

EL CUMPLIMIENTO DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA POR ALEMANIA*

[*THE COMPLIANCE WITH THE EUROPEAN SOCIAL CHARTER BY GERMANY*]

Holger Brecht-Heitzmann y Mona Sadat Khonsari

Fecha de recepción: 16 de enero de 2017
Fecha de aceptación: 10 de febrero de 2017

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.- II. LA SUJECIÓN DE ALEMANIA A LA CSE.- 1. VIGENCIA INTERNA.- 2. APLICABILIDAD DIRECTA.- III. EL DERECHO DE HUELGA.- IV. LOS DERECHOS DE OTROS CIUDADANOS.- 1. LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES.- 2. IGUALDAD DE TRATO DE LOS CIUDADANOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS.- V. EL SALARIO.- VI. OTROS DERECHOS.- VII. CONCLUSIÓN.

Contents: I. INTRODUCTION.- II. THE BINDING OF GERMANY TO THE ESC.- 1. DOMESTIC APPLICATION.- 2. DIRECT APPLICABILITY.- III. THE RIGHT TO STRIKE.- IV. THE RIGHTS OF OTHER CITIZENS.- 1. THE PROTECTION OF MIGRANT WORKERS.- 2. EQUALITY OF TREATMENT OF THE CITIZENS OF MEMBER STATES.- V. THE WAGES.- VI. OTHER RIGHTS.- VII. CONCLUSION.

Resumen: Este estudio trata del cumplimiento del Derecho alemán con la Carta Social Europea. Para eso, trabaja con las conclusiones del Comité Europeo de Derechos Sociales. Además, analiza la importancia de la Carta Social Europea en la realidad del Derecho en Alemania y en la jurisprudencia. Eso se discute más en el ámbito del derecho de huelga.

Abstract: *The article analyses the compliance of German law with the European Social Charter based on the conclusions of the European Committee on Social Rights. Furthermore, it shows the relevance of the European Social Charter in German judicature and jurisprudence. Hereby, the German law on strikes and minimum wage serve as the main subjects of this examination.*

* Traducción al castellano, desde el alemán original, de J. Martínez Girón y A. Arufe Varela.

Palabras clave: Carta Social Europea, Alemania, Cumplimiento, Derecho de huelga, Salario mínimo

Keywords: Germany, European Social Charter, Compliance, Strike law, Minimum wage

* * *

I. INTRODUCCIÓN

Mientras que la importancia del Derecho de la Unión en la formación jurídica se reconoce mayoritariamente, sin embargo las obligaciones del Derecho internacional juegan normalmente un papel subordinado. Lamentablemente, en pocos casos —como, por ejemplo, para las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre la ulterior detención preventiva¹—, el influjo del Derecho internacional en el Derecho nacional goza de un reconocimiento más amplio. La Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), cuya aplicación vigila el TEDH, posee en consecuencia, en virtud de las posibles reclamaciones individuales, una mayor oportunidad de protección. El otro convenio internacional del Consejo de Europa, la Carta Social Europea (CSE), lleva en cambio una existencia miserable.

En esta ponencia debe tratarse exhaustivamente en qué medida la República Federal de Alemania cumple la Carta Social Europea. Al respecto, trataremos en primer lugar la eficacia vinculante de este convenio. Seguimos con un análisis de normas concretas de la CSE. Aquí, hay que mencionar, en primer lugar, el art. 6, apartado 4, de la CSE, que se refiere al derecho de huelga. Luego, deben tratarse los derechos de otros ciudadanos. Esto se refiere, por un lado, a la protección de los trabajadores migrantes, al amparo del art. 19, apartado 6, de la CSE; y de otro lado, al trato igual de los ciudadanos de otros Estados miembros, a que se refiere el art. 12, apartado 4, de la CSE. Además, deben tomarse en consideración aspectos del salario, y más concretamente, el derecho a un salario justo, en virtud del artículo 4, apartado 1, de la CSE; y el derecho a la igualdad salarial entre hombres y mujeres, a que se refiere el artículo 4, apartado 3, de la CSE. Finalmente, otros derechos se refieren a la prohibición del trabajo forzoso, de que trata el art. 1, apartado 2, de la CSE; así como a la protección a través de normas de seguridad y de salud, en virtud del art. 3, apartado 1, de la CSE.

II. LA SUJECCIÓN DE ALEMANIA A LA CSE

Tradicionalmente, Alemania ha desempeñado un papel precursor en el reforzamiento de los derechos sociales, a cuyo efecto firmó como uno de los primeros Estados miembros del Consejo de Europa la CSE de 1961, y la ratificó cuatro años después, el 27.1.1965². La versión revisada de la CSE de 1996 no ha sido ratificada

1 *EGMR* 17.12.2009 – No. 19359/04 (M./Deutschland), *NJW* 2010, 2495; cfr. también *EGMR* 7.1.2016 – No. 23279/14 (Bergmann), *BeckRS* 2016, 01211.

2 Sin embargo, la República Federal de Alemania no ha aprobado el artículo 4, apartados 1 y 3, el artículo 7, apartado 5, el artículo 8, apartado 2 y el artículo 10, apartado 4, véase *Boletín Oficial Federal* 1964 II 1261.

hasta el momento por Alemania, sino simplemente firmada —y ello sólo en el año 2007³. La ratificación todavía no operada se basa, por la parte alemana, en algunos efectos a clarificar de la versión revisada de la CSE sobre el Derecho alemán —ante todo, en especial, el derecho de huelga de los funcionarios⁴, sobre lo que se darán más detalles a continuación. Pero se planea la ratificación en el período de legislatura actual⁵.

Para poder comprender la importancia de la CSE en Alemania, queremos analizar detalladamente la eficacia vinculante de la CSE en Alemania.

1. VIGENCIA INTERNA

Ante todo, hay que clarificar si se puede invocar la aplicación de la CSE en el ámbito interno. La CSE, como obra del Consejo de Europa, representa un tratado internacional, de manera que debe abordarse primeramente la controvertida relación existente entre el Derecho internacional y el Derecho interno.

Los defensores del monismo parten de que el Derecho internacional y el Derecho interno son partes de un ordenamiento jurídico unitario⁶.

En cambio, la teoría del dualismo invoca la idea de que en el caso del Derecho internacional y del Derecho nacional se trata de dos ámbitos jurídicos independientes, que no pueden interferir o, en su caso, colisionar, entre ellos⁷.

3 En consecuencia, en lo que sigue se tomará como base la Carta Social Europea de 1961 ratificada por la República Federal de Alemania.

4 *Europausschuss des Deutschen Bundestages*, Deutscher Bundestag PuK 2-Parlamentsnachrichten, 11.06.2015, http://www.bundestag.de/de/presse/hib/2015_06/-/377992 (última entrada: 14.11.2016).

5 *Bundesministerium für Arbeit und Soziales*, <http://www.bmas.de/DE/Themen/Soziales-Europa-und-Internationales/International/Internationale-Organisationen/europarat.html> (última entrada: 14.11.2016).

6 *Verdross*, *Die Einheit des Weltbilds auf der Grundlage der Völkerrechtsverfassung*, 1923; v. *Arnauld*, *Völkerrecht*, 2ª ed. 2014, § 6 marg. 497.

7 *Triepel*, *Völkerrecht und Landesrecht*, 1ª ed. 1899, pág. 111; *Rojahn*, en: v. Münch/Kunig, *GG*, 6ª ed. 2012, Art. 25 marg. 4; *Kunig*, en: Graf Vitzthum/Proelß, *Völkerrecht*, 7ª ed. 2016, pág. 77 marg. 30; *Butzer/Haas*, en: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Hofmann/Henneke, *GG*, 13ª ed. 2014, Art. 59 marg. 96; *Schweitzer/Dederer*, *Staatsrecht III*, 11ª ed. 2016, § 2 marg. 47.

La doctrina dominante en Alemania⁸ y el Tribunal Constitucional Federal⁹ se han inclinado por una forma moderada del dualismo. De acuerdo con ella, el Derecho internacional y el Derecho nacional representan ciertamente ámbitos jurídicos independientes, pero están en una relación de interacción recíproca¹⁰. Al respecto, el Tribunal Constitucional Federal invoca el art. 25, inciso 1, de la Constitución Federal (CF), y el art. 59, apartado 2, de la CF¹¹.

Sin embargo, la CF al mismo tiempo defiende abiertamente el Derecho internacional y la cooperación internacional, lo que se deriva no sólo del artículo 25 CF, del Preámbulo de la CF y del art. 1, apartado 2, del art. 23, apartado 1, y de los arts. 24 y 26 de la CF¹². Basándose en esta posición de la CF, en caso de diversas posibilidades de interpretación de la CF y de las leyes nacionales, hay que elegir siempre la más favorable al Derecho internacional¹³. En consecuencia, los límites hay que extraerlos de los principios básicos de la Constitución¹⁴.

Si pasamos a la CSE, esto significa que la CSE, en cuanto que tratado internacional, es parte de un ámbito jurídico independiente, pero por una interpretación favorable al Derecho internacional, lleva a incluir en el ordenamiento jurídico alemán, en tanto que no esté en contradicción con los principios básicos de la CF.

En relación con ello, sin embargo, en virtud del art. 59, apartado 2, de la CF, se requiere que se promulgue una ley de aceptación del tratado internacional. Se discute qué calificación jurídica obtiene en ese caso el tratado.

Por un lado, entra en consideración la adaptación del tratado sin modificación de la calificación jurídica (la llamada teoría de la adaptación)¹⁵ o, en su caso, la incorporación a través de la promulgación de una orden de ejecución en forma de

8 *Kunig*, en: Graf Vitzthum/Proelß, *Völkerrecht*, 7ª ed. 2016, pág. 107 marg. 116; *Hillgruber*, en: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Hofmann/Henneke, GG, 13ª ed. 2014, Art. 25 marg. 2; *Geiger*, *Grundgesetz und Völkerrecht*, 6ª ed. 2013, § 8, pág. 16; *Streinz*, en: Sachs, GG, 7ª ed. 2014, Art. 25 marg. 19; *Wollenschläger*, en: Dreier, GG, vol. 2, 3ª ed. 2015, Art. 25 marg. 2; *Schweitzer/Dederer*, *Staatsrecht III*, 11ª ed. 2016, § 2 marg. 64; *Herdegen*, *Völkerrecht*, 14ª ed. 2015, § 22 marg. 2 y ss.; v. *Arnauld*, *Völkerrecht*, 2ª ed. 2014, § 6 marg. 499, 514.

9 *BVerfG* 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307, 318.

10 *Butzer/Haas*, en: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Hofmann/Henneke, GG, 13ª ed. 2014, Art. 59 marg. 96.

11 *BVerfG* 14.10.2004 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307, 318.

12 *BVerfG* 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307, 318; *BVerfG* 26.10.2004 – 2 BvR 955/00 y otras, BVerfGE 112, 1, 25; *Rojahn*, en: v. Münch/Kunig, GG, 6ª ed. 2012, Art. 25 marg. 1; *Kunig* en: Graf Vitzthum/Proelß, *Völkerrecht*, 7ª ed. 2016, pág. 69 y ss.; *Herdegen*, *Völkerrecht*, 14ª ed. 2015, § 22 marg. 9.

13 *BVerfG* 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307, 317 y ss.; *BVerfG* 26.10.2004 – 2 BvR 955/00 y otras, BVerfGE 112, 1, 24 y ss.; *BVerfG* 26.3.1987 – 2 BvR 589/79 y otras, BVerfGE 74, 358, 370; *Herdegen*, *Völkerrecht*, 14ª ed. 2015, § 22 marg. 10, 21.

14 *BVerfG* 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307, 319.

15 *Geiger*, *Grundgesetz und Völkerrecht*, 6ª ed. 2013, § 33, 4ª Parte, pág. 150.

Ley de aceptación (la llamada teoría de la ejecución)¹⁶ y, por otro lado, la transformación del tratado en una ley federal interna (la llamada teoría de la transformación)¹⁷. La primera posibilidad se basa en la idea del monismo, mientras que las otras se adscriben a la teoría del dualismo¹⁸.

En relación con ello, el Tribunal Constitucional Federal no se ha posicionado con claridad¹⁹, aunque esto muestra precisamente que el conflicto es de naturaleza estrictamente académica, y no tiene repercusiones prácticas²⁰. Según qué punto de vista se siga, hay que recurrir coherentemente a motivos de aplicación y fundamentos de valoración diferenciados, respecto de la aplicación, del comienzo y del fin de la vigencia, aunque en la práctica exista acuerdo sobre que las reglas de Derecho internacional hay que considerarlas como recomendaciones²¹.

En relación con la CSE, se publicó en 1964 en el Boletín Oficial Federal²² una Ley de aceptación con la forma de una simple y formularia Ley federal. De ahí que pueda mantenerse que la CSE se aplica en el ámbito interno.

2. APLICABILIDAD DIRECTA

La cuestión de la aplicación de la CSE en el ámbito interno es la cuestión a plantear a continuación, en qué medida hay que aplicar sus normas en Alemania²³. Más en concreto, se trata de si las normas de la CSE necesitan de medidas de ejecución adicionales por parte del legislador, para que sean aplicables, o si son auto-ejecutivas, esto es, si son directamente aplicables por los tribunales y la Administración²⁴.

16 *Wollenschläger*, en: Dreier, GG, 3ª ed. 2015, Art. 25 marg. 1 y ss.; *Geiger*, Grundgesetz und Völkerrecht, 6ª ed. 2013, § 33, 4ª Parte, pág. 150, 164; v. *Arnauld*, Völkerrecht, 2ª ed. 2014, § 6 marg. 500.

17 *BVerwG* 12.6.1970 – VII C 64.68, BVerwGE 35, 265; *Rojahn*, en: v. Münch/Kunig, GG, 6ª ed. 2012, Art. 25 marg. 4; *Schweisfurth*, Völkerrecht, 2006, 1ª Parte, 5ª Capítulo, marg. 11.

18 *Rojahn*, en: v. Münch/Kunig, GG, 6ª ed. 2012, Art. 25 marg. 4 y ss.

19 En la doctrina sobre ejecución se señalan las siguientes decisiones: *BVerfG* 3.12.1969 – 1 BvR 624/56, BVerfGE 27, 253, 274; *BVerfG* 22.10.1986 – 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339, 367 y 375; *BVerfG* 8.4.1987 – 2 BvR 687/85, BVerfGE 75, 223, 244; en la doctrina sobre transformación se señalan las siguientes decisiones: *BVerfG* 30.7.1952 – 1 BvF 1/52, BVerfGE 1, 396, 411; *BVerfG* 26.3.1957 – 2 BvG 1/55, BVerfG 26.03.1957, 2 BvG 1/55, NJW 1957, 705 (705); de manera equívoca: *BVerfG* 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307, 316 y ss.

20 *Herdegen*, Völkerrecht, 14ª ed. 2015, § 22 marg. 7.

21 *Herdegen*, Völkerrecht, 14ª ed. 2015, § 22 marg. 7.

22 Boletín Oficial Federal 1964 II 1261.

23 En el caso concreto, se discute si la cuestión de la aplicación directa hay que considerarla como exigencia de la validez interna o como punto separado de examen, cfr. *Geiger*, Grundgesetz und Völkerrecht, 6ª ed. 2013, § 36, 4ª Parte, pág. 166; *Kunig*, en: Graf Vitzthum/Proell, Völkerrecht, 7ª ed. 2016, pág. 81, marg. 41.

24 Cfr. *Herdegen*, Völkerrecht, 14ª ed. 2015, § 22 marg. 5.

Al respecto, no puede tomarse el tenor del tratado con carácter global y en conjunto. Más bien, hay que responder separadamente en relación con cada norma a la cuestión de la aplicabilidad directa²⁵: en un primer paso, hay que comprobar si la norma tiene vocación de de aplicación autónoma, esto es, si fue concebida en el plano del Derecho internacional como directamente aplicable²⁶. A continuación, hay que analizar si la norma es susceptible de aplicación. Éste es el caso en que está suficientemente determinada, de acuerdo con su tenor, objetivo y contenido, supuesto que no requiera de ninguna regla de ejecución adicional por parte del legislador²⁷.

El cumplimiento y la aplicabilidad de normas concretas de la CSE debe analizarse detalladamente en lo que sigue.

III. EL DERECHO DE HUELGA

Hasta el presente, la CSE ha tenido poca importancia en la doctrina jurídica alemana. La mención más temprana en la jurisprudencia²⁸ y en la doctrina científica²⁹ se refiere al derecho de huelga del art. 6, apartado 4, de la CSE, según el cual las partes contratantes «reconocen el derecho de los trabajadores y empresarios, 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». Ante todo, se discuten la necesaria vinculación convencional de

25 *Geiger*, Grundgesetz und Völkerrecht, 6ª ed. 2013, § 36, 4ª Parte, pág. 166; *Kunig*, en: Graf Vitzthum/Proelß, Völkerrecht, 7ª ed. 2016, pág. 81, marg. 41.

26 *Geiger*, Grundgesetz und Völkerrecht, 6ª ed. 2013, § 36, 4ª Parte, pág. 167; *Kunig*, en: Graf Vitzthum/Proelß, Völkerrecht, 7ª ed. 2016, pág. 81, marg. 42.

27 *BVerfG* 9.12.1970 – 1 BvL 7/66, , BVerfGE 29, 348, 360; *BVerwG* 27.9.1988 – 1 C 52/87 (Kassel), BVerwGE 80, 233, 235; *BVerwG* 16.10.1990 – 1 C 15/88 (Mannheim), NVwZ 1991, 787, 787; *Butzer/Haas*, en: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Hofmann/Henneke, GG, 13ª ed. 2014, Art. 59 marg. 105; *Geiger*, Grundgesetz und Völkerrecht, 6ª ed. 2013, § 36, 4ª Parte, pág. 166 y ss.; *Kunig*, en: Graf Vitzthum/Proelß, Völkerrecht, 7ª ed. 2016, pág. 81, marg. 41; *Lörcher*, en: Däubler, Arbeitskampfrecht, 3ª ed. 2011, § 10 marg. 13.

28 *BAG* 10.6.1980 – 1 AZR 822/79, 12.9.1984 – 1 AZR 342/83, 10.12.2002 – 1 AZR 96/02, 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, 20.11.2012 – 1 AZR 179/11 y 1 AZR 611/11, AP Nr. 64, 81, 162, 173, 179 y 180 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; destacado en la jurisprudencia de los tribunales de instancia *LAG Hamm* 24.10.2001 – 18 Sa 1981/00, AP Nr. 161 zu Art. 9 GG Arbeitskampf y *ArbG Gelsenkirchen* 13.3.1998 – 3 Ca 3173/97, NZA-RR 1998, 352; sobre el derecho de huelga de los funcionarios, en especial, *VG Kassel* 31.8.2011 – 28 K 574/10. KS.D y 28 K 1208/10.KS.D, ArbuR 2012, 36.

29 En época más reciente hay que mencionar las siguientes Tesis Doctorales: *Buchholtz*, Streiken im europäischen Grundrechtsgefüge, 2014; *Dunke*, Streikrecht i. S. des Art. 6 Nr. 4 ESC und deutsches Arbeitskampfrecht, 2013; *Gooren*, Der Tarifbezug des Arbeitskampfes, 2014; sintomático de la escasa consideración, en cambio, *Schansker*, Die Beschränkung des Streikrechts auf tariflich regelbare Ziele, 2013, que, a pesar de la gran importancia del art. 6, apartado 4, de la CSE, para su tema, sólo trata de él en las págs. 70-84, 192-195, 240 y ss. y 294.

la huelga en Alemania, el monopolio sindical de la huelga, así como la prohibición de la huelga a los funcionarios³⁰.

En la práctica, el Derecho alemán de lucha laboral no está regulado legalmente, sino que es casi exclusivamente Derecho judicial, que se deriva de la libertad de coalición del art. 9, apartado 3, de la CF. El precepto afirma:

«Se garantiza a todos y para todas las profesiones el derecho a crear asociaciones para la defensa y promoción de las condiciones de trabajo y de las condiciones económicas. Los acuerdos que busquen restringir o perjudicar este derecho son nulos, y las medidas orientadas a ello son ilícitas. Las medidas a que se refieren el art. 12a, 35, apartados 2 y 3, el art. 87a, apartado 4 y el art. 91, no pueden dirigirse contra las luchas laborales que se lleven a cabo por las asociaciones a que se refiere el inciso 1 para la defensa y promoción de las condiciones de trabajo y de las condiciones económicas».

En relación con ello, la jurisprudencia establece, entre otras cosas, que la lucha laboral sólo puede realizarse para llevar a cabo dichos objetivos y exigencias, que puedan y deban ser objeto de un convenio colectivo³¹.

-
- 30 Conclusión II (1971) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=II/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión III (1973) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=III/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión IV (1975) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=IV/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión V (1977) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=V/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión VI (1979), sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=VI/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión VII (1981) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=VII/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión VIII (1984) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=VIII/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión IX-2 (1986) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=IX-2/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión X-2 (1988) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=X-2/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión XII-2 (1992) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XII-2/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión XIII-2 (1994) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XIII-2/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión XIII-4 (1996) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XIII-4/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión XIV-1 (1998) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XIV-1/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión XV-1 (2001) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XV-1/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión XVI-1 (2003) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XVI-1/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión XVII-1 (2005) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XVII-1/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión XVIII-1 (2006) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XVIII-1/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión XIX-3 (2010) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XIX-3/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión XX-3 (2014) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XX-3/def/DEU/6/4/EN> (última entrada, en cada caso: 5.1.2017).
- 31 BAG 23.10.1984, 1 AZR 126/81, AP Nr. 82 zu Art. 9 GG Arbeitskampf. Cfr. también BAG (Sala General) 21.4.1971, GS 1/68, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

Estrechamente vinculado con esta cuestión está el monopolio sindical de la huelga en Alemania. Pues, según el parágrafo 2, apartado 1, de la Ley del convenio colectivo (LCC), sólo pueden ser parte del convenio colectivo los sindicatos. Pero cuando el objetivo de la lucha laboral sólo pueda ser la celebración de un convenio colectivo, es obvio que también exclusivamente el sindicato en cuanto que parte de dicho convenio colectivo puede convocar la huelga. En consecuencia, se aplica la jurisprudencia vigente relativa a que es ilícito que cualquiera esté organizado al margen de un sindicato, esto es, que comience por sí mismo a que asuma con posterioridad una huelga (la denominada «huelga salvaje»)³².

También en el caso de la prohibición de la huelga a los funcionarios, existe una conexión con la vinculación convencional de la huelga. Los convenios colectivos sólo se aplican a las relaciones contractuales privadas, ante todo, las relaciones laborales mencionadas en el parágrafo 1, apartado 1, de la LCC, pero también en su caso a las relaciones laborales de personas asimiladas a trabajadores a que se refiere el parágrafo 12a de la LCC. En cambio, los funcionarios se encuentran en una relación jurídica de Derecho público con su empleador, de manera que no resulta aplicable ningún convenio colectivo. La base de la prohibición de la huelga resulta, ciertamente, del art. 33, apartado 5, de la CF, según el cual el Derecho del servicio público hay que «regularlo y desarrollarlo teniendo en cuenta los principios tradicionales de la función pública». Se entiende por ello «el núcleo de principios estructurales que generalmente o muy predominantemente durante un largo período de tiempo de formación tradicional, al menos durante la Constitución de Weimar, han sido reconocidos y defendidos como vinculantes»³³. De ello se desprende, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, que para los funcionarios está prohibida la utilización de medios de lucha y de presión económicos para la realización de sus intereses propios, y especialmente también las medidas de lucha colectiva a que se refiere el artículo 9, apartado 3, de la CF, como el derecho de huelga³⁴. Como compensación, rige el llamado principio de financiación, según el cual «a los funcionarios, según su graduación, según la responsabilidad vinculada a su puesto y según el nivel de importancia de la función pública para la comunidad, hay que garantizarles el correspondiente desarrollo de las relaciones económicas y financieras generales, y los medios de vida generales para ganarse la vida adecuadamente»³⁵.

32 BAG 20.12.1963 – 1 AZR 428/62, 21.10.1969 – 1 AZR 93/68; 21.4.1971 – GS 1/68, 14.2.1978 – 1 AZR 76/76, 7.6.1988 – 1 AZR 372/86, 31.10.1995 – 1 AZR 217/95 y 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, AP Nr. 32, 41, 43, 58, 106, 140 y 174 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

33 Jurisprudencia constante desde *BVerfG* 2.12.1958 – 1 BvL 27/55, NJW 1959, 189; últimamente, *BVerfG* 2.5.2016 – 2 BvR 1137/14, NVwZ 2016, 1313, 1315.

34 *BVerfG* 19.9.2007 – 2 BvF 3/02, NVwZ 2007, 1398, con explicaciones adicionales; cfr. también *BVerwG* 27.2.2014 – 2 C 1/13, NVwZ 2014, 736.

35 Jurisprudencia constante desde *BVerfG* 11.6.1958 – 1 BvR 1/52 y otras, *BVerfGE* 8, 1; últimamente, *BVerfG* 16.12.2015 – 2 BvR 1958/13, NVwZ 2016, 682, 683.

Desde hace muchos años, el Comité de Expertos Independientes —que se denomina actualmente Comité Europeo de Derechos Sociales— ha considerado regularmente la necesidad de una relación convencional para las luchas laborales, el monopolio sindical de la huelga, así como la prohibición de la huelga para los funcionarios, como un incumplimiento del artículo 6, apartado 4, de la CSE³⁶. En el año 1998, el Comité de Ministros retomó incluso la crítica del criterio de la necesidad de la relación convencional³⁷.

En relación con el monopolio sindical de la huelga, el Comité Europeo de Derechos Sociales relativizó entre tanto su posición, sin retirar en este caso su crítica básica a la falta de conformidad de Alemania con las exigencias del artículo 6, apartado 4, de la CSE: los sindicatos podrían mantener el reservarse el derecho a la convocatoria de la huelga, siempre que los trabajadores pudieran fundamentar la realización de la huelga sin requisitos especiales o las formalidades del sindicato³⁸. La jurisprudencia del Tribunal Federal de Trabajo establece en ese sentido requisitos mínimos no irrelevantes para la capacidad convencional de una asociación de trabajadores³⁹, como es el requisito de convocar una huelga.

- 36 Conclusión II (1971) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=II/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión III (1973) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=III/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión IV (1975) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=IV/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión V (1977) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=V/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión VI (1979) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=VI/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión VII (1981) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=VII/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión VIII (1984) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=VIII/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión IX-2 (1986) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=IX-2/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión X-2 (1988) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=X-2/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión XII-2 (1992) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XII-2/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión XIII-2 (1994) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XIII-2/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión XIII-4 (1996) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XIII-4/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión XIV-1 (1998) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XIV-1/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión XV-1 (2001) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XV-1/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión XVI-1 (2003) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XVI-1/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión XVII-1 (2005) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XVII-1/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión XVIII-1 (2006) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XVIII-1/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión XIX-3 (2010) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XIX-3/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión XX-3 (2014) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XX-3/def/DEU/6/4/EN> (última entrada en cada caso: 5.1.2017).
- 37 Ministerkomitee, Empfehlung zur Anwendung der ESC durch Deutschland während des Zeitraums von 1993-1994 (13. Kontrollzyklus Teil IV) de 3.2.1998, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=recchs-98-2-en> (última entrada: 5.1.2017), traducción publicada en ArbuR 1998, 156.
- 38 Conclusión XV-1 (2001) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XV-1/def/DEU/6/4/EN> (última entrada: 5.1.2017).
- 39 Como corresponde, la asociación de trabajadores tiene que haber establecido como función estatutaria la defensa de los intereses de sus afiliados en su calidad de trabajador, y estar dispuesta a concluir convenios colectivos. Debe estar libremente constituido, libre de adversarios, independiente y organizado con base supraempresarial, y reconocer como vinculante el Derecho vigente sobre los convenios colectivos. Además, es requisito que la asociación de trabajadores pueda cumplir sus funciones como parte del convenio colectivo de manera útil. Al respecto, de un lado, se corresponde la fuerza de oponerse a la contraparte social, y de otro lado, una cierta capacidad prestacional de la organización; BAG 28.03.2006 – 1 ABR 58/04, AP Nr. 4 zu § 2 TVG.

En relación con los funcionarios, el Comité Europeo de Derechos Sociales siempre ha considerado la prohibición absoluta de la huelga como incompatible con la CSE. Sólo podrían darse excepciones en los casos en los que es ejerciten poderes soberanos especiales. Esto se aplicó especialmente a las autoridades de policía o a las fuerzas armadas, jueces, así como a funcionarios de alto rango de la Administración⁴⁰.

Se discute si la práctica decisoria del Comité Europeo de Derechos Sociales representa una interpretación auténtica. Esto se afirma parcialmente⁴¹, y se niega, en cambio, por los principales representantes de la doctrina científica⁴². Existe una posición intermedia con fuertes argumentos, respecto de que debería darse un motivo convincente para separarse de ella⁴³. Sin embargo, incluso por los críticos se reconoce que en el caso de decisiones de órganos como el Comité Europeo de Derechos Sociales, se trata de emisión de opiniones con una indiscutible autoridad⁴⁴. Y de ahí que no sorprenda que tampoco el Tribunal Federal de Trabajo tenga problema en tener en cuenta las opiniones de comités de expertos independientes en su argumentación⁴⁵. Hay que añadir que las opiniones del Comité Europeo de Derechos Sociales se confirman en todo caso a través de otros métodos de interpretación⁴⁶. Hay que mencionar en este sentido, ante todo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la norma paralela del art. 11, apartado 2, del CEDH, según la cual las limitaciones del derecho de huelga de los servidores públicos sólo son admisibles bajo estrictas exigencias⁴⁷.

Finalmente, existe unanimidad en la cuestión de si el art. 6, apartado 4, de la CSE, es directamente aplicable al Derecho alemán⁴⁸. En relación con ello, es

40 Así, últimamente, Conclusión XX-3 (2014) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=XX-3/def/DEU/6/4/EN> (última entrada: 5.1.2017).

41 En este sentido, *Lörcher*, en: Däubler, *Arbeitskampfrecht*, 3ª ed. 2011, § 10 marg. 22; *Schlachter*, RdA 2011, 341, 345 y ss.; dejado abierto por *Czycholl/Frieling*, ZESAR 2011, 322, 326.

42 *Buchholtz*, *Streiken im europäischen Grundrechtsgefüge*, 2014, pág. 132 y ss.; *Gooren*, *Der Tarifbezug des Arbeitskampfes*, 2014, pág. 181; *Löwisch/Rieble*, TVG, 3ª ed. 2012, fundamentalmente marg. 294; negativamente, en cuanto a las recomendaciones del comité de ministros *Schansker*, *Die Beschränkung des Streikrechts auf tariflich regelbare Ziele*, 2013, pág. 193 y ss.

43 *Däubler*, ArbuR 1998, 144, 147 y ss. “Motivos importantes“ exige *Dumke*, *Streikrecht i. S. des Art. 6 Nr. 4 ESC und deutsches Arbeitskampfrecht*, 2013, pág. 52.

44 *Buchholtz*, *Streiken im europäischen Grundrechtsgefüge*, 2014, pág. 136; *Rieble*, RdA 2005, 200, 204.

45 BAG 10.12.2002 – 1 AZR 96/02, 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, AP Nr. 162, 173 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

46 *Czycholl/Frieling*, ZESAR 2011, 322, 326.

47 *EGMR* 12.11.2008 – Nr. 34503 (*Demir und Baykara*), ArbuR 2009, 269; *EGMR* 21.4.2009 – Nr. 68959/01 (*Enerji Yapı-Yol Sen*), ArbuR 2009, 274; *EGMR* 27.3.2007, Nr. 6615/03 (*Karaçay*13.7.2010), ArbuR 2011, 306, con anotación de *Lörcher*, der Hinweise zu weiteren Entscheidungen des *EGMR* gibt.

48 Afirmativamente, *Czycholl/Frieling*, ZESAR 2011, 322, 324; *Lörcher*, en: Däubler, *Arbeitskampfrecht*, 3ª ed. 2011, § 10 marg. 22 (con explicaciones adicionales en nota a pie 63); negativamente, *Buchholtz*, *Streiken im europäischen Grundrechtsgefüge*, 2014, pág. 207 (con explicaciones adicionales en pág. 207, nota a pie 4); *Dumke*, *Streikrecht i. S. des Art. 6 Nr. 4 ESC und deutsches Arbeitskampfrecht*, 2013, pág. 190 y ss.; *Gamillscheg*, *Kollektives Arbeitsrecht*, Band I, 1997, pág. 959 y ss.; *Gooren*, *Der Tarifbezug des Arbeitskampfes*, 2014, pág. 194 y ss.; dejado abierto por *BVerfG* 20.10.1981 – 1 BvR 404/78, AP Nr. 31 zu § 2 TVG; *BVerfG* 2.3.1993 – 1 BvR 1213/85, AP Nr. 126 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

decisivo en todo caso el tenor literal, según el cual las partes contractuales no sólo es obligan al cumplimiento de derechos determinados, sino que más bien «reconocen» el derecho de huelga. Sin embargo, la cuestión puede quedar en último término abierta, dado que sobre el principio de la favorabilidad del Derecho internacional repercute en todo caso la aplicabilidad indirecta del art. 6, apartado 4, de la CSE⁴⁹. También el Tribunal Federal de Trabajo reconoce, con una posición intermedia, que la CSE representa una obligación internacional asumida por la República Federal de Alemania, cuyas reglas deben observar los tribunales, cuando llena los vacíos existentes en el Derecho legal relativo a la ordenación de la lucha laboral con las decisiones interpretativas de la Constitución⁵⁰. Dado que el Derecho alemán de la lucha laboral es Derecho judicial, tampoco hay ningún Derecho legal concreto que pudiera contraponerse a la CSE. De ahí que resulte esperable que la jurisprudencia efectúe correcciones que conduzcan a la conformidad con las disposiciones de la CSE. El Tribunal Federal de Trabajo ya ha admitido que las afirmaciones generalizantes relativas a que las luchas laborales son sólo admisibles para la realización de objetivos regulables por el convenio colectivo, necesitan de un nuevo examen en relación con el art. 6, apartado 4, de la CSE⁵¹. Como se mostró, con esta cuestión también están conectados otros aspectos críticos del Comité Europeo de Derechos Sociales. No obstante, estos no llevarían aparejadas modificaciones importantes del Derecho alemán del convenio colectivo y de la lucha laboral.

IV. LOS DERECHOS DE OTROS CIUDADANOS

La Carta Social Europea también se ocupa de la protección transfronteriza de los derechos sociales de los trabajadores. Esto debe asegurarse, entre otros, según el art. 19 de la CSE, a través de una protección especial de los trabajadores migrantes, así como a través del trato igual de los ciudadanos de los Estados miembros, en virtud del art. 12 de la CSE. En relación con esto, el Comité Europeo de Derechos Sociales, sin embargo, ha declarado reiteradamente el incumplimiento de los deberes del Tratado por la República Federal de Alemania.

49 En este sentido, también *Buchholtz*, *Streiken im europäischen Grundrechtsgefüge*, 2014, pág. 220 y ss.; *Dumke*, *Streikrecht i. S. des Art. 6 Nr. 4 ESC und deutsches Arbeitskämpfrecht*, 2013, pág. 196 y ss.; *Gooren*, *Der Tarifbezug des Arbeitskampfes*, 2014, pág. 194 y ss.

50 *BAG* 12.9.1984 – 1 AZR 342/83, 10.12.2002 – 1 AZR 96/02, 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, 20.11.2012 – 1 AZR 179/11 y 1 AZR 611/11, AP Nr. 81, 162, 173, 179 y 180 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

51 *BAG* 10.12.2002 – 1 AZR 96/02, AP Nr. 162 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

1. LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES

El art. 19, apartado 6, de la CSE obliga a los Estados miembros, supuesto que sea posible, a facilitar la reunión del trabajador migrante con derecho a establecimiento en el territorio nacional, con su familia. En Alemania, para la reagrupación con el cónyuge de un extranjero casado durante el período de concesión del permiso de residencia, en virtud del párrafo 30, apartado 1, núm. 3, letra d, de la Ley de residencia (AufenthG), no se exige aún que el extranjero que ya viva en Alemania desde hace dos años posea el permiso de residencia. En cambio, si el cónyuge está ya en el momento de otorgamiento del permiso de residencia, no se exige ninguna duración para quien ya poseyera previamente el permiso de residencia, en virtud del párrafo 30, apartado 1, núm. 3, letra e), de la AufenthG. El Comité Europeo de Derechos Sociales ve en la exigencia un obstáculo importante para la reagrupación familiar. La duración debe ascender como máximo a un año⁵², y la norma debe aplicarse sin excepciones a todos los migrantes y sus familias, con independencia de su situación específica (excepciones son los casos de matrimonio forzado, error en las reglas de inmigración e intervención legítima)⁵³. Una diferenciación como la que se prevé en el párrafo 30, apartado 1, núm. 3, letra d), de la AufenthG y en el párrafo 30, apartado 1, núm. 3, letra 3), de la AufenthG, no es compatible con el artículo 19, apartado 6, de la CSE.

Además de esto, entorpecerá la reagrupación familiar el necesario certificado de matrimonio reagrupado o, en su caso, de hijos reagrupados mayores de 16 años, del párrafo 30, apartado 1, número 2, y del párrafo 32, apartado 2, de la AufenthG⁵⁴. El Comité valora ciertamente que Alemania quisiera adoptar medidas que promovieran la integración de los trabajadores emigrantes y sus familias, aunque estas medidas sean incompatibles con el artículo 19, apartado 6, de la CSE, supuesto que tengan la eficacia de prohibir la entrada o la estancia, o afecten en su contenido esencial el derecho del artículo 19, apartado 6, de la CSE⁵⁵.

No sólo se critica el ingreso en Alemania con fundamento en la CSE, sino también la expulsión de trabajadores emigrantes. Según el artículo 19, apartado 8, de la CASE, éstas sólo deberían producirse cuando los trabajadores amenacen la

52 Conclusión XX-4 (2015) sobre el art. 19, apartado 6, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XX-4/def/DEU/19/6/EN>; Conclusión XIX-4 (2011) sobre el art. 19, apartado 6, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XIX-4/def/DEU/19/6/EN> (última entrada en cada caso: 13.12.2016).

53 Conclusión XX-4 (2015) sobre el art. 19, apartado 6, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XX-4/def/DEU/19/6/EN> (última entrada: 13.12.2016).

54 Conclusión XX-4 (2015) sobre el art. 19, apartado 6, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XX-4/def/DEU/19/6/EN> (última entrada: 13.12.2016).

55 Conclusión XX-4 (2015) sobre el art. 19, apartado 6, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XX-4/def/DEU/19/6/EN> (última entrada: 13.12.2016).

seguridad del Estado o incumplan la seguridad y el orden públicos, o las buenas costumbres.

En virtud del párrafo 54, apartado 2, número 4, de la AufenthaltG, existe un interés importante para expulsar cuando el extranjero consuma heroína, cocaína u otros estupefacientes peligrosos similares, y no esté dispuesto a la prestación de los servicios de rehabilitación que resulten necesarios, o no le correspondan. Pero, según opinión del Comité, este motivo de expulsión es muy amplio y, en consecuencia, incompatible con el artículo 19, apartado 8, de la CSE, dado que solamente por causa del consumo de estupefacientes ningún peligro puede derivarse para la seguridad y el orden públicos, o para la violación de las buenas costumbres⁵⁶.

2. IGUALDAD DE TRATO DE LOS CIUDADANOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS

Los Estados miembros de la CSE se obligan, a través del artículo 12, apartado 4, letra a). de la CSE, al trato igual de los ciudadanos de otros Estados miembros con los propios ciudadanos, respecto de los derechos de seguridad social. Con este propósito, deben celebrarse Tratados bilaterales o multilaterales.

Sin embargo, hasta 2011, Alemania no había celebrado ningún acuerdo de seguridad social con Albania⁵⁷, Andorra, Armenia, Azerbaián, Georgia y Moldavia. Y de ahí que no se trate a los ciudadanos de estos Estados miembros como a los alemanes, respecto de los derechos de seguridad social. Por este motivo, existe un incumplimiento del artículo 12, apartado 4, letra a), de la CSE⁵⁸.

56 Conclusión XX-4 (2015) sobre el art. 19, apartado 8, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XX-4/def/DEU/19/8/EN>; Conclusión XV-1 (2001) sobre el art. 19, apartado 8, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XV-1/def/DEU/19/8/EN> (última entrada en caso caso: 13.12.2016). En su toma de posición de 2015, la comisión de expertos también ha declarado que los motivos de expulsión de los párrafos 55, apartado 2, núm. 6, núm. 5, subapartado 2, y núm. 4, de la versión anterior de la AufenthaltG, eran incompatibles con el art. 19, apartado 8, de la CSE. La toma de posición se ceñía al período de referencia de 2010 a 2013. Sin embargo, el párrafo 55 de la AufenthaltG fue modificado después por el art. 1 de la Ley sobre nueva determinación del derecho de estancia y de las condiciones de residencia de 27.7.2015 (Boletín Oficial Federal I 1386), que suprimió los motivos de expulsión antes mencionados del párrafo 55, apartado 2, núms. 5 y 6, de la versión anterior de la AufenthaltG.

57 El 23.9.2015, la República Federal de Alemania y la República de Albania concluyeron un convenio bilateral de seguridad social, que todavía no ha entrado en vigor (a fecha de 1.1.2016), cfr. *Bundesministerium für Arbeit und Soziales*, *Zweiseitige Sozialversicherungsabkommen (außerhalb der UE, EWR, und der Schweiz)*, 1.01.2016, URL: http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/zweiseitige-abkommen.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (última entrada: 27.12.2016).

58 Conclusión XX-2 (2013) sobre el art. 12, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XX-2/def/DEU/12/4/EN> (última entrada: 13.12.2016).

Con ello, por falta de acuerdos interestatales con los Estados miembros mencionados, se incumple el artículo 12, apartado 4, letra b), de la CSE, respecto del mantenimiento de los derechos de seguridad social⁵⁹.

Objeto de análisis del Comité Europeo de Derechos Sociales, en el marco del artículo 12, apartado 4, de la CSE, fue también el subsidio de hijos otorgado por la República Federal de Alemania. Éste sólo se otorga en Alemania, en virtud del párrafo 63, apartado 1, inciso 6, de la EstG o, en su caso, al protegido por el párrafo 2, apartado 5, de la BKGG, cuando el hijo con derecho al subsidio reside en Alemania o en un Estado miembro de la UE o del EEE. En principio, es ciertamente compatible con el artículo 12, apartado 4, de la CSE que el pago de prestaciones familiares se vincule a la residencia del hijo en el Estado pagador, aunque no todos los Estados miembros establezcan dicho requisito. Y de ahí que todos los Estados miembros con dicho requisito se obliguen a celebrar acuerdos con aquellos Estados miembros que no prevén la exigencia. Dicho acuerdo no existe con Albania, Armenia, Georgia y la Federación Rusa⁶⁰.

Considerando las discusiones políticas actuales, el subsidio de hijos podría volver a ser objeto de análisis por el Comité Europeo de Derechos Sociales: el Presidente del SPD y Ministro de Economía de la República Federal de Alemania, Sigmar Gabriel, ha efectuado en diciembre de 2016 la propuesta de que hay que indexar y actualizar, según el coste de la vida en sus países, el subsidio de hijos para los ciudadanos de la UE, cuyos hijos vivan en sus países respectivos⁶¹. Dicha indexación, sin embargo, conduciría de nuevo a un trato desigual de los alemanes y de los ciudadanos de otros Estados miembros de la CSE. En todo caso, resultaría concebible que dicha modificación también se aplicase a los ciudadanos alemanes, esto es, para que también cobrasen el subsidio de hijos sólo en la cuantía actualizada al nivel del Estado de residencia de sus hijos. También para éstos permanecería existente una desigualdad de trato indirecta, dado que la probabilidad de empeoramiento para los ciudadanos no alemanes sería justamente más alta.

59 Conclusión XX-2 (2013) sobre el art. 12, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XX-2/def/DEU/12/4/EN> (última entrada: 13.12.2016).

60 Conclusión XX-2 (2013) sobre el art. 12, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XX-2/def/DEU/12/4/EN> (última entrada: 13.12.2016).

61 *Hamburger Abendblatt*, 17.12.2016, Gabriel: Kindergeld für EU-Ausländer kürzen, <http://www.abendblatt.de/politik/deutschland/article209012689/Gabriel-Kindergeld-fuer-EU-Auslaender-kuerzen.html>; *Zeit Online*, 19.12.2016, Gabriel fordert von Schäuble Vorstoß zur Kindergeld-Kürzung [Video], <http://www.zeit.de/video/2016-12/5253735631001/eu-auslaender-gabriel-fordert-von-schaeuble-vorstoss-zur-kindergeld-kuerzung>; *Bundesregierung*, Conferencia de prensa del Gobierno de 19 diciembre, <https://www.bundesregierung.de/Content/DE/Mitschrift/Pressekonferenzen/2016/12/2016-12-19-regpk.html> (última entrada en caso: 21.12.2016).

V. EL SALARIO

El artículo 4, apartado 1, de la CSE reconoce el derecho a un salario justo. En los años 2007, 2010 y 2014, el Comité Europeo de Derechos Sociales declaró el incumplimiento por Alemania de sus deberes relacionados con esto, en vista de sus extendidos salarios bajos⁶². En estos casos, el Comité se refiere al período de tiempo comprendido entre 2001 y 2012. El 1.1.2015 introdujo, sin embargo, la Ley del Salario Mínimo (MiLog)⁶³ un salario mínimo interprofesional; éste asciende, en virtud del párrafo 1, apartado 2, de la MiLoG, a 8,50 euros. El 1.1.2017 el salario mínimo se elevó a 8,84 euros brutos por hora⁶⁴. Ante este contexto, se plantea la cuestión de si la situación de Alemania está en conformidad ahora con el artículo 4, apartado 1, de la CSE.

En el año 2015, el salario neto promediado de los trabajadores importaba 16,54 euros por hora⁶⁵. Según interpretación del Comité de Derechos Sociales, en todo caso, los salarios deben estar sobre el umbral de pobreza del Estado afectado. El salario neto de menos del 60% del salario promediado se considera, como regla, injusto y, por ello, incompatible con el artículo 4, apartado 1, de la CSE. Pero un salario neto que caiga por debajo del límite del 60%, no se considera automáticamente como injusto a los efectos de la Carta. Cuando el salario está entre el 50% y el 60%, puede requerirse al Estado que manifieste que es, sin embargo, suficiente para posibilitar a los trabajadores un nivel de vida adecuado, por ejemplo, a través de información detallada sobre los costes del nivel de vida. Sin embargo, siempre se considera el salario neto de menos de la mitad del salario neto promedio como injusto y, en consecuencia, incompatible con el artículo 4, apartado 1⁶⁶. Ante este contexto, la situación general económica de las personas en Alemania debe ser muy buena, en comparación con la de otros países, y de ahí que se recurra a la mitad del salario neto mensual como magnitud de referencia.

62 Conclusión XVIII-2 (2006) sobre el art. 4, apartado 1, de la CSE,

<http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XVIII-2/def/DEU/4/1/EN>; Conclusión XIX-3 (2010) sobre el art. 4, apartado 1, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XIX-3/def/DEU/4/1/EN>; Conclusión XX-3 (2014) sobre el art. 4, apartado 1, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XX-3/def/DEU/4/1/EN> (última entrada en caso caso: 7.1.2017).

63 Ley de reforzamiento de la autonomía convencional de 11.8.2014, Boletín Oficial Federal I 1348.

64 Reglamento de adaptación del salario mínimo de 15.11.2016, Boletín Oficial Federal I 2530.

65 *Statistisches Bundesamt*, Volkswirtschaftliche Gesamtrechnungen 2015, Fachserie 18 Reihe 1.4, https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/VolkswirtschaftlicheGesamtrechnungen/Inlandsprodukt/InlandsproduktsberechnungEndgueltigPDF_2180140.pdf?__blob=publicationFile (última entrada: 7.1.2016), noviembre 2016, pág. 53.

66 *Council of Europe*, Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights, 1 septiembre 2008, <http://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168049159f> (última entrada: 7.1.2017), pág. 43.

En consecuencia, los trabajadores deberían percibir al menos un salario neto de 8,27 euros. En el caso de un salario mínimo de 8,50 euros, que se aplicaba en el año 2015, quedaba el trabajador a tiempo completo soltero sin hijos, tras el descuento de 0,49 euros de impuestos y de 1,74 euros de cotizaciones sociales, con solamente 6,26 euros de salario neto⁶⁷. Para lograr un salario neto de 8,27 euros, el salario bruto debería alcanzar, sin embargo, los 12,34 euros⁶⁸. En consecuencia, hay que sostener, también tras la introducción del salario mínimo legal, que Alemania queda claramente por debajo de sus obligaciones derivadas del artículo 4, apartado 1, de la CSE.

Respecto de ello, al igual que antes, resulta problemática la cuestión de la igualdad salarial. Según el artículo 4, apartado 3, de la CSE, los Estados miembros se obligan a reconocer el derecho de los trabajadores hombres y mujeres a un salario igual por un trabajo de valor igual. En el año 2015, sin embargo, las mujeres ganaban en Alemania un salario bruto horario promediado de 16,20 euros, claramente menor que el de los hombres de 20,59 euros. La llamada brecha salarial no resuelta —en la que repercuten factores como sectores y profesiones diferentes, en los que las mujeres y hombres están ocupados, así como el reparto desigual de las exigencias del puesto de trabajo respecto de la dirección y la cualificación, o la baja antigüedad o, en su caso, la empleabilidad más restringida en el caso de las mujeres— existía, consiguientemente, en un 21%. Esto supone una disminución del 1% en comparación con el año anterior, lo cual podría deberse a la introducción del salario mínimo. Si se descuentan los factores mencionados ligados a la diferencia biográfica típica de las mujeres, siempre permanece una brecha salarial de aproximadamente el 7%⁶⁹.

En vista de estos números, no es sorprendente que el Comité Europeo de Derechos Sociales ya tempranamente tratase de forma crítica la situación en Alemania⁷⁰. Desde 2004, establece regularmente el Comité que la limitación de la cuantía de las indemnizaciones en caso de despidos, que representan una reacción a la rea-

67 En caso de 38,5 horas por semana, corresponden 167 horas por mes, en el Estado federado de Berlín, año de nacimiento 1971. cifras según el calculador de ingresos y de salarios del Ministerio Federal de Finanzas, <https://www.bmf-steuerrechner.de/bl2015/> (última entrada: 7.1.2017).

68 Ingresos mensuales brutos de 2061,- €, con deducción de 169,- € del seguro de enfermedad, 29,37 € del seguro de dependencia, 192,70 € del seguro de pensiones, 30,92 € del seguro de desempleo, 225,91 € del impuesto sobre el salario, 12,42 € de la tasa de solidaridad y 20,33 € del impuesto eclesiástico, de lo que se deriva un salario mensual neto de 1380,35 €; cifras según el calculador de ingresos y de salarios del Ministerio Federal de Finanzas, <https://www.bmf-steuerrechner.de/bl2015/> (última entrada: 7.1.2017).

69 *Statistisches Bundesamt*, Comunicado de prensa 097/16 de 16 marzo 2016, https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2016/03/PD16_097_621.html (última entrada: 7.1.2017). Críticamente, sobre los aclarados *vactos salariales Klenner/Schulz/Lillemeier*, Gender Pay Gap – die geschlechtsspezifische Lohnlücke und ihre Ursachen, Policy Brief WSI 07/2016, http://www.boeckler.de/pdf/p_wsi_pb_7_2016.pdf.

70 Conclusión I (1969) sobre el art. 4, apartado 3, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=I/def/DEU/4/3/EN>; Conclusión II (1971) sobre el art. 4, apartado 3, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=II/def/DEU/4/3/EN> (última entrada en cada caso: 7.1.2017).

lización del salario igual por un trabajo de valor igual, está en contradicción con el artículo 4, apartado 3, de la CSE⁷¹. Esta crítica yerra fácticamente. Es cierto, según el párrafo 9, apartado 1, de la Ley de Protección Contra el Despido (KSchG), que el Tribunal disuelve la relación laboral a petición del trabajador a cambio del pago de una indemnización, cuando no cabe exigirle la continuación de la relación laboral; a petición del empresario, esto es igualmente posible, cuando existen motivos que no permitan esperar la ulterior cooperación útil entre empresario y trabajador para los objetivos empresariales. El párrafo 10, apartado 2, de la KSchG establece, al respecto, 18 meses de salario como límite absoluto infranqueable. Pero esta regulación representa un caso excepcional, que en la praxis judicial no juega ningún papel. El caso normal es, más bien, que las partes acuerden en conciliación judicial una indemnización (de cuantía no limitada), o —más raramente— en caso de decisión controvertida, que se declare el restablecimiento o, en su caso, la finalización de la relación laboral⁷². El problema real del pago desigual de hombres y mujeres, al poner el foco en oponerse a esta práctica, se sugiere a simple vista.

Para encarar la brecha salarial, el Partido Socialdemócrata de Alemania se esfuerza desde hace tiempo en una Ley de igualdad salarial⁷³, y pudo establecerse en noviembre de 2013 la correspondiente obligación en el contrato de coalición⁷⁴. Un proyecto sobre el tema del Ministerio federal de familia permaneció, sin embargo, diez meses en la Oficina de la Cancillería, hasta que los partidos de la coalición acordaron los puntos clave en octubre de 2016⁷⁵. El proyecto de ley de transparencia salarial prevé, entre otras cosas, derechos de información individual para los trabajadores, un procedimiento empresarial para la revisión y elaboración de la igualdad salarial, así como deberes de informar para el empresario⁷⁶. En vista de su desarrollo posterior, sin embargo, para altamente probable que el proyecto de ley ya no se tramite en el período legislativo en curso. Y de ahí que el tema de la igualdad salarial

71 Conclusión XVI-2 (2004) sobre el art. 4, apartado 3, de la CSE,

<http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XVI-2/def/DEU/4/3/EN>; Conclusión XVIII-2 (2006) sobre el art. 4, apartado 3, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XVIII-2/def/DEU/4/3/EN>; Conclusión XIX-3 (2010) sobre el art. 4, apartado 3, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XIX-3/def/DEU/4/3/EN>; Conclusión XX-3 (2014) sobre el art. 4, apartado 3, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XX-3/def/DEU/4/3/EN> (última entrada en cada caso: 7.1.12017).

72 Al respecto, cfr. *Biebl*, en: *Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht*, 5ª ed. 2017, § KSchG marg. 1 y ss.; *Klauges, ArbRAktuell* 2014, 542.

73 Cfr. el proyecto de ley para la ejecución del mandato de igualdad salarial de mujeres y hombres de 23.5.2012, BT-Drs. 17/9781.

74 Contrato de coalición entre CDU, CSU y SPD – 18ª Legislatura,

<https://www.cdu.de/sites/default/files/media/dokumente/koalitionsvertrag.pdf> (última entrada: 7.1.2017), pág. 103.

75 *Spiegel online*, Koalition einigt sich auf Gesetz zur Lohngerechtigkeit zwischen Mann und Frau, 6.10.2016, <http://www.spiegel.de/karriere/bundesregierung-einigt-sich-auf-gesetz-zu-lohngleichheit-a-1115430.html> (última entrada: 7.1.2017).

76 Art. 1 del proyecto de ley para mayor justicia salarial entre mujeres y hombres, versión de 27.10.2016, https://www.bvdm-online.de/fileadmin/user_upload/2016-11-01_Nr_RS_SP_43_Entgelttransparenzgesetz_-_UEbearbeiter_Referentenentwurf_Anlage_Referentenentwurf.pdf (última entrada: 7.1.2017).

podría quedar pendiente en el orden del día en Alemania todavía durante mucho tiempo.

VI. OTROS DERECHOS

Según el art. 1, apartado 2, de la CSE, los Estados miembros se obligan a proteger eficazmente el derecho de los trabajadores a ganar su sustento por medio de una actividad libremente ejercida. También se comprende en él la prohibición del trabajo forzoso⁷⁷. Según opinión del Comité Europeo de Derechos Sociales, en Alemania se pasa por alto esta prohibición, por causa de que los reclusos pueden ser obligados a trabajar para empresas privadas dentro de los centros penitenciarios, sin que sea necesario su consentimiento al respecto⁷⁸. El párrafo 41, apartado 3, de la Ley de ejecución de penas (StrafvollzugsG), que exige la necesidad de dicho consentimiento, no ha entrado todavía en vigor⁷⁹. Al respecto, no se corresponden las condiciones de trabajo de los internos con las de las relaciones laborales privadas tradicionales⁸⁰.

Finalmente, el Comité ha declarado el incumplimiento del art. 3, apartado 1, de la CSE, en la medida en que grupos determinados de autónomos no están comprendidos suficientemente en las regulaciones de seguridad y de salud en el lugar de trabajo, aunque están sometidos a los mismos riesgos que los trabajadores⁸¹. Según sus propios datos, el Gobierno alemán tampoco tiene la intención de promulgar regulaciones o reformas a favor de la seguridad y de la salud de los trabajadores autónomos en un futuro próximo, dado que no ha habido ningún incremento de accidentes de trabajo en estos grupos⁸².

77 Digest (2008), pág. 20; Conclusión XVI-1 (2003) sobre el art. 1, apartado 2, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XVI-1/def/DEU/1/2/EN>.

78 Fue declarado conforme a la Constitución por el Tribunal Constitucional Federal, cfr. *BVerfG* 1.7.1998, 2 BvR 441/90, marg. 166; Conclusión XX-1 (2012) sobre el art. 1, apartado 2, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XX-1/def/DEU/1/2/EN>; Conclusión XVII-1 (2005) sobre el art. 1, apartado 2, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XVII-1/def/DEU/1/2/EN> (última entrada en cada caso: 7.1.2017).

79 *Däubler/Galli*, en: *Feest/Lesting*, *Strafvollzugsgesetz Kommentar*, 6ª ed. 2012, § 41 marg. 13; *Feest/Köhne*, en: *Feest/Lesting*, *Strafvollzugsgesetz Kommentar*, 6ª ed. 2012, § 198 marg. 6; trasfondo del previsto párrafo 41, apartado 3, de la *StrafvollzugsG* fue el art. 2, núm. 2, letra c), del Convenio núm. 29 de la OIT.

80 Conclusión XX-1 (2012) sobre el art. 1, apartado 2, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XX-1/def/DEU/1/2/EN>; Conclusión XIX-1 (2008) sobre el art. 1, apartado 2, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XIX-1/def/DEU/1/2/EN> (última entrada en cada caso: 12.12.2016).

81 Conclusión XX-2 (2013) sobre el art. 3, apartado 1, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XX-2/def/DEU/3/1/EN> (última entrada: 12.12.2016).

82 Conclusión XX-2 (2013) sobre el art. 3, apartado 1, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XX-2/def/DEU/3/1/EN> (última entrada: 12.12.2016).

VII. CONCLUSIÓN

La Carta Social Europea es Derecho vigente en Alemania. En qué medida preceptos concretos se aplican directamente, es algo discutido. Pero según el principio de la interpretación favorable al Derecho internacional, el Derecho nacional debe ser interpretado según conforme a la posibilidad de que establezca obligaciones de Derecho internacional en el tratado. Como se mostró, la República Federal de Alemania incumple normas de la CSE en una serie. Los tribunales alemanes son favorables aquí, a través de una interpretación del Derecho nacional favorable al Derecho internacional, a provocar la conformidad con la CSE. Especialmente en el ámbito del Derecho de huelga, que representa prácticamente Derecho judicial en exclusiva, esto sería posible sin la correspondiente intervención del legislador. Sin embargo, la jurisprudencia también debería desprenderse de parte de algunos dogmas tradicionales y reiterados, como la prohibición de la huelga a los funcionarios.