleva liberalización del ejercicio de actividades económicas para implantar el mercado interior, mientras que la protección de intereses sociales esenciales requiere intervención del Estado en la economía, para asegurar, entre otras cosas, los servicios de interés general. Esta tensión se ha visto reforzada por las diferencias entre los diferentes Estados miembros en cuanto al grado de intervención en la economía de los poderes públicos para asegurar la efectividad de este tipo de servicios.

1. LOS SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL EN EL ACTUAL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Los servicios de interés general constituyen una realidad compleja y en constante evolución. Incluyen servicios de naturaleza tanto económica como no económica y abarcan un amplio espectro de actividades de diverso tipo, que van desde las propias de las grandes industrias de redes (energía, servicios postales, transporte y teleco-

municaciones) hasta la sanidad, la educación y los servicios sociales. Sus dimensiones varían, también, ya que puede tratarse de servicios prestados en un ámbito europeo, incluso mundial, o a escala local. Su naturaleza varía, además, en función de que las actividades englobadas en los servicios de interés general estén o no sometidas a la disciplina de mercado. La forma en que se organizan estos servicios difiere en función de las tradiciones culturales, la historia y las condiciones geográficas de cada Estado miembro, así como de las características propias de la actividad en cuestión, sobre todo de su desarrollo tecnológico.

Un tipo de servicios de interés general son los denominados «servicios de interés económico general», expresión utilizada en los arts. 16 y 86.2 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), pero sin definirla. Sin embargo, en la práctica comunitaria, se suele designar con este término aquellos servicios de naturaleza económica a los que los Estados miembros o la Comunidad imponen obligaciones específicas de servicio público en virtud de un criterio de interés general. Por consiguiente, entran en este concepto ciertos servicios prestados por las grandes industrias de redes, como el transporte, los servicios postales, la energía y las comunicaciones. Este concepto abarca igualmente otras actividades económicas sometidas también a obligaciones de servicio público, que son las obligaciones específicas impuestas por los poderes públicos al proveedor del servicio, con el fin de garantizar la consecución de ciertos objetivos de interés público, por ejemplo, en materia de transporte aéreo, ferroviario y por carretera, o en el sector de la energía. Estas obligaciones pueden aplicarse a escala regional, nacional o comunitaria.

El TCE no incluye el funcionamiento de los servicios de interés general entre los objetivos comunitarios y no atribuye a la Comunidad competencias positivas específicas en este ámbito. Salvo una referencia sectorial en el título consagrado a los transportes, se hace mención a estos servicios únicamente en dos disposiciones del TCE:

- El art. 16 encomienda a la Comunidad Europea y a los Estados miembros la responsabilidad de velar, con arreglo a sus competencias respectivas, por que sus políticas permitan que

los servicios de interés económico general cumplan su cometido. Esta disposición consagra un principio del Tratado, pero no dota a la Comunidad de medios de acción específicos al respecto.

- El art. 86.2 reconoce implícitamente el derecho de los Estados miembros a imponer obligaciones específicas de servicio público a los operadores económicos. Establece un principio fundamental que garantiza la prestación y el desarrollo de servicios de interés económico general en el mercado común. Los proveedores de servicios de interés general sólo están eximidos de la aplicación de las normas del TCE en aquellos casos en que sea estrictamente necesario para poder cumplir su misión de interés general. En caso de conflicto, por tanto, el cumplimiento de una misión de servicio público puede efectivamente prevalecer sobre la aplicación de las normas comunitarias, incluidas las normas sobre competencia y mercado interior, en las condiciones previstas en el art. 86.2. De esta forma, el Tratado protege la realización eficaz de una misión de interés general, pero no necesariamente al proveedor de la misma.

De conformidad con estas disposiciones del TCE, la definición, organización, financiación y supervisión de los servicios de interés general incumben primariamente a las autoridades nacionales, regionales y locales. No obstante, la Unión Europea tiene atribuidas competencias en una serie de ámbitos que guardan relación con estos servicios: mercado interior, competencia y ayudas estatales, libre circulación, política social, transporte, medio ambiente, salud, política de los consumidores, redes transeuropeas, industria, cohesión económica y social, investigación, comercio, cooperación al desarrollo y fiscalidad. Mediante el ejercicio de estas competencias, la Unión Europea dispone de variados medios para velar por que todos sus ciudadanos tengan acceso a servicios de interés general de calidad. Teniendo en cuenta la necesidad y la intensidad de la acción comunitaria y el papel de los Estados miembros, los servicios de interés económico general pueden clasificarse en tres categorías (Comisión Europea 2004, 15):

I) *Servicios de interés económico general prestados por grandes industrias de redes.* Desde los años ochenta, la Comunidad viene procediendo a la apertura gradual de los mercados para las grandes industrias de redes (telecomunicaciones, servicios postales, electricidad, gas, transportes), en las que pueden prestarse servicios de interés económico general. Al mismo tiempo, ha adoptado para estos servicios un marco regulador global en el que se especifican las obligaciones de servicio público a escala europea y se incluyen aspectos tales como el servicio universal, los derechos de los consumidores y usuarios, y consideraciones en materia de salud y seguridad. Estas industrias presentan una dimensión comunitaria indiscutible y constituyen un ámbito en el que la necesidad de definir un concepto de interés general europeo se deja sentir con particular fuerza. Así se reconoce en el Título XV del Tratado, que atribuye a la Comunidad una responsabilidad específica en materia de redes transeuropeas en los sectores de las infraestructuras de transportes, de las telecomunicaciones y de la energía, con el doble objetivo de mejorar el funcionamiento del mercado interior y de reforzar la cohesión económica y social.

II) *Otros servicios de interés económico general.* Otros servicios de interés económico general, como la gestión de residuos, el abastecimiento de agua o los servicios públicos de radiodifusión, no están sujetos a un régimen regulador global de ámbito comunitario. En general, la prestación y la organización de estos servicios están sometidas a las normas en materia de mercado interior, competencia y ayudas estatales, siempre que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros. Además, ciertas normas comunitarias específicas, como la legislación en materia de medio ambiente o sobre radiodifusión, pueden aplicarse a determinados aspectos de la prestación de estos servicios.

III) *Servicios de naturaleza no económica y servicios sin efecto en el comercio.* Los servicios de interés general de naturaleza no económica y los servicios sin efecto en el comercio entre los Estados miembros no están sujetos a normas específicas comunitarias ni tampoco a las normas sobre mercado interior, competencia y ayudas estatales del Tratado. Sí están sometidos, en cambio, a las normas comunitarias aplicables a las actividades no económicas y a las actividades que no tienen efecto en el comercio intracomunitario, incluido el principio fundamental de no discriminación.

Como puede apreciarse, la Comunidad ha establecido progresivamente una política en materia de servicios de interés general que se basa en diversos grados de acción y en el uso de instrumentos diferentes. En la mayoría de los casos, corresponde a las autoridades competentes en los Estados miembros especificar y completar las normas comunitarias relativas a las obligaciones de servicio público y supervisar su aplicación. Para ello, la reglamentación comunitaria en el caso de las industrias de redes ha exigido la creación de autoridades de reglamentación independientes.

Por otra parte, la Comisión puede adoptar medidas específicas directas para garantizar el cumplimiento de las normas comunitarias en materia de competencia y ayudas estatales, habiendo propiciado la jurisprudencia del TJCE en algunos casos su elaboración. En la sentencia *Altmark*, confirmada por *Enirisorse* (TJCE, sentencias de 24 de julio de 2003, *Altmark*, C-280/00, Rec., p. I-7747, y de 27 de noviembre de 2003, *Enirisorse*, asuntos acumulados C-34/01 a C-38/01, Rec., p. I-14243), el TJCE abordó una cuestión crucial, a saber, las condiciones necesarias para que las compensaciones por servicio público no constituyan ayudas estatales, que el Tribunal consideró que eran las siguientes:

- La empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas deben estar claramente definidas.
- Los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente, para evitar que ésta confiera una ventaja económica que pueda favorecer a la empresa beneficiaria respecto a las empresas competidoras. Así, constituye una intervención financiera incluida en el concepto de ayuda de Estado en el sentido del art. 87.1 del TCE, la compensación por parte de un Estado miembro de las pérdidas sufridas por una empresa sin que se hayan establecido previamente los parámetros de tal compensación, cuando, a posteriori, se comprueba que la explotación de determinados servicios en el marco de la ejecución de obligaciones de servicio público no ha sido económicamente viable.
- La compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecu-

ción de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable.

- Cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público, en un caso concreto, no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública que permita seleccionar al candidato capaz de prestar estos servicios originando el menor coste para la colectividad, el nivel de la compensación necesaria debe calcularse sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada en medios de transporte para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones.

Tras la sentencia *Altmark*, la Comisión adoptó la Decisión número 2005/842/CE, de 28 de noviembre de 2005, relativa a la aplicación de las disposiciones del art. 86, apartado 2, del TCE a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público, concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general (*DO L 312*, de 29 de noviembre de 2005, p. 67) y el Marco comunitario sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público (*DO C 297*, de 29 de noviembre de 2005, p. 4) para especificar el régimen de compatibilidad con el TCE de las ayudas estatales concedidas como compensación por la gestión de servicios de interés económico general.

En 2003 se inició un proceso de reflexión sobre la conveniencia de adoptar una regulación general de los servicios de interés económico general, que serviría como marco de referencia y encuadramiento de toda la normativa sectorial con indecencia sobre este tipo de servicios. La Comisión publicó en 2003 un Libro Verde sobre los servicios de interés general, seguido de un Libro Blanco en 2004. Por el momento, esta regulación general no se ha adoptado.

2. LA APORTACIÓN DEL ART. 36

El art. 36 es una disposición de mínimos, porque refleja el difícil consenso alcanzado entre los partidarios de incluir una referencia a los servicios de interés económico general en la Carta de Derechos Fundamentales y los Estados que se oponían a ello (Braibant 2000, 200). Su inclusión en la Carta de Derechos fundamentales se vincula con el art. 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que constituye el fundamento general de la actuación de la Unión Europea en relación con este tipo de servicios.

Aunque se trata de una disposición que no introduce novedades con respecto al acervo vigente en la Unión Europea, el art. 36 tiene un importante valor simbólico, porque pone de manifiesto la importancia de los servicios de interés general como uno de los pilares del modelo europeo de sociedad. Pese a las diferencias de opinión y de perspectivas, en ocasiones importantes, entre los distintos Estados, el art. 36 refleja el amplio consenso que hay entre ellos en cuanto a la necesidad de garantizar la prestación de servicios de interés general de calidad y asequibles a todos los ciudadanos y empresas de la Unión Europea. Asimismo, este precepto confirma la existencia de una concepción común de tales servicios, basada en un conjunto de elementos comunes, como el principio del servicio universal, la continuidad, la calidad del servicio, su carácter asequible, y la protección de los usuarios y consumidores. El suministro de servicios de interés general de calidad, accesibles y asequibles, que respondan a las necesidades de los consumidores y las empresas, es, por tanto, un factor importante para alcanzar el objetivo estratégico de la Unión de «convertirse en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social», que es el meollo de la Estrategia de Lisboa. La abogada general Stix-Hackl afirmó lo siguiente: «Conforme al artículo 90, apartado 2, del Tratado CE, las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general quedarán sometidas a las normas del Tratado sólo en la medida en que su aplicación no impida, de hecho o de Derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El nuevo artículo 16 CE y el artículo 36 de la Carta

de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea destacan la importancia de esa excepción como la expresión de un valor básico del Derecho comunitario» (Conclusiones de la abogada general Stix-Hackl en el asunto en que recayó la sentencia del TJCE, de 17 de mayo de 2001, *TNT Traco*, C-340/99, Rec., p. I-2568, apartado 68).

El art. 36 sólo menciona los servicios de interés económico general, que son sólo una parte de los servicios de interés general, pero deja fuera los servicios de interés general de carácter no económico, a los que no le son aplicables las normas de competencia del TCE, pero sobre los que sí pueden tener incidencia otras disposiciones de Derecho Comunitario, como las relativas a la libre circulación de personas o de servicios. Por ello, hubiera sido deseable que el art. 36 se hubiera referido a todos los servicios de interés general y no sólo a los de carácter económico.

El art. 36 afirma que «la Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con los Tratados», lo que pone de manifiesto que este precepto no establece un derecho subjetivo de acceso a este tipo de servicios, sino que se trata de un principio que debe ser respetado por la Unión Europea cuando ésta ejerza sus competencias en materia de libre competencia, mercado interior y demás áreas con incidencia en los servicios de interés económico general. En las explicaciones del Praesidium de la Convención se dice claramente que esta disposición «no crea nuevos derechos, sienta solamente el principio del respeto por parte de la Unión del acceso a los servicios de interés económico general tal como lo prevén las disposiciones nacionales, siempre y cuando éstas sean compatibles con el Derecho de la Unión». La lógica de esta disposición parece ser, por consiguiente, que son los Estados miembros los que regulan los servicios de interés económico general mediante sus derechos internos y que la Unión Europea puede afectar a este tipo de servicios con sus medidas liberalizadoras destinadas a establecer un mercado interior en condiciones de competencia no falseada. Para que esta normativa de la Unión no menoscabe la eficacia de las normas nacionales, el art. 36 de la Carta de Derechos Fundamentales establece un principio de acción a respetar siempre por la Unión, que actúa como protector de las medidas nacionales relativas al acceso a los servicios públicos (Benoît-Rohmer 2006, 312).

La interpretación precedente es perfectamente compatible con el art. 14 del TFUE (retoma el contenido del art. 16 del TCE), según el cual «sin perjuicio del artículo 4 del Tratado de la Unión Europea y los artículos 93, 106 y 107 del presente Tratado, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Unión y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de los Tratados, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones, en particular, económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido. El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán dichos principios y condiciones mediante reglamentos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, sin perjuicio de la competencia que incumbe a los Estados miembros, dentro del respeto a los Tratados, para prestar, encargar y financiar dichos servicios».

El art. 36, leído conjuntamente con los arts. 14 y 106.2 del TFUE (equivalente al actual al art. 86.2 del TCE), no parece, por tanto, que añada nada nuevo al reparto competencial entre la Unión Europea y los Estados miembros en materia de servicios de interés económico general. Con estas disposiciones, los Estados continúan disponiendo de un amplio margen de maniobra para ofrecer a sus ciudadanos servicios de interés general. Refiriéndose al art. 86.2 del TCE, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha establecido una clara jurisprudencia, según la cual esta disposición «pretende conciliar el interés de los Estados miembros en utilizar determinadas empresas, en particular del sector público, como instrumento de política económica o fiscal con el interés de la Comunidad en la observancia de las normas sobre la competencia y en el mantenimiento de la unidad del mercado común. Habida cuenta del interés de los Estados miembros así descrito, no puede prohibirse que, al definir los servicios de interés económico general que encomiendan a ciertas empresas, dichos Estados tengan en cuenta objetivos propios de su política nacional e intenten su consecución mediante la imposición de obligaciones y exigencias a dichas empresas» (TJCE, sentencia de 19 de marzo de 1991, *Francia/Comisión*, C-202/88, Rec., p. I-1223, apartado 12; y de 23 de octubre de 1997, *Comisión/Francia*, C-159/94, Rec., p. I-5815, apartado 49).

El art. 36 establece la condición de *conformidad con los Tratados* del acceso a los servicios de interés económico general según las legislaciones nacionales. Esta exigencia supone que los Estados no tienen plena libertad para establecer este tipo de servicios al margen de todo el Derecho de la Unión Europea. En efecto, el art. 36 con esta exigencia plasma el contenido del art. 106.2 del TFUE, que configura como una excepción a la aplicación de las normas del TFUE, especialmente las de libre competencia, las aplicables a las actuaciones de los Estados y a las empresas encargadas de prestar estos servicios de interés general. No obstante, se trata de una excepción a las normas generales del Tratado, que debe ser interpretada restrictivamente, aunque el TJCE hasta ahora se ha mostrado condescendiente en estos casos. En efecto, según reiterada jurisprudencia, el art. 86.2 del TCE puede invocarse para justificar la concesión, por parte de un Estado miembro, a una empresa encargada de la gestión de servicios de interés económico general de derechos especiales o exclusivos contrarios, en particular, al art. 82 del TCE, en la medida en que el cumplimiento de la misión específica a ella confiada no pueda garantizarse sino mediante la concesión de tales derechos y siempre que el desarrollo de los intercambios no resulte afectado de una forma contraria al interés de la Comunidad (TJCE, sentencia de 23 de mayo de 2000, *Sydhavnens Sten & Grus*, C-209/98, Rec., p. I-3743, apartado 74).

Para que se cumplan los requisitos de aplicación del art. 86.2 del TCE, según el TJCE, no es necesario que el equilibrio financiero o la viabilidad económica de la empresa encargada de la gestión de un servicio de interés económico general estén amenazados. Basta con que, en caso de no existir los derechos controvertidos, no puedan cumplirse las misiones específicas confiadas a la empresa, tal como están precisadas mediante las obligaciones y exigencias que recaen sobre ella, o que el mantenimiento de tales derechos sea necesario para permitir a su titular el cumplimiento, en condiciones económicamente aceptables, de las misiones de interés económico general que le hayan sido confiadas. Con esta finalidad, puede resultar necesario prever no sólo la posibilidad de una compensación entre los sectores de actividad rentables y los sectores menos rentables del titular de la misión de interés general que constituye la gestión del servicio universal (TJCE, sentencia de 19 de mayo de 1993,

Corbeau, C-320/91, Rec., I-2533, apartado 17), sino también la obligación para los prestadores de los servicios postales no comprendidos en dicho servicio universal de contribuir, mediante el pago de una tasa postal como la controvertida en el asunto principal, a la financiación de este servicio universal y permitir de este modo al titular de la citada misión de interés general cumplirla en condiciones económicamente equilibradas. No obstante, señala el TJCE, que al tratarse de una disposición que permite, en determinadas circunstancias, establecer una excepción a las normas del Tratado, el art. 86.2 del TCE debe interpretarse en sentido estricto, por lo que no permite que los ingresos totales, procedentes del pago de una tasa postal por todos los operadores económicos que prestan un servicio de correo rápido no comprendido en el servicio postal universal sean superiores al importe necesario para compensar las eventuales pérdidas que por la gestión del servicio postal universal, sufra la empresa encargada de prestarlo (TJCE, sentencia de 17 de mayo de 2001, *TNT Traco*, C-340/99, Rec., p. I- 2568, apartados 56-58).

En el razonamiento expuesto hasta ahora, la garantía del acceso a los servicios de interés general queda en manos de los Estados miembros y así lo recoge el art. 36. Pero esta interpretación es, en parte, cuestionable, porque el respeto de la Carta de Derechos Fundamentales en este punto puede abrir la puerta para que la Unión Europea incida en el suministro de este tipo de servicios de forma positiva, junto con los Estados. La normativa de Derecho derivado existente sobre bastantes servicios de interés general no restringe el suministro de estos servicios por parte de los Estados a los ciudadanos, sino que regula su organización y funcionamiento, estableciendo en muchas ocasiones estándares de protección superiores a los existentes en los derechos internos de algunos Estados. Por ello, habría sido más lógico que el art. 36 hubiera establecido el acceso a estos servicios, de conformidad con el Derecho de los Estados miembros y con las normas de la Unión Europea, pero las reticencias de algunos Estados lo impidieron.

El art. 36 regula el acceso a los servicios de interés económico general, «con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión». La cohesión social va a resultar favorecida por la obligación de los Estados de garantizar el acceso de todos los ciudadanos, con independencia de sus recursos, a los servicios de interés general. La

cohesión territorial se obtiene mediante el establecimiento por parte de los Estados de mecanismos para que los servicios de interés general se presten en todo su territorio, incluyendo las zonas donde el suministro no es rentable en términos económicos. Sin duda, en la Unión Europea los servicios de interés general resultan fundamentales para garantizar la cohesión social y territorial, así como la competitividad de la economía europea. Los ciudadanos y las empresas tienen legítimas expectativas de acceso a servicios de interés general asequibles y de calidad en todo el territorio de la Unión Europea. Para los ciudadanos de la Unión, tal acceso constituye parte esencial de la ciudadanía europea, necesario para disfrutar plenamente de sus derechos fundamentales. Por lo que se refiere a las empresas, la disponibilidad de servicios de interés general de calidad constituye un requisito previo indispensable de todo entorno empresarial que favorezca la competitividad (Comisión Europea 2004, 3).

Hay que señalar que la Carta de Derechos Fundamentales sí regula como derecho subjetivo el acceso a un servicio de interés general, que es el servicio de colocación (art. 29).

En definitiva, la introducción del art. 36 debe ser bienvenida, pese a la generalidad y carácter timorato de su redacción, porque reafirma el compromiso de la Unión Europea y de sus Estados miembros con la protección de los servicios de interés general frente a las injusticias sociales que la liberalización y desregulación económica puedan generar en el proceso de integración europea.

BIBLIOGRAFÍA

- BENOÎT-ROHMER, F. «Article 36». *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*. Bruselas: EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, junio 2006, pp. 312-314.
- BRAIBANT, G.. *La Charte des droit fondamentaux de l'Union européenne*. París: Pédone, 2000.
- CHEROT, Y. «Article II-96». En L. Bourgogue-Larsen, A. Levade y F. Picod, dirs. *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II: La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article*. Bruselas: Bruylant, 2005, pp. 472-482.
- COMISIÓN EUROPEA. «Libro Blanco sobre los servicios de interés general». *COM (2004) 374 final*, 12 de mayo de 2004.
- Libro Verde sobre los servicios de interés general. *COM (2003) 270 final*, 21 de mayo de 2003.
- FERRARI BRAVO, L., F. DI MAJO M. y A. RIZZO. *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*. Milán: Giuffrè, 2001, pp. 127-130.

- GRAU RUIZ, M. A. «La protección del interés económico general y de la cohesión social y territorial en la Unión Europea». En E. Álvarez Conde y V. Garrido Mayol. *Comentarios a la Constitución Europea. Vol. 3: políticas comunitarias, las finanzas de la Unión*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004: pp. 103-138.
- LOUIS, J.-V. y S. RODRIGUES, dirs. *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*. Bruselas: Bruylant, 2006.
- LUCARELLI, A. «Art. 36». En R. Bifurco, M. Cartabia y A. Celotto. *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*. Bolonia: Il Mulino, 2002, pp. 251-258.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D. *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad*. Granada: Comares, 2006.

ARTÍCULO 37
PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

En las políticas de la Unión se integrarán y garantizarán, conforme al principio de desarrollo sostenible, un nivel elevado de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad.

PRECEPTOS RELACIONADOS

- Carta: arts. 35 y 38.
- TUE (TLisboa): art. 3.
- TFUE: arts. 11 y 191-193.

ANTECEDENTES

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: arts. 6 y 174-176 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: arts. II-97, III-119, III-233-III-234.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 37.

COMENTARIO

MANUEL LÓPEZ ESCUDERO
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de Granada

El art. 37 es el precepto que la Carta, en el apartado de los derechos de solidaridad, dedica a la protección del medio ambiente. La in-

clusión del medio ambiente en el catálogo de derechos sociales de la Unión Europea es un avance significativo, aunque el tenor literal del art. 37 es muy pobre y se limita a establecer un principio de acción que debe respetar la Unión en el desarrollo de sus políticas, no consagrando un derecho subjetivo a un medio ambiente sano.

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la articulación jurídica del derecho a un medio ambiente sano es aún incipiente. La Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 25.1 recoge el derecho a un nivel de vida que asegure la salud y el bienestar. Con mayor calado, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se refiere a la necesidad de mejorar el medio ambiente como uno de los requisitos para el disfrute por parte de la persona del más alto nivel posible de salud física y mental (art. 12.2, letra b). La Declaración de Río de Janeiro sobre el medio ambiente y el desarrollo, de 1992, supuso un impulso decisivo a la protección del medio ambiente en el Derecho Internacional. El principio primero de esta Declaración reconoce que todo ser humano «tiene derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza».

En el ámbito regional europeo, el derecho a un medio ambiente sano no está regulado directamente por ningún tratado internacional de derechos humanos. No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha conferido una protección indirecta a este derecho considerando en su jurisprudencia que los atentados al medio ambiente que afectan gravemente a la vida privada de la persona constituyen una violación del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que protege el derecho al respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de la correspondencia. En el asunto *Powell et Rayner c. Royaume-Uni* (TEDH, sentencia de 21 de febrero de 1990, Serie A, núm. 172, p. 18, § 40), el TEDH entendió que se podía invocar el art. 8 del CEDH por los demandantes que reclamaban contra el ruido generado por los vuelos durante el día de los aviones en el aeropuerto de Heathrow, debido a que dicho ruido disminuía la calidad de su vida privada. En el asunto *López Ostra* (TEDH, sentencia de 9 de diciembre de 1994, *López Ostra contra España*, Serie A, 303-C, p. 55; y sentencia de 16 de noviembre de 2004, asunto *Moreno Gómez contra España*, demanda núm. 4143/02) estimó el TEDH

que atentados graves contra el medio ambiente pueden afectar al bienestar de una persona, impidiéndole el disfrute de su domicilio, lesionando su vida privada y familiar, sin necesidad de que pongan en peligro la vida de la persona. En el asunto *Guerra* (TEDH, sentencia de 19 de febrero de 1998, *Guerra y otros contra Italia*, Asunto 116/1996/735/932, Rec., 1998-I, apartado 60) juzgó que la falta de información oficial sobre la oportuna actitud ciudadana ante las emisiones contaminantes de una industria cercana atenta al referido derecho fundamental.

Pero esta jurisprudencia del TEDH, favorable a la protección del derecho a un medio ambiente sano, se ha visto frenada por el asunto *Hatton* (TEDH, sentencia de 8 de julio de 2003, *Hatton y otros c. Reino Unido*, núm. 36022/97, § 99, CEDH 2003-VIII). El TEDH recuerda que el Convenio no reconoce expresamente el derecho a un medio ambiente sano y tranquilo, aunque si un individuo se ve gravemente afectado por el ruido u otras formas de contaminación puede resultar aplicable el art. 8 del CEDH, en los términos de su jurisprudencia precedente antes explicada. En este asunto, un conjunto de personas residentes cerca del aeropuerto londinense de Heathrow se quejaba del ruido provocado por los vuelos nocturnos. El TEDH considera que, en estos casos, puede analizar el contenido material de la actuación del Estado, así como el procedimiento seguido para aplicarla. En lo que respecta al primero, el Estado disfruta de un amplio margen de apreciación, que en este caso no se superó, porque el gobierno británico había analizado exhaustivamente las consecuencias de este tipo de vuelos. También considera el TEDH que la administración británica tuvo en cuenta los intereses de los individuos afectados por la contaminación acústica en el aeropuerto londinense. El Reino Unido no infringió ninguna reglamentación medioambiental nacional, a diferencia de lo que ocurrió en los asuntos *López Ostra* y *Guerra*, y los perjudicados por la contaminación acústica podían cambiar de domicilio porque sus viviendas no se habían depreciado. En una opinión disidente, los jueces Costa, Ress, Türmen, Zupancic y Steiner, citando en apoyo de su tesis el art. 37 de la Carta de Derechos Fundamentales, consideran que sí hubo violación del art. 8 del CEDH y adoptan una posición más favorable a la protección del derecho a un medio ambiente sano y tranquilo en el marco de dicho artículo.

El art. 37 sí es una disposición que se ocupa directamente de la protección medioambiental, pero, como veremos, no garantiza un derecho subjetivo a un medio ambiente sano, sino que establece un principio que deben respetar la Unión Europea y sus Estados miembros en el ejercicio de sus competencias.

1. EL ACERVO COMUNITARIO EN MATERIA DE PROTECCIÓN MEDIOAMBIENTAL

El art. 2 del Tratado de las Comunidades Europeas (TCE) dispone que la Unión Europea tiene por misión promover un «alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente» y, a tal fin, el art. 3.1, letra 1) del TCE prevé la aplicación de una «política en el ámbito del medio ambiente». La protección del medio ambiente constituye, por tanto, uno de los objetivos esenciales de la Comunidad (TJCE, sentencias de 7 de febrero de 1985, *ADBHU*, 240/83, Rec., p. 531, apartado 13; de 20 de septiembre de 1988, *Comisión/Dinamarca*, 302/86, Rec., p. 4607, apartado 8, y de 2 de abril de 1998, *Outokumpu*, C-213/96, Rec., p. I-1777, apartado 32).

Además, el art. 6 del TCE establece que «las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad [...], en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible», lo que convierte a la protección medioambiental en un objetivo de carácter transversal y fundamental.

Los arts. 174-176 del TCE constituyen, en principio, el marco en el que debe desarrollarse la política comunitaria en el ámbito del medio ambiente. En particular, el art. 174.1 enumera los objetivos de la política medioambiental de la Comunidad: la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente; la protección de la salud de las personas; la utilización prudente y racional de los recursos naturales; y el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente. El art. 174.2 dispone que la política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Co-

munidad. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de que quien contamina paga. El apartado tercero de este precepto señala que en la elaboración de su política en el área del medio ambiente, la Comunidad tendrá en cuenta: los datos científicos y técnicos disponibles; las condiciones del medio ambiente en las diversas regiones de la Comunidad; las ventajas y las cargas que puedan resultar de la acción o de la falta de acción; y el desarrollo económico y social de la Comunidad en su conjunto y el desarrollo equilibrado de sus regiones. Por su parte, el art. 175 del TCE define los procedimientos que deben seguirse para alcanzar tales objetivos y el art. 176 permite a los Estados el mantenimiento de medidas de mayor protección, que deben ser compatibles con el TCE y se notificarán a la Comisión.

El TJCE cuenta con una importante jurisprudencia sobre la articulación de la política comunitaria en materia de medio ambiente. En varias sentencias ha favorecido la utilización de la base jurídica de medio ambiente a la hora de adoptar disposiciones medioambientales con impacto en otras materias. En este sentido, el Tribunal de Justicia ha declarado que todas las medidas contempladas en los tres guiones del art. 175.2 del TCE suponen una intervención de las instituciones comunitarias en ámbitos como la política fiscal, la política energética o la política de ordenación del territorio, en los que, al margen de la política comunitaria sobre el medio ambiente, o bien la Comunidad carece de competencias legislativas, o bien el Consejo ha de decidir por unanimidad (TJCE, sentencias de 30 de enero de 2001, *España/Consejo*, C-36/98, Rec., p. I-779, apartado 54). De especial interés ha sido la controversia sobre la base jurídica de la Decisión marco 2003/80/JAI del Consejo, de 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho Penal (DOL 29, p. 55), que el TJCE anuló porque se adoptó sobre la base de las disposiciones del tercer pilar de cooperación policial y judicial penal, cuando se trataba de una norma que perseguía un objetivo de protección del medio ambiente, aunque recurría para ello a instrumentos del Derecho Penal sobre los que la Unión Europea carece de competencias. El TJCE consideró que esta circunstancia no era «óbice para que el legislador comunitario adopte medidas relacionadas

con el Derecho penal de los Estados miembros y que estime necesarias para garantizar la plena efectividad de las normas que dicte en materia de protección medioambiental, cuando la aplicación por las autoridades nacionales competentes de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias constituye una medida indispensable para combatir los graves atentados contra el medio ambiente» (TJCE, sentencia de 13 de septiembre de 2005, *Comisión/Consejo*, C-176/03, Rec., p. I-7879, apartado 14).

La protección del medio ambiente ha sido también considerada por el TJCE como una exigencia imperativa que permite a los Estados mantener reglamentaciones nacionales restrictivas de la libre circulación de mercancías, contrarias al art. 28 del TCE por constituir medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas. Así, el fomento de la utilización de fuentes de energía renovables para la producción de electricidad ha sido considerado útil por el TJCE para la protección del medio ambiente en la medida en que contribuye a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, que figuran entre las principales causas de los cambios climáticos que la Comunidad Europea y sus Estados miembros se han comprometido a combatir. Por ello, es compatible con el art. 28 del TCE una normativa de un Estado miembro que, por una parte, obliga a las empresas privadas suministradoras de electricidad a adquirir la electricidad generada en su zona de suministro por fuentes de energía renovables a precios mínimos superiores al valor económico real de este tipo de electricidad y, por otra, reparte la carga financiera derivada de esta obligación entre dichas empresas suministradoras de electricidad y los gestores privados de redes eléctricas que están situados en un nivel de distribución anterior (TJCE, sentencia de 13 de marzo de 2001, *PreussenElektra*, C-379/98, Rec., p. I-2099, apartado 73).

En desarrollo de sus competencias en materia de medio ambiente, la Unión Europea cuenta ya con un abundante acervo de Derecho Comunitario derivado formado principalmente por directivas destinadas a la protección de la calidad del aire y el agua, a la conservación de los recursos y de la biodiversidad, a la gestión de los residuos y de las actividades con efectos perjudiciales sobre el medio ambiente, la protección del suelo, el uso de productos químicos o la regulación del ruido.

2. EL ALCANCE DEL ART. 37

Las explicaciones del Praesidium de la Convención señalan que el art. 37 se basa en los arts. 2, 6 y 174 del TCE, así como en las disposiciones de determinadas constituciones nacionales. En efecto, el art. 37 es una mezcla de contenidos de los actuales arts. 2 y 6 del TCE, como se aprecia con su simple lectura «en las políticas de la Unión se integrarán y garantizarán, conforme al principio de desarrollo sostenible, un nivel elevado de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad».

La exigencia de un elevado nivel de protección y mejora del medio ambiente procede del art. 2 del TCE, que tras el Tratado de Lisboa tiene su equivalente en el art. 3 del Tratado de la Unión Europea (TUE), referente a los objetivos de la Unión, cuyo apartado tercero afirma que «la Unión obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente».

La integración de la exigencia de la protección del medio ambiente conforme al principio de desarrollo sostenible la toma el art. 37 de la Carta de Derechos Fundamentales del actual art. 6 del TCE, que ha pasado a ser el art. 11 del TFUE con un tenor literal casi idéntico: «Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y ejecución de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible».

Por otra parte, el TFUE en su art. 4.2, letra e), incluye el medio ambiente entre los ámbitos de competencia compartida entre la Unión Europea y sus Estados miembros. El ejercicio de esta competencia por parte de la Unión se regula en los arts. 191-193, que retoman, con escasos cambios, el contenido de los actuales arts. 174-176 del TCE.

El art. 37 tiene también como referente algunas constituciones de los Estados miembros que se ocupan del derecho al medio ambiente. El art. 20 a de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania dispone que «el Estado protegerá también, asumiendo

la responsabilidad ante las generaciones venideras, las condiciones naturales de vida en el marco del orden constitucional». El art. 45 de la Constitución española incluye entre los principios rectores de la política social y económica el derecho de todos «a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona». Con palabras semejantes se expresa el art. 66.1 de la Constitución de la República Portuguesa. En Suecia, el art. 18.3 del Capítulo II de la Ley de 24 de noviembre de 1994, por la que se reforma el Instrumento de Gobierno, reitera el derecho de acceder a la naturaleza.

En la jurisprudencia del TJCE, encontramos ya referencias al art. 37 en los apartados 58-64 de las conclusiones del abogado general Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, de 26 de mayo de 2005, en el asunto *Comisión/Consejo* (TJCE, sentencia de 13 de septiembre de 2005, *Comisión/Consejo*, C-176/03, Rec., p. I-7879), en las que se dice que el *medio ambiente* constituye una competencia de la Comunidad, erigiéndose también en un bien jurídico cuya defensa inspira las demás políticas, actividad tuitiva que puede calificarse, además, de designio esencial del sistema comunitario. Además, el abogado general se refiere al «derecho a un medio ambiente adecuado y la responsabilidad pública en su preservación», diciendo que los conceptos *desarrollo sostenible* y calidad de vida empleados en el TCE aparecen íntimamente ligados al de medio ambiente, aludiendo a una dimensión subjetiva que no puede preterirse cuando se habla de protegerlo y de mejorarlo. En el soporte geofísico que representa el entorno natural, la calidad de vida se afianza como un derecho de los ciudadanos surgido de diversos factores, unos materiales (el uso racional de los recursos y el desarrollo sostenible) y otros más intelectuales (el progreso y el avance cultural). Se trata de alcanzar una vida digna cualitativamente, una vez superado el límite cuantitativo suficiente para subsistir. Así, se atisba un derecho a gozar del debido medio ambiente, no tanto del individuo en cuanto tal, sino como miembro de la colectividad, en la que comparte intereses comunes de índole social. Este derecho se complementa con los correlativos deberes de las instancias públicas. La dimensión subjetiva de esta preocupación medioambiental se acoge de forma implícita en el art. 37 de la Carta de Derechos Fundamentales.

Pese a estas conclusiones, no hay jurisprudencia del TJCE que haya establecido el derecho a un medio ambiente sano como un de-

recho fundamental protegible en tanto que principio general de derecho.

El art. 37 tampoco regula el derecho al medio ambiente como un derecho subjetivo, sino que se impone como un principio a respetar por la Unión Europea en todas sus acciones. Esto supone, según el art. 52.5 de la Carta, que la invocabilidad del art. 37 depende de su aplicación y ejecución mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión Europea. Sólo cabe invocar ante los jueces el art. 37 en el marco de recursos orientados a la interpretación y control de la legalidad de estos actos adoptados en materia de medio ambiente.

Se podía haber incluido posiblemente en el art. 37 como derecho subjetivo el derecho de información o consulta en materia de medio ambiente, que tiene una abundante regulación en el Derecho Comunitario derivado, adoptada en desarrollo del Convenio de Aarhus de 1998, sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente. Este Convenio fue incorporado al Derecho de la Unión Europea mediante la Decisión 2005/370/CE del Consejo, de 17 de febrero de 2005, sobre la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente (*DOL* 124, de 17 de mayo de 2005, p. 1). El Convenio de Aarhus incluye tres pilares. El primero se refiere al acceso del público a la información y se aplicó a escala comunitaria por medio de la Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información medioambiental y por la que se deroga la Directiva 90/313/CEE del Consejo (*DOL* 41, de 14 de febrero de 2003, p. 26). El segundo pilar, incorporado por medio de la Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación del público y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/CEE y 96/61/CE del Consejo y la Declaración de la Comisión (*DOL* 156, de 25 de junio de 2003,

p. 17). Por último, el tercero se refiere al acceso del público a la justicia en materia de medio ambiente, con respecto al cual hay una propuesta de directiva de la Comisión. Además de ello, se ha adoptado el Reglamento (CE) número 1367/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006, relativo a la aplicación, a las instituciones y a los organismos comunitarios, de las disposiciones del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente (*DO L 264*, de 25 de septiembre de 2006, p. 13).

El art. 37 establece que la integración de las exigencias medioambientales en las demás políticas se realizará de conformidad con el principio del desarrollo sostenible, al que aluden las otras disposiciones sobre medio ambiente del TUE y del TFUE, pero sin ofrecer una definición del mismo. No obstante, la práctica de las instituciones de la Unión es amplia respecto al desarrollo sostenible, que se configura como un desarrollo para responder a las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras a la hora de satisfacer sus propias necesidades. La Unión Europea adoptó en 2001 una estrategia para un desarrollo sostenible, que ha sido revisada en 2005. Esta estrategia establece un marco político para permitir el desarrollo sostenible, basado en tres pilares (económico, social y medioambiental), que deben reforzarse mutuamente. Las consecuencias económicas, sociales y medioambientales de todas las políticas deberán examinarse de forma coordinada y tenerse en cuenta en el momento de su elaboración y adopción. El objetivo de esta estrategia, que añade una tercera dimensión —la dimensión medioambiental— a la Estrategia de Lisboa, es servir de catalizador ante la opinión pública y los responsables políticos para influir en el comportamiento del conjunto de la sociedad. Se basa en propuestas en ámbitos distintos, en medidas destinadas a lograr objetivos a largo plazo y en la elaboración y el seguimiento eficaces de las políticas [Comisión Europea: Comunicación de la Comisión, de 13 de diciembre de 2005, relativa a la revisión de la Estrategia para un desarrollo sostenible. Plataforma de acción, *COM (2005) 658 final*].

Por otra parte, el art. 37 establece que la integración de las exigencias medioambientales en las demás políticas se realizará asegu-

rando un nivel de protección elevado del medio ambiente. En la jurisprudencia, el TJCE se pronunció sobre lo que debe entenderse por nivel de protección elevado en el asunto *Safety Hi-Tech*, afirmando que «si bien es sabido que el apartado 2 del artículo 130 R del Tratado exige que la política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tenga por objeto un nivel de protección elevado, dicho nivel de protección, para ser compatible con la referida disposición, no es necesario que sea técnicamente el más elevado posible. En efecto, como se indica en el apartado 43 de la presente sentencia, el artículo 130 T del Tratado autoriza a los Estados miembros a mantener o establecer medidas de mayor protección» (TJCE, sentencia de 14 de julio de 1998, *Safety Hi-Tech*, C-284/95, Rec., p. I-4301, apartado 48).

Para terminar, podemos concluir que la inclusión del art. 37 entre los derechos de solidaridad constituye un elemento significativo de afianzamiento del acervo comunitario en materia de protección del medio ambiente. Ciertamente, se trata de una disposición muy general que refleja dicho acervo y que establece un principio de acción para la Unión Europea y no un derecho subjetivo para los particulares, pero su valor simbólico es innegable en un momento en el que la protección del medio ambiente se ha convertido en un problema no sólo europeo, sino mundial de primer orden. Algunos (Prieur 2005, 492) consideran que se ha perdido una excelente ocasión para situar a la Unión Europea en la vanguardia de la protección de los derechos humanos, consagrando un auténtico derecho fundamental a un medio ambiente sano.

BIBLIOGRAFÍA

- BENOÎT-ROHMER, F. «Article 37». En AA. VV. *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*. Bruselas: EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, junio 2006, pp. 315-317.
- BRAIBANT, G. *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*. París: Pédone, 2000.
- CABALLERO, F. «Protección del medio ambiente en el constitucionalismo europeo». *Noticias de la Unión Europea* 190 (2000): pp. 183-190.
- FERRARI BRAVO, L., F. M. DI MAJO y A. RIZZO. *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*. Milán: Giuffrè, 2001, pp. 130-136.
- GRASSI, S. «La Carta dei diritti e la tutela dell'ambiente (art. 37)». En G. Vettori, ed. *Carta Europea e diritti dei privati*. Milán: Giuffrè, 2002, pp. 227-246.

- HERRERO DE LA FUENTE, A. «El derecho a la protección del medio ambiente y el artículo 37 de la Carta de Derechos Fundamentales». *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: una perspectiva pluridisciplinar* (2003): p. 113.
- JORDANO FRAGA, J. *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*. Barcelona: Bosch, 1995.
- KISS, A. «Un droit à l'environnement, un droit fondamentale dans l'Union européenne». *Revue européenne de droit de l'environnement* 4 (2001): p. 381.
- «The European Charter of Fundamental Rights and Freedoms, Environment and Consumer Protection». En S. Peers y A. Ward, eds. *The EU Charter of Fundamental Rights. Politics, Law and Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 322-358.
- LUCARELLI, A. «Art. 37». En R. Bifulco, M. Cartabia y A. Celotto. *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*. Bologna: Il Mulino, 2002, pp. 258-266.
- NAVAS CASTILLO, F. «L protección del medio ambiente». En E. Álvarez Conde y V. Garrido Mayol. *Comentarios a la Constitución Europea. Vol. 2: Los derechos y libertades*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 1354-1384.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D. *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad*. Granada: Comares, 2006.
- PRIEUR, M.: «Article II-97». En L. Bourgogue-Larsen, A. Levade y F. Picod, dirs. *Traité Établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II: La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article*. Bruselas: Bruylant, 2005, pp. 483-493.
- RIECHENBERG, K. «Solidaridad: La Constitución europea y el medio ambiente». En E. Álvarez Conde y V. Garrido Mayol. *Comentarios a la Constitución Europea. Vol. 2: Los derechos y libertades*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 1337-1352.
- SMETS, H. «Une Charte des droits fondamentaux sans droit à l'environnement». *Revue européenne de droit de l'environnement* 4 (2001): p. 383.

ARTÍCULO 38
PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

En las políticas de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de los consumidores.

PRECEPTOS RELACIONADOS

- Carta: arts. 35-37.
- TFUE: arts. 12 y 169.

ANTECEDENTES

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: art. 153 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: arts. II-98, III- 120 y III-235.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 38.

COMENTARIO

MANUEL LÓPEZ ESCUDERO
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de Granada

La inclusión entre los derechos de solidaridad de un precepto dedicado a la protección de los consumidores resulta, hasta cierto punto, sorprendente porque en los instrumentos internacionales sobre de-

rechos humanos no aparecen referencias al derecho a la protección de los consumidores en cuanto tales. En efecto, los intereses de los consumidores sólo se salvaguardan de forma indirecta mediante la protección de los derechos del consumidor como persona. Así, la libertad de asociación permite proteger las asociaciones dedicadas a la defensa de los consumidores, la libertad de información ampara el derecho a conocer los productos y servicios que se utilizan, o el derecho a la salud, que protege frente al consumo de productos peligrosos. No hay un derecho a la protección del consumidor como tal, es decir, como agente económico, social y político en la sociedad actual.

El art. 38 no regula como un derecho fundamental la protección de los consumidores, sino que la establece como un principio inspirador de la actuación de las instituciones de la Unión Europea en el marco de las competencias que ésta tiene atribuidas. No obstante, esta referencia a la protección de los consumidores en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión constituye una reafirmación de la posición cada vez más relevante de este principio en el seno del Derecho de la Unión Europea. Además, los 493 millones de consumidores desempeñan un papel fundamental en tres retos básicos a los que se enfrenta en la actualidad la Unión, a saber: el crecimiento, el empleo y la necesidad de retomar la conexión con los ciudadanos. Los consumidores son el elemento vital de la economía, ya que su consumo representa el 58% del producto interior bruto de la Unión Europea. Unos consumidores seguros, informados y capacitados son el motor del cambio económico, puesto que su libertad de elegir es el motor de la innovación y la eficiencia. La Unión con la implantación del mercado interior ha favorecido el desarrollo del comercio de mercancías y servicios entre los Estados miembros, beneficiando con ello a los consumidores. Pero la liberalización que supone la aplicación de las disposiciones del mercado interior pueden afectar a los derechos de los consumidores y la Unión Europea debe protegerlos.

1. EL DESARROLLO DE LAS COMPETENCIAS COMUNITARIAS EN MATERIA DE CONSUMO

Los Estados miembros de la Unión Europea desarrollaron a partir de los años sesenta políticas destinadas a defender los intereses específicos de los consumidores, cuyo papel económico y político en la sociedad ha ido en aumento desde entonces. Estas políticas se orientaban a reducir las desigualdades, luchar contra las prácticas desleales, promover la salud y la seguridad y mejorar el nivel de vida en general. Los métodos utilizados para garantizar estos derechos reflejaban diferentes sistemas jurídicos, tradiciones socioculturales y contextos institucionales y políticos. Algunos Estados optaron por un enfoque reglamentario y se apoyaron en una estructura administrativa completa para tratar los problemas relacionados con los consumidores. Otros adoptaron un enfoque más pragmático, confiando en la autorregulación de los mercados o de los sectores. Por último, algunos gobiernos dieron prioridad a la legislación sobre los productos alimentarios, mientras que otros prefirieron concentrarse en las denominaciones comerciales o en el suministro de bienes y servicios.

La existencia de esta diversidad de reglamentaciones y de estructuras justificó que se elaborase una política a nivel comunitario, con el fin de que los consumidores tuvieran la suficiente confianza para desempeñar un papel activo en el mercado único, sin dejar de disfrutar de un elevado nivel de protección.

La concepción de una política en materia de consumo apareció a mediados de los años setenta en la Unión Europea. Como el Tratado de la Comunidad Europea (TCE) no preveía la instauración de dicha política, los Jefes de Estado y de Gobierno manifestaron su voluntad política de iniciarla en la Cumbre de París de 1972 y, poco después, la Comisión presentó el primer programa de acción relativo a la protección de los consumidores (*DO C 92*, de 25 de abril de 1975). Este texto de referencia recoge las cinco categorías de derechos de los consumidores que constituirían la base de la legislación comunitaria en la materia, a saber: el derecho a la protección de la salud y la seguridad; el derecho a la protección de los intereses económicos; el derecho a la indemnización de los daños; el derecho a

la información y a la educación; y el derecho a la representación. Además, este programa preliminar subrayó el carácter transversal de la política de los consumidores, señalando que los objetivos mencionados habían de integrarse en las políticas específicas de la Comunidad, como la política económica, la política agrícola común y las políticas de medio ambiente, transportes y energía, que afectan a los consumidores en mayor o menor medida.

Con el fundamento jurídico de la armonización de legislaciones del mercado interior, la Comunidad Europea empezó a adoptar directivas sobre distintas cuestiones de interés para los consumidores, hasta que el Tratado de Maastricht estableció una base jurídica específica para la política de protección de los consumidores, que el Tratado de Amsterdam reforzó y que es el actual art. 153 del TCE. La política de los consumidores, según este precepto, tiene como objetivos principales la protección de la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como la promoción de su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses. Además, según dicho artículo, los intereses de los consumidores deben tenerse en cuenta al definir y ejecutar las demás políticas comunitarias. Por último, otras disposiciones del Tratado, sobre todo en materia de salud pública, se orientan hacia una mayor protección de los consumidores. Esta vinculación entre protección de consumidores y de la salud pública en lo referente a seguridad alimentaria se acentuó tras la crisis de la encefalopatía espongiforme bovina (mal de las vacas locas), llegándose a crear en 2002 una agencia especializada, denominada Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria, con sede en Parma, que evalúa los riesgos de la cadena alimentaria.

Al primer programa de acción de 1975 en materia de consumidores le han seguido varios posteriores, siendo el último adoptado para el período 2007-2013 mediante la Decisión número 1926/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, por la que se establece un programa de acción comunitaria en el ámbito de la política de los consumidores (2007-2013) (*DO L 404*, de 30 de diciembre de 2006, p. 39). El acervo de Derecho derivado sobre política de consumidores, que se ha elaborado con estos programas y sobre la base del art. 153 del TCE y disposiciones conexas, es ya muy abundante y en él podemos destacar, por ejemplo:

- La Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (*DO L* 149, de 11 de junio de 2005, p. 22).
- La Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa (*DO L* 250, de 19 de septiembre 1984, p. 17).
- La Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (*DO L* 210, de 7 de agosto de 1985, p. 29).
- La Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos (*DO L* 11, de 15 de enero de 2002, p. 4).
- El Reglamento (CE) número 1829/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre alimentos y piensos modificados genéticamente (*DO L* 268, de 18 de octubre de 2003, p. 1).
- Varias directivas sobre contratos y cuestiones contractuales con especial incidencia para los consumidores, entre las que destaca la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (*DO L* 95, de 21 de abril de 1993, p. 29).
- La Directiva 2000/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios (*DO L* 109, de 6 de mayo de 2000, p. 29), así como otras muchas normas sobre etiquetado y embalaje de productos alimenticios específicos y productos no alimenticios.

Como es lógico hay, también, una abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) que interpreta este extenso acervo de Derecho Comunitario derivado en ma-

teria de protección de consumidores. Además de ello, el TJCE ha considerado en una consolidada jurisprudencia que la protección de los consumidores constituye una exigencia imperativa de interés general que permite a los Estados justificar el mantenimiento de medidas nacionales que infringen las prohibiciones a los obstáculos a la libre circulación de mercancías o servicios, establecidas por el TCE (arts. 28 y 49, fundamentalmente). Una normativa nacional contraria en principio al art. 28 del TCE, adoptada a falta de normas comunes o armonizadas y aplicable indistintamente a los productos nacionales y a los importados de otros Estados miembros, puede ser compatible con el Tratado, en la medida en que sea necesaria para satisfacer exigencias imperativas relativas, especialmente, a la lealtad de las transacciones comerciales y a la defensa de los consumidores, siempre que sea proporcionada al objetivo perseguido y que este objetivo no haya podido lograrse aplicando medidas menos restrictivas de los intercambios intracomunitarios (TJCE, sentencia de 5 de diciembre de 2000, *Guimont*, C-448/98, Rec., p. I-10663, apartado 27).

El TJCE ha llevado a cabo, también, una interpretación de las directivas referentes a la protección de los consumidores tendente a reforzar su efectividad de forma parecida a lo que ocurre con los derechos fundamentales (Picod 2005, 499). Así, con respecto a la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, el TJCE ha dicho que su sistema de protección se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referente tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas. Esta situación de desequilibrio entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato (TJCE, sentencia de 27 de junio de 2000, *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*, C-240/98 a C-244/98, Rec., p. I-4941, apartados 25 y 27). A la luz de estos principios, el Tribunal de Justicia ha considerado que la facultad del juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el art. 6 de la Directiva —impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva—, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su art. 7, ya que dicho examen puede ejercer un

efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores (TJCE, sentencia de 21 de noviembre de 2002, *Cofidis*, C-473/00, Rec., p. I-10875, apartado 32). Esta facultad reconocida al juez se ha considerado necesaria para garantizar al consumidor una protección efectiva, habida cuenta, en particular, del riesgo no desdeñable de que éste ignore sus derechos o encuentre dificultades para ejercitarlos. De esta forma, la protección que la Directiva confiere a los consumidores se extiende a aquellos supuestos en los que el consumidor que haya celebrado con un profesional un contrato en el que figure una cláusula abusiva no invoque el carácter abusivo de la citada cláusula bien porque ignore sus derechos, bien porque los gastos que acarrea el ejercicio de una acción ante los tribunales le disuadan de defenderlos (TJCE, sentencia de 26 de octubre de 2006, *Mostaza Claro* C-168/05, Rec., p. I-10421, apartados 28 y 29).

2. EL ALCANCE DEL ART. 38

Al igual que el art. 37, referente a la salud, el art. 38 es una disposición escueta que se limita a disponer que «en las políticas de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de los consumidores». Su fuente de inspiración, como indican las Explicaciones del Praesidium, es el art. 169 del TFUE, que es la norma que retoma el contenido del actual art. 153 del TCE.

El TFUE considera la protección de los consumidores un ámbito de competencia compartida entre la Unión Europea y los Estados miembros en el art. 4.2, letra f). El art. 12 del TFUE define las exigencias de la protección de consumidores como un principio de carácter transversal que debe tenerse en cuenta en la definición y ejecución de otras políticas y acciones de la Unión, de forma similar a la protección del medio ambiente. La concreción de las competencias de la Unión Europea en esta materia se lleva a cabo en el art. 169, según el cual «1. Para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un nivel elevado de protección, la Unión contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para defender sus intereses.

2. La Unión contribuirá a que se alcancen los objetivos enunciados en el apartado 1 mediante:

a) medidas adoptadas en aplicación del artículo 114 en el marco del establecimiento o del funcionamiento del mercado interior;

b) medidas que apoyen, complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros.

3. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán las medidas mencionadas en la letra b) del apartado 2.

4. Los actos adoptados en aplicación del apartado 3 no obstarán a que cada Estado miembro mantenga o adopte disposiciones de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con los Tratados. Se notificarán a la Comisión».

Como puede apreciarse, el art. 38 es una mezcla de los arts. 12 y 169.1 del TFUE, ya que exige el respeto de un nivel elevado de protección de los consumidores en todas las políticas y acciones de la Unión Europea. Así articulado, el art. 38 no configura la protección de los consumidores como un derecho subjetivo, sino como una exigencia que debe respetar la Unión en la elaboración y aplicación de sus políticas y los Estados miembros cuando aplique el Derecho de la misma sobre protección de consumidores. Para desplegar efectos con respecto a los justiciables, el art. 38 requiere la adopción de disposiciones normativas por parte de la Unión Europea sobre la base del art. 169 del TFUE, precepto con respecto al cual el art. 38 no aporta ninguna posibilidad de actuación adicional para la Unión Europea.

La exigencia de un nivel elevado de protección de los consumidores que establece el art. 38, debe entenderse en la línea establecida en la jurisprudencia del TJCE, relativa a disposiciones de Derecho derivado en materia de protección de consumidores. Así, el Tribunal ha declarado que, para determinar si la denominación, marca o mención publicitaria consideradas son o no engañosas, hay que tomar en consideración la expectativa que se presumía en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (v., en particular, la sentencia de 16 de julio de 1998, *Gut Springenheide y Tusky*, C-210/96, Rec., p. I-4657, apartado 31). Por consiguiente, este parámetro del consumidor medio, normalmente

informado y razonablemente atento y perspicaz es el que debe tenerse en cuenta para determinar si una reglamentación de la Unión Europea establece o no un elevado nivel de protección de los derechos de los consumidores. No es necesario, por tanto, que ésta opte por el máximo nivel de protección, lo que además confirma el art. 169.4 del TFUE al permitir a los Estados el mantenimiento de normas nacionales más protectoras de los intereses de los consumidores.

Como conclusión, puede considerarse que el art. 38, pese a su carácter genérico, es una disposición que apuntala la actuación de la Unión Europea en defensa de los intereses de los consumidores. El derecho a la protección de los consumidores al que se refiere este precepto no llega a ser ni siquiera «un derecho fundamental en vía de formación de contornos aún inciertos», como lo califica algún autor (Picod 2005, 496). Se trata sólo de un principio que tiene que tener en cuenta la Unión Europea en el ejercicio de sus competencias en materia de consumo, pero su inclusión en el catálogo de derechos de solidaridad de la Unión es, sin duda, muy destacable.

BIBLIOGRAFÍA

- AZPARREN LUCAS, A. «La protección de los consumidores en la Unión Europea». En E. Álvarez Conde y V. Garrido Mayol. *Comentarios a la Constitución Europea. Vol. 3: políticas comunitarias, las finanzas de la Unión*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 71-102.
- BENOÎT-ROHMER, F. «Article 38». En AA. VV. *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*. Bruselas: EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, junio 2006, pp. 318-321.
- COMISIÓN EUROPEA. Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo. *COM (2006) 744 final*, 8 de febrero de 2007.
- DEFALQUE, L. «L protection des consommateurs. Une politique inachevée». En O. de Schutter y P. Nihoul, eds. *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*. Bruselas: Bruylant, pp. 341 y ss.
- ESTEBAN DE LA ROSA, F. *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*. Granada: Comares, 2003.
- LUCARELLI, A. «Art. 38». En R. Bifulco, M. Cartabia y A. Celotto. *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*. Bolonia: Il Mulino, 2002, pp. 266-272.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D. *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad*. Granada: Comares, 2006.
- PICOD, F. «Article II-84». En L. Bourgeois-Larsen, A. Levade y F. Picod, dirs. *Traité Établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II: La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article*. Bruselas: Bruylant, 2005, pp. 494-502.