



NIPO: 790-11-062-0

# *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*

**Derecho social  
Internacional y Comunitario**



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

MINISTERIO  
DE TRABAJO  
E INMIGRACIÓN

# 92

2011

# *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*

Derecho social Internacional y Comunitario

---

## **DIRECTOR**

José Antonio Panizo Robles

## **SUBDIRECTOR**

Francisco Javier Andrés González

## **COORDINADORES DE LA SERIE**

Luis Enrique de la Villa Gil  
Miguel Colina Robledo

## **SECRETARÍA**

Subdirección General de Información  
Administrativa y Publicaciones  
del Ministerio de Trabajo e Inmigración  
Agustín de Bethencourt, 11  
28003 Madrid  
Telf.: 91 363 23 45  
Fax: 91 363 23 49  
Correo electrónico: [proproeditorial@mtin.es](mailto:proproeditorial@mtin.es)  
Internet: <http://www.mtin.es>

La Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración no se responsabiliza de las opiniones expresadas por los autores en la redacción de sus artículos.

Se permite la reproducción de los textos siempre que se cite su procedencia.

**RET:** 11-2.296

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado  
<http://www.publicacionesoficiales.boe.es/>



**Edita y distribuye:**  
**Ministerio de Trabajo e Inmigración**  
**Subdirección General de Información**  
**Administrativa y Publicaciones**  
Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

**NIPO:** 790-11-063-6

**ISSN:** 1137-5868

**Depósito legal:** M-12.168-1998

**Diseño cubierta:** CSP

**Diseño interior:** C & G

**Imprime:** Solana e Hijos, A.G., S.A. Telf. 91 610 90 06

# Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración

Derecho social Internacional y Comunitario

---

## SUMARIO

**EDITORIAL**, *Luis Enrique de la Villa Gil*, 7

### I. ESTUDIOS

Fatigosa irrupción de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores en el espacio de la Unión Europea. *Manuel M<sup>a</sup> Zorrilla Ruiz*, 15

Los derechos fundamentales en la Unión Europea renovada. *Carlos Ruiz Miguel*, 33

Los derechos fundamentales sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *Edurne Terradillos Ormaetxea*, 53

Las competencias de la Unión Europea en materia social: panorama y perspectivas de futuro. *José María Miranda Boto*, 75

El diálogo social, ¿una herramienta para el futuro?. *M<sup>a</sup> Cristina Aguilar González*, 107

Negociación colectiva, Derecho de la competencia y libertades de circulación en la Unión Europea. *Adoración Guamán Hernández*, 143

La igualdad entre mujeres y hombres tras el Tratado de Lisboa. *M<sup>a</sup> Teresa Velasco Portero*, 191

La lucha contra la discriminación en la Unión Europea. *María Amparo Ballester Pastor*, 207

La libre circulación de personas tras el Tratado de Lisboa. *Lucía Dans Álvarez de Sotomayor*, 257

El método abierto de coordinación tras el Tratado de Lisboa. *Margarita Robles Carrillo*, 283

La coordinación de las políticas de empleo a la luz del Tratado de Lisboa. *Nora María Martínez Yañez*, 327

La protección social en la Unión Europea: de la Constitución Europea al Tratado de Lisboa. *Guillermo L. Barrios Baudor y Lourdes Meléndez Morillo-Velarde*, 355

## II. LEGISLACIÓN

Crónica legislativa: la materia social en los Tratados constitutivos. *Yolanda Maneiro Vázquez*, 379

## III. JURISPRUDENCIA

Crónica jurisprudencial: la posición de los tratados constitutivos en la jurisprudencia social del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Miguel Arenas Meza y Carlos Teijo García*, 397

## IV. DOCUMENTACIÓN E INFORMES

La reforma de Europa para el siglo XXI: el proceso de adopción del Tratado de Lisboa. *Miguel Colina Robledo*, 409

Conclusiones del Consejo sobre la gobernanza de la Estrategia Europea de Empleo en el contexto de Europa 2020 y el semestre europeo. *Paula de la Villa de la Serna*, 427

## V. RECENSIONES Y BIBLIOGRAFÍA

### RECENSIONES

El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional. *José Martín y Pérez de Nanclares (Coord.)*, 435

Transformaciones en las normas sociales de la Unión Europea. *Javier Gárate Castro*, 439

### BIBLIOGRAFÍA

Índice de revistas aparecidas entre 2008 y 2010 sobre el Tratado de Lisboa. *Luis Gordo González*, 445

Editorial



# Editorial

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL\*

... la vieja Europa, tiembla en sus cimientos,  
sólo por dos esquinas amparada ...

María Dolores Pérez Enciso (1908-1949), *De mar a mar*, 1946

... das Feuer in Brand stecken ...

Hans Peter Keller (1915-1988), *Spielregel*, 1962

**1** Cuando la crisis económica profunda y extensa, la inestabilidad política del Oriente y hasta las tragedias bíblicas han hecho temblar a la Unión Europea en sus cimientos ¡qué buena idea esa tan romántica de prenderle fuego al fuego! Las llamas consumieron primero, dejándolo en pavesas, el proyecto de Constitución Europea y ahora el Tratado de Lisboa ha empezado a arder en la hoguera alimentada por los acontecimientos externos que no pueden o no quieren apagar los dos poderes continentales ciertos, a los que hacen reverencias los aprendices de brujo incapaces de trepar por los tallos de la hierba. Pero el Tratado de Lisboa está ahí, como endeble pegamento de una Unión Europea tan alejada del ideal de un Estado de Estados europeo fuerte como los Estados Unidos de América, el único paradigma que el mundo conoce, inimitable a todas luces porque se construyó con pausa y con fuerza de abajo hacia arriba y no precipitada y argumentalmente de arriba hacia abajo, como se pretende construir inutilmente este modelo nuestro que, al mismo tiempo, nos ilusiona y nos desencanta.

La Europa que debía ser de todos los europeos, y de los que quisieran llegar a serlo, se está mostrando débil, vieja y egoísta, y sus instituciones y autoridades estrenadas, tras Lisboa y las costosas ratificaciones de lo allí acordado, se quedan sin respuesta en los momentos en los que resultaría exigible una lección de unidad económica solidaria hacia adentro y de firmeza hacia fuera en los valores y principios de la democracia occidental. En su lugar, participa penosamente en la danza goyesca de naves desarboladas que solo la utopía del bienestar social y de la paz entre los pueblos conseguiría enderezar.

2. Pero ese frustrante panorama no borra la necesidad de conocer los entresijos del Tratado de Lisboa, que es justamente lo que pretende —me parece que con éxito estimable— este número monográfico de la *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, en las puertas mismas de cumplir los cien números en el nuevo formato ensayado a partir de 1997, cuando se vencieron las dudas de dejar morir la emblemática *Revista de Trabajo* nacida poco tiempo después de que Eduardo Dato creara el Ministerio de Trabajo, en los convulsos años veinte. Se une así este es-

---

\* Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la UAM. Abogado, socio de Roca Junyent. Presidente Honorario de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.



tudio colectivo –cuyo mérito corresponde en su mayor parte al acierto programador de José María Miranda Boto, uno de los más destacados especialistas españoles en el estudio del derecho comunitario– a los anteriores esfuerzos individuales y de grupo para mejor conocer un Tratado que, si no sustitutivo del proyecto de Constitución Europea, ha procurado salvar los muebles de su estrepitoso fracaso. No es exagerado entender que este número 92 de la *Revista* enriquece una bibliografía ya muy consistente y de la que se da cuenta en sus páginas a través de la sección de lectura de revistas a cargo de Luis Gordo González y de las reseñas realizadas por Mónica Moya Grande y por Sonsoles de la Villa de la Serna. Da cuenta la primera de la primorosa monografía de Javier Gárate Castro, sobre la transformación de las normas sociales de la UE, y brinda la segunda un amplio esquema de la obra que es, sin duda, a la altura de 2011, la mejor guía disponible para el conocimiento de los aspectos generales del Tratado de Lisboa. Un extenso libro con treinta y ocho estudios firmados por profesores y catedráticos de diversas especialidades, particularmente de Derecho Internacional Público y Privado, pilotado con maestría por José Martín y Pérez de Nanclares.

3. El Tratado de Lisboa no es un texto autosuficiente sino un tablero de reformas de los precedentes Tratados y, como ellos, sin vestigio alguno de constitucionalidad, cuyo mérito principal no consiste en sustituir el Proyecto de Tratado de Constitución Europea –al que esta *Serie* dedicó, un extenso y monográfico número 57, en el año 2005–, sino en haber aliñado la desorientación producida por el decepcionante fracaso de aquel ilusionado Proyecto, convertido ya para siempre en un simple recuerdo histórico. El Tratado de Lisboa no es por tanto un texto normativo para leer sino para fragmentar, incorporando sus preceptos a los Tratados preexistentes para renovarlos, dando lugar así a un modificado *Tratado de la Unión Europea* (TUE) –que sigue denominándose de esta misma manera– en cuanto Tratado básico, y a un modificado *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (TFUE), o Tratado de desarrollo, nueva denominación del Tratado de la Comunidad Europea. Desde luego, por encima de esos calificativos descriptivos de Tratado básico y Tratado de desarrollo, respectivamente asignados al TUE y al TFUE, el valor jurídico de ambos es idéntico e incluso hay partes de sus contenidos que no responden a tal tipología, pues el TUE contiene algunas regulaciones que más son de desarrollo que básicas, en tanto que el TFUE contiene algunas regulaciones antes básicas que de desarrollo. Lo que se traduce en que la distribución de materias entre uno y otro Tratados acaba por ser, si no arbitraria, sí un punto caprichosa. Artificio que se acentúa más todavía al decidir que la regulación de los derechos fundamentales, pese a su rango de derecho originario de la UE, y fuerza vinculante, no forme parte del cuerpo normativo de ninguno de los dos Tratados, manteniéndose, como *Carta*, en texto separado y ajeno a ellos.

Si hubiera que destacar una sola, de entre todas las innovaciones introducidas por el Tratado de Lisboa en el derecho originario, no cabe duda que tal sería la que ha conferido a la UE personalidad jurídica, desbordando su significación pretérita de simple sujeto de derechos, lo que bien parece que debería favorecer su acción internacional y la consolidación de aquella, como concluye Miguel Colina Robledo al bucear en la etiología del Tratado de Lisboa, aprobado en esa ciudad, dentro de un informal Consejo Europeo, los días 18 y 19 de octubre de 2007, firmándose por los Jefes de Estado el 13 de diciembre siguiente, ratificándose luego por los Estados miembros en fechas diversas –comprendidas entre el 6 de febrero de 2008 y el 1 de diciembre de 2009– y entrando finalmente en vigor ese mismo día 1 de diciembre. Es, hasta ahora, el punto de llegada de la evolución que comenzó en los lejanos 50, cuando seis Estados europeos –Alemania, Bélgica, Francia, Holanda, Italia y Luxemburgo– firmaron en París el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (1951), al que siguieron sucesivamente los Tratados de la Comunidad Económica Europea (1957), de la Comunidad Europea de la Energía

Atómica (1957), el Acta Única Europea (1986), el de la Unión Europea o de Maastricht (1992), el de Ámsterdam (1997), el de Niza (2001) y el que contenía el Proyecto de Constitución Europea (2004), que es, se quiera o no, el antecedente lisiado, pero inspirador, del Tratado de Lisboa (2007). Una compleja evolución de sesenta años, sintéticamente recogida en estas páginas por Yolanda Maneiro Vázquez, rebuscando en ella la regulación relativa a las materias sociales.

4. Inevitablemente, el estudio de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDF) merece un lugar primario de atención en este número monográfico, dedicándole sus estudios Manuel M<sup>a</sup> Zorrilla Ruiz, Carlos Ruiz Miguel y Edurne Terradillos Ormaetxea, de los que puede obtenerse la conclusión principal de que se trata de un importante paso al frente, lastrado sin embargo por reservas que le restan trascendencia histórica y normativa. No ya solo por las que podríamos llamar «excepciones» británica, polaca y checa, sino también por la divisibilidad de la Carta en derechos de mayor o menor grado de protección, por la limitada aplicación de los derechos reconocidos, impuesta únicamente a los Estados miembros cuando apliquen el derecho comunitario –con la irresuelta duda de saber si el derecho comunitario comprende o no en su ámbito la normativa de transposición– y por las carencias visibles respecto de la política social, enunciándose como tales la falta de un espacio público europeo, la diversidad de estructuras sindicales, la inexistencia de partidos políticos transnacionales, la limitación impuesta al control del órgano ejecutivo por el órgano legislativo y la sustracción al Parlamento europeo de las que bien podrían entenderse como competencias naturales.

Con todo, suena a exageración la impactante frase de que «las campanas del debilitado Estado del bienestar tocan a muerto», pues, con la relatividad que se quiera, mucho mejor es una UE con CDF que sin ella, y a partir de ahora las grandes resoluciones comunitarias –en particular las sentencias del Tribunal de Justicia– contarán con una plataforma promocional propia junto a las tomadas en préstamo del Consejo de Europa o de los evanescentes principios y valores prendidos en el éter. El punto de equilibrio se encuentra en que, conforme al art. 6 TUE, la UE reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la CDF, en el bien entendido que las disposiciones de la CDF no amplían en modo alguno las competencias de la UE tal y como se definen en los Tratados. A lo que se añade el doble compromiso que la UE adquiere para adherirse al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y para aceptar que pasen a formar parte del derecho comunitario, a título de principios generales, aquellos derechos que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

5. No puede predecirse con la menor certeza el impulso que la CDF podrá dar a los derechos sociales en el ámbito de la UE –ni qué impulso complementario recibirán estos por vía del diálogo social, que M<sup>a</sup> Cristina Aguilar González sitúa en un espacio de deliberada «indefinición»–, pero sí se conoce sin atisbo de duda que el Tratado de Lisboa no ha incorporado cambios relevantes sobre tales derechos. Dicho lo cual no está de más recordar las grandes competencias de la UE en el área social, según la clasificación, en seis grupos, ofrecida aquí por José María Miranda Boto, relativa a 1º) la construcción de un mercado de empleo supranacional, a través principalmente de la libre circulación de los trabajadores; 2º) la armonización de las legislaciones nacionales mediante la elaboración de una política social común; 3º) la articulación o conexión de los ordenamientos nacionales en materia de protección social, especialmente en el campo de la seguridad social; 4º) el establecimiento de las bases de un sistema europeo de relaciones laborales; 5º) la coordinación de la política de empleo de los Estados a través del método abierto de coordinación; y 6º) la creación de una ciudadanía de la UE mediante el reconocimiento de los derechos fundamentales y de los derechos cívicos.

Estas catalogaciones tienen el paradójico efecto de producir al mismo tiempo optimismo y pesimismo, puestas las miras en el éxito de lo que la UE puede llegar a ser o en el fracaso de lo que no ha conseguido ser todavía. En todo caso, son compatibles ambas percepciones con la comprobación de que el significado de los Tratados originarios en cuanto fuente directa de derechos y obligaciones sociales es muy limitado, casi reducido a los derechos de libre circulación y de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad y de sexo, tal y como ha quedado siempre explicitado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, proponiendo Miguel Arenas Meza y Carlos Teijo García, como buen ejemplo de ello, la añeja sentencia de 29 de septiembre de 1987 (caso 126/86, Giménez Zaera).

Los grandes y más activos contenidos de los derechos sociales, arraigados en los Tratados originarios de la UE, están lógicamente muy presentes en este número monográfico, empezando por la libre circulación. Este derecho, más económico que social todavía, como explica Lucía Dans Álvarez de Sotomayor, conoce la novedad de encomendar al Consejo, por vez primera, la capacidad para adoptar medidas sobre protección social en el ámbito de los derechos de libre circulación y residencia que se reconoce a los ciudadanos europeos, lo que tiene el contrapeso de atribuir a los Estados miembros la posibilidad de impedir la adopción de medidas que perjudiquen el equilibrio financiero en sus respectivos sistemas de protección social y de seguridad social en particular. De otro lado, y también por vez primera, se hace ahora mención a los trabajadores migrantes por cuenta ajena y por cuenta propia, evidenciándose así la yuxtaposición entre quienes se desplazan por la UE por motivos de trabajo y quienes lo hacen por razones de otra índole. La pugna entre los derechos sociales y económicos no podrá superarse quizá nunca y se manifiesta aquí en las tensiones entre el derecho de libre circulación económica y la regulación estatal sobre la negociación colectiva de las condiciones de trabajo. En muy buena dosis estos convenios colectivos son, como relata Adoración Guamán Hernández, un obstáculo para el funcionamiento del mercado interior y en particular para la libre competencia, la libertad de establecimiento y la libertad de prestación de servicios, lo que ha tenido el resultado de una jurisprudencia muy estricta –bien aprovechada por los empresarios– del Tribunal de Justicia comunitario, un resultado que no se sabe en qué medida podrá alterarse como consecuencia de las reformas del TFUE y de la vigencia vinculante de la CDF.

El derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación ha reforzado su entidad con el Tratado de Lisboa, no sólo a través de la CDF sino por medio del art. 3.3 TUE, reconociendo expresamente que la UE «combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño», fórmula que se completa con el art. 21 del mismo Tratado al proyectar el principio de igualdad a la acción exterior de la UE y a los intereses europeos en las relaciones internacionales, propiciadoras del reforzamiento bienvenido de la transversalidad de las políticas de género, o *mainstreaming*. Pero que, en opinión de M<sup>a</sup> Teresa Velasco Portero, requiere aún un más detenido desarrollo fuera del derecho originario, que intensifique y diversifique las medidas adoptadas hasta ahora por el derecho derivado, todavía con las fisuras que enuncia críticamente María Amparo Ballester Pastor en su estudio de manifestaciones normativas recientes, tal como la Directiva 2010/18 sobre permisos parentales.

6. Para países como el nuestro, con la mayor tasa de desempleo de la UE, pasa a ser dogmática la afirmación de que la lucha contra esa lacra social no es cuestión estricta de política interna sino una cuestión de «interés común» en la determinación normativa del art. 146.2 TFUE y reconocida como tal en las conclusiones del Consejo sobre la Gobernanza de la Estrategia Europea de Empleo, en el contexto de la Europa 2020, documento que ha resumido aquí

Paula de la Villa de la Serna. Los esfuerzos de coordinación son, empero, poco significativos en la UE incluso tras el Tratado de Lisboa, tanto en políticas de empleo cuanto en materia de protección social, a caballo de las cuales se sitúa la protección contra el desempleo en sus dos dimensiones, la de reducirlo a cifras soportables y la de sustituir por prestaciones o ayudas la pérdida de las rentas de trabajo de quienes han caído en ese pozo sin fondo que es la inactividad forzosa. Para Guillermo L. Barrios Baudor y Lourdes Meléndez Morillo-Velarde, lejos de producirse avances en el mayor protagonismo de la UE, la atribución del derecho de veto a los Estados miembros evidencia un retroceso en la armonización de las fuertes diferencias entre los sistemas nacionales de protección y de seguridad social, profundizadas hasta extremos límite a medida que la UE abre sus puertas a países en los que esos dispositivos de cobertura de las necesidades sociales se encuentran en los primeros estadios de la costosa evolución habida en los países económicamente más fuertes y desarrollados.

Respecto del campo de las políticas de empleo no le pasa inadvertida a Nora María Martínez Yáñez la posibilidad de una mejor coordinación de las acciones emprendidas por los Estados miembros, aunque no tanto de la mano de las reformas introducidas en el derecho originario por el Tratado de Lisboa, sino por mérito de la dinámica generada en el hacer de cada día, va ya para una década, asumiendo la UE la competencia de coordinar las políticas nacionales de empleo, haciendo rodar un nuevo estilo –plasmado de momento en la Estrategia de Europa 2020– que, por su propio impulso, está llamado a conseguir beneficios coordinadores paulatinamente más visibles, aunque no vinculados con el Tratado de Lisboa, responsable incluso de una cierta disociación entre los planos político y jurídico. Todo lo cual hace volver la vista hacia esa innovación introducida por el Tratado de Ámsterdam, que hizo fortuna con la etiqueta de MAC, o Método Abierto de Coordinación, en verdad polimorfo y polícromo, como es lícito deducir del detalle de la trayectoria de su práctica ofrecido en este número por Margarita Robles Carrillo. El posicionamiento del MAC entre el derecho originario y el derecho derivado de la UE le confiere una gran versatilidad teórica y la facilidad de adaptarse no solo a las políticas de empleo, sino a todas las políticas sociales, salud pública, educación, formación profesional, deporte, juventud, industria, investigación y desarrollo tecnológico ¡Un verdadero bálsamo de Fierabrás! que se magnifica e inspira efectos maravillosos, como en su día activaron la pluma de Cervantes y el piano de Franz Schubert, descorazonadores empero en su corporeidad, a lo mejor porque faltan los ochenta padrenuestros, las ochenta avemarías, las ochenta salves y los ochenta credos que el caballero Quijote rezó para adobar la pócima de aceite, vino, sal y romero preparada por el escéptico Sancho...



# I. Estudios



# Fatigosa irrupción de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores en el espacio de la Unión Europea

MANUEL M<sup>a</sup> ZORRILLA RUIZ\*

---

## GENERACIÓN E INSPIRACIÓN DEL DERECHO SOCIAL EUROPEO

El *Derecho Social europeo* regula las relaciones individuales y colectivas de trabajo, y la acción protectora de los regímenes públicos de Seguridad Social que comparten los respectivos sectores del ordenamiento jurídico comunitario. Este conjunto emana de una *Política Social* cuyas aspiraciones –de tradición cristiana y secular– se acentuaron a causa de las necesidades creadas por las circunstancias económicas y el estado de cosas subsiguiente a la 2<sup>a</sup> Guerra Mundial. Aunque el ámbito actual del *Derecho Social europeo* es el propio de la UE (Unión Europea), las mudanzas y la *velocidad de crucero* de su proceso evolutivo se han señalado por el enfrentamiento –álgido y velado– de los intereses económicos y las

crecientes reivindicaciones del sindicalismo occidental. Sustituyendo sus proyectos revolucionarios por las opciones de concertación y de diálogo, los sindicatos desecharon la utopía de derrocar el modelo del Estado de las libertades y escenificar el *fin de la Historia* consiguiente a la *dictadura del proletariado*.

Las fricciones entre lo inexorable de las voluntades políticas y el intelectualismo de la naturaleza de las cosas, han impreso carácter a los *momentos notables del Derecho Social europeo* y explicado lo irreductible de las contradicciones que el manejo esmerado de la técnica jurídica no ha conseguido eliminar.

La traslación de las adquisiciones de la extinta *Economía de la Guerra* a los dominios de la prometedora *Economía de la Paz* añadieron a los problemas de la competencia industrial y mercantil otras cuestiones requeridas de respuestas urgentes. Los *amagos de la crisis* –que hacía, en Europa, sus primeras armas– lo demostraban y exigían. Las *reconversiones industriales* –sobre todo,

---

\* Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Deusto. Ex-Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Presidente de la Asociación de Jueces y Magistrados Jubilados de España.



las de orden tecnológico— pusieron en boga ingeniosos ciclos productivos que, para mitigar la destrucción del empleo, marginaban las ofertas obsoletas e incentivaban las demandas de los nuevos bienes y servicios en los mercados de libre competencia. Las *readaptaciones profesionales* acomodaron a esas novedades el concurso de la fuerza de trabajo y restauraron el equilibrio roto en una economía general que ansiaba *ir en busca del norte perdido*.

El *principio de estabilidad en el empleo*—peculiar de las etapas de bonanza económica castigadas por la inminencia de las crisis que se avecinaban— garantizaba la conservación de las categorías profesionales de cada rama o sector de la producción, la promoción de los trabajadores mientras subsistiesen sus relaciones contractuales, la identidad de las prestaciones constitutivas de la fuerza de trabajo y la configuración del derecho al trabajo como un *derecho absoluto* del que se era titular por tiempo indefinido. El *principio de continuidad en el empleo* se convirtió en una servidumbre inseparable de la fisonomía económica de la Europa posbélica. Innovaba, ante las intuiciones de la crisis, la figura del *puesto de trabajo*—sujeto a la variación de sus contenidos esenciales por imperio de la organización productiva que se reforzaba— y concebía el derecho subjetivo al trabajo como un *derecho relativo de obligación* que podía extinguirse sin perjuicio del resarcimiento de los daños causados a su titular.

La *población activa*—favorecida por el juego del principio de estabilidad en el empleo—constaba de una mayoría de trabajadores ocupados y una minoría residual de trabajadores disponibles. Conforme al canon de continuidad en el empleo, dicha población incluía, de una parte, a los trabajadores adscritos a los procesos productivos regularizados y, de otra, a los desempleados que percibían prestaciones públicas o cuyas tareas de perfeccionamiento y/o formación les permitían incorporarse a las actividades transformadas por las reconversiones industriales.

## CARÁCTER Y VARIEDAD SIGNIFICATIVA DE LA POLÍTICA SOCIAL EUROPEA

La *crudeza de la identidad capitalista* del modelo europeo que se prefería, supeditaba los esbozos de la incipiente Política Social a los dictados de una Política Económica dispuesta a edificar un *único mercado interior*. Esta Política Económica tenía que admitir, no obstante, que la Política Social constituía un *instrumento indispensable de la libre circulación de los trabajadores* en la esfera de las Comunidades que inicialmente fueron la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de Energía Atómica (CEEA). El Tratado de París de 18 de octubre de 1951 (TP) y los Tratados de Roma de 25 de marzo de 1957 (TTR) dispersaron los gérmenes del Derecho Fundamental y los elementos primarios de una supuesta *Constitución abierta* que, aun hoy en día, no merece esa rotulación. A medida que aparecían los sucesivos textos comunitarios, nadie echaba de menos lo indispensable de una *parte dogmática* o enunciado de derechos innatos que acogiese inclusive los de corte social. Los desarrollos iniciales del derecho derivado se señalaron por la vulgaridad de las materias abordadas, la ausencia de connotaciones filosóficas y la parquedad de sus designios, allí donde las categorías capitales de la técnica jurídica reclamaban el *espacio habitable y creativo* que se les rehusaba. Comenzaba entonces la tarea de la *construcción funcionalista* o por agregación de la Europa que se pretendía levantar.

Así las cosas, la CECA se propuso mejorar el empleo y elevar el nivel de vida de los trabajadores en los Estados miembros, fomentar las reconversiones industriales, propiciar unos salarios justos y asegurar la libre circulación de mano de obra en los sectores del carbón y del acero. La CEE prometió ampliar las actividades económicas y mejorar el nivel de vida en la medida conducente a que, *de modo*

*automático, se alcanzase un progreso social fundado en el establecimiento de un mercado común y en la armonización progresiva de las legislaciones nacionales.* Su texto acopiaba un conglomerado de normas sociales relativas al tránsito libre de trabajadores, la aproximación de las legislaciones nacionales, las disposiciones sociales, el Fondo Social Europeo (FSE) y el Comité Económico y Social (CES). La CEEA reconoció los derechos a la libre circulación y a la protección sanitaria de los trabajadores especializados.

Es del momento examinar la suerte que los *derechos sociales fundamentales de los trabajadores* —objeto de una consideración secundaria— han corrido con vistas a su implantación cuasiconstitucional, después de soportar las parcas atenciones de una Política Social europea que debió hacer honor a su dignidad axiológica y despejar las animosidades que le han salido al paso.

La Política Social europea —relegada al papel de *subproducto comunitario*— difería de las Políticas Comunitarias vertebrales. Renunciando a uniformar las normas nacionales de Derecho Social, marcaba los criterios de coordinación que, al menguar las distancias entre las dosis de protección de cada Estado miembro, acercasen a la más generosa de las mismas. Gracias al *dogma de irrevocabilidad* o interdicción de revocar las mejoras sociales conquistadas por los trabajadores, esos Estados se obligaban a no disminuir, cuando menos, y/o aumentar —mediante las acciones esperadas y exigidas— las variantes de tutela social confirmadas como derechos adquiridos. La noción de *desarrollo sostenible* arranca de esta idea, hoy vapuleada por los especialistas de la *ceremonia de la confusión y el embuste* que antaño alardearon de haberle atribuido un valor universal e incommovible. Una ventaja que, mereciendo el asentimiento general, se ve asediada por la apetencia de los beneficios materiales o por las fuerzas —no tan mayores— que desatan las crisis económicas. Fruto también de la avidez irrefrenable con que, para desventura de buena

parte de la humanidad, se comportan los incondicionales del neoliberalismo y los fanáticos del *fenómeno globalizador*.

La *equiparación en el progreso* —lema aparentemente audaz de la Política Social europea en el TCEE— no fue sincera por completo y, pese a lo cautivador de su enunciado, ha dependido siempre del *economicismo sustancial* de los proyectos emprendidos. La impropriamente llamada *Política Social europea* —acervo de las Políticas Sociales nacionales resueltas a elevar sus niveles de tutela— ha devenido el *pariente pobre* de las instituciones comunitarias. La *obsesión economicista* —que presupone la unificación monetaria anterior a la unidad política de Europa— no ha detenido, sin embargo, las tentativas de abrir un *espacio social europeo* para reactivar esas aspiraciones reprimidas.

Había, se quisiera o no, que *situar el empleo en el centro de la Política Comunitaria*, porque las estructuras de la Europa deseable reclamaban la cooperación —ontológicamente imprescindible y causalmente eficaz— del factor productivo en que estribaba la fuerza de trabajo. Era preciso evaluar la posibilidad y perspectivas de una Política de Empleo acorde con las realidades cognoscibles, proveer a la intervención de los interlocutores sociales, fomentar las iniciativas locales y dilucidar los problemas planteados por el acceso a las nuevas tecnologías y la gestión del tiempo de trabajo.

La Política Social también se enderezaba a mermar y/o *distender la conflictividad de las relaciones industriales* que —aunque henchida por el eco de la lucha de clases— entraba en vías de un aprendizaje civilizado y constructivo. No en vano, los sindicatos reconocían lo trasnochado de sus veleidades revolucionarias y comulgaban con las reglas de juego del Estado social y democrático de Derecho que, a raíz de la 2<sup>a</sup> Guerra Mundial, *había ganado la partida*. La *práctica frecuente del diálogo social* —que, ante acontecimientos recientes y un tanto familiares, hoy provoca reacciones

estupefactas y sarcásticas— se consideraba el método adecuado para templar las confrontaciones radicales y afinar los mecanismos de información y consulta de los trabajadores, sobre todo en orden a las innovaciones tecnológicas y el funcionamiento de las empresas multinacionales.

También se anunciaba que —para mejorar la calidad de la cooperación y la coincidencia en los temas de protección social— convenía negociar con los interlocutores sociales un *presupuesto europeo* y suprimir las diferencias que, por razón de sexo, perduraban y debían eliminarse de inmediato.

El *concepto de clase social* se revisaba y entendía como la comunidad o comunidades formadas por las personas físicas que, sin perjuicio de su especialidad profesional y de las fuentes de sus recursos económicos, disponían de los mismos niveles de renta para colmar sus apetencias afines de consumo. Lo lúcido de esta distinción atenuaba los antagonismos entre los *desheredados* —expectantes de los cambios sociales que diesen fin a su estado de empobrecimiento— y los *poseedores ufanos* de riqueza que coartaban sus aspiraciones.

La justicia social y la mejora de la situación económica dependían del *ejercicio responsable de las Políticas Comunes*, en el espacio social europeo, y de los beneficios esperados de la *cohesión económica y social*.

### INDIVIDUALIZACIÓN SOCIOPOLÍTICA DEL ESPACIO SOCIAL EUROPEO

El *espacio social europeo* —emplazado por la ideología innovadora en el solar cuya posesión reivindica— ofrece unos rasgos relativos a su coordinación, sus recursos y su significado o entraña cultural.

Constituye un *espacio armonizado por áreas y por objetivos*, en lo mínimo, en lo máximo

y en lo necesario, pues la unificación normativa es utópica y económicamente impracticable.

Equivale a un *espacio de cohesión económica y social*, donde convergen los diseños de igualación y desarrollo de los mercados de trabajo. La creación de los *fondos estructurales* tiende a reducir justamente las desigualdades, las acciones formativas refuerzan los nexos entre los sistemas de producción y educación, y la prosperidad de las relaciones individuales y colectivas de trabajo recaba un impecable esfuerzo de armonización.

Se trata de un *espacio civilizado y poseedor de un patrimonio común*, cuyo componente cultural reclama una tutela colectiva que el propio capitalismo predica de los sistemas productivos de los países industrializados con economía de mercado. Las categorías de la *participación de los trabajadores* y la *negociación colectiva* pertenecen a la esencia del espacio social europeo. La primera modera el ejercicio abusivo o desproporcionado de las potestades de organización en el gobierno de la empresa. La segunda genera un *ordenamiento jurídico autónomo* que el despliegue fecundo de las libertades sindicales instala en el ámbito territorial de la soberanía del Estado.

Se está ante un *espacio comprometido con el diálogo* que alivia las tensiones de la cohesión social y económica, propicia los contactos de los interlocutores sociales, interpreta auténticamente los episodios del cambio europeo y respalda las ventajas del acuerdo y la negociación.

Ante el *paso cansino* de los responsables del *rescate de Europa*, el Acta Única Europea de 17 y 28 de febrero de 1986 (AUE) señaló los aspectos de una Política Social que, obedeciendo a la consigna de la igualación y/o armonización en el progreso, demostraba que *la cohesión económica y social contribuía a disminuir las diferencias existentes entre las regiones y obstaba al retroceso de las menos*

*favorecidas*. Para refrescar la flaca memoria de los olvidadizos, se trajeron a capítulo el *reconocimiento y recepción de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores*, cuya naturaleza de derechos subjetivos innatos –contemplados en la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961 (CSE)– les inmunitaba frente a las presiones de la concurrencia y los actos de emulación competitiva.

Lejos de revelar una obstinación ciega en pro de la *necesidad y utilidad de lo social*, la oferta de un espacio social europeo se cargaba de razón al proclamar que, sin una cohesión social solvente y responsable, *las perspectivas y promesas de establecer un gran mercado constituían una aventura irrealizable*. La delimitación cabal de ese espacio requería enunciar exhaustivamente los derechos sociales básicos de los trabajadores, reconocer su derecho a la formación permanente y modernizar el régimen de las instituciones del Derecho Societario europeo.

Los sindicatos cooperaron a fijar las *vías y niveles* de la edificación del espacio social europeo. Mientras que la legislación debía generar las normas capitales del Derecho Social comunitario, lo convencional abarcaría las innovaciones del diálogo social y las modalidades europeas de la negociación complementaria. Ello acaecería a los respectivos niveles, en los espacios comunitario, propiamente dicho, nacionales, regionales y sectoriales. La agrupación eficiente de estos elementos –determinantes del crecimiento económico y la prosperidad del empleo– completaría la regularización tecnológica, la solidaridad de la protección social, la libre circulación de personas y el control democrático del mercado interior.

El pensamiento sindical europeo recordaba que, entre los antecedentes históricos del Derecho Social Comunitario, figuraba el *depósito del Derecho de Gentes* ocupado por el Derecho Social Internacional de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la CSE, que acaba de citarse. Otro punto de

referencia –insistentemente mencionado– fue la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 8 y 9 de diciembre de 1989 (CCDSFT) que –impulsando la convergencia hacia los más altos niveles de protección social– prohibía supeditar la concurrencia económica del mercado único a la rebaja de las dosis de tutela que, según la ocurrence máxima del sindicalismo escandinavo «*siempre más, nunca bastante*», habían ganado firmeza.

Así pues, los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, evocados con motivo de la promulgación del AUE y del examen de las estructuras del mercado interior, procedían de normas preinsertas en los instrumentos internacionales de la OIT, la Organización de Naciones Unidas (ONU), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y el TCEE. Eran derechos subjetivos que, vislumbrados en el horizonte constitutivamente histórico de la razón práctica, merecían el reconocimiento y el respeto vinculados a la presunción del funcionamiento regular del mercado interior. Garantizaban la libre circulación de personas, el empleo y la retribución económica de la fuerza de trabajo, la mejora de las condiciones de vida y actividad profesional, la protección social, las libertades de asociación y negociación colectiva, la formación profesional, la igualdad de trato de hombres y mujeres, la información, participación y consulta de los trabajadores, la protección de la salud y la seguridad en el trabajo, la atención de los niños y los adolescentes, la cobertura de la tercera edad y el cuidado de las minusvalías.

#### PREDOMINIO DEL CARÁCTER ESTRICTAMENTE ARMONIZADOR Y ESCASAMENTE INNOVADOR DE LA POLÍTICA SOCIAL COMUNITARIA

El decisionismo de la Política Social comunitaria se inspiraba en los conceptos –coinci-

dentes, afines o análogos— de *cohesión, homogeneización, armonización, aproximación, colaboración y coordinación*, familiares al lenguaje de las nuevas instituciones europeas —que actuaban en el ejercicio de sus competencias— y de los actos cooperativos de los Estados miembros.

La *armonización de la Política Social mediante la igualación en el progreso* figuraba en el TCEE y difería de la *unificación* o la *uniformidad* impuestas desde arriba a otras políticas de sus componentes. La *unificación* asignaría las competencias sobre Política Social a un órgano comunitario investido de la potestad normativa oportunamente adjudicada. La *uniformidad* obligaría a cada Estado miembro a adoptar y aplicar criterios sensiblemente iguales para ordenar esa materia. La *armonización* —pensada para equiparar las condiciones de vida y de trabajo— atenuaría los inconvenientes derivados de un funcionamiento excesivo o abusivamente liberal del mercado. Se echaría mano, a tal efecto, de los *arbitrios reductores* que el Derecho Fundamental comunitario inventase —esto es, *idease de acuerdo con la recta razón*— para coordinar el Derecho Social objetivo de los Estados miembros.

Como *lo mejor suele ser enemigo de lo bueno*, se explica que la labor —utópicamente anhelada y económicamente inviable— de unificar o uniformar las normas jurídicas rectoras de la Política Social europea cediese su lugar a la, más comedida y accesible, de *coordinar, aproximar o aminorar las distancias existentes entre las soluciones nacionales*. Ello, al amparo de los principios centrales que, como mínimos de Derecho necesario, prohibían las discriminaciones por razón de sexo e inspiraban los derechos de acceso al empleo, determinación de las condiciones de trabajo y formación profesional.

Los augurios de esta tibia Política Social no electrizaron a los arquitectos de un sistema resuelto solamente a *instalar un único mercado interior* y auscultar las probabilidad-

des de la unidad política de Europa. No por ello quedó en suspenso el empeño de ir en pos de los objetivos sociales, aunque el proceso constructivo de este sector del ordenamiento jurídico comunitario registrase variaciones —de velocidad y de ritmo— que, unas veces, respondían a la *buena conciencia de los eurocreyentes* y, otras, al *recelo de los euroescépticos y/o la enemistad de los adversarios*.

La grandeza y servidumbre del espacio social europeo dependían de la *irrupción comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores*, cuya efectividad removería, para siempre, las dificultades opuestas por la mezquindad de las técnicas armonizadoras. Su existencia indudable y sus predilecciones expansivas encarecían la práctica del *diálogo social* que, recorrido por la savia de la solidaridad y la flexibilidad razonable, impulsaría el avance científico y la efectividad transformadora del naciente Derecho Social europeo.

## PROLIFERACIÓN DE LOS ESFUERZOS TRANSFORMADORES DE ADELANTO Y ACCESO A LA TIERRA PROMETIDA DE LA EUROPA SOCIAL

La credibilidad de la apuesta del *optimismo liberal* decayó al comprobarse que —contra las predicciones de la doctrina del *orden natural*— la armonización de la Política Social europea nunca derivaría del *supuesto automatismo* atribuido al regular funcionamiento del mercado interior. Dicho convencimiento provocó las tareas de acomodación consistentes en elaborar *programas sobre actividades sociales*, de que fueron ejemplos emblemáticos la regulación de la *acción social comunitaria* a medio plazo y la conversión del FSE en un *instrumento de política activa*. Con motivo de estos ensayos correctores, la línea de fuerza filosófica del AUE reiteraba la urgencia de *combatir la desocupación, mejorar la participación de los interlocutores sociales y acelerar el des-*

*arrollo de la Política Social*. Los textos complementarios que estudiaron la *dimensión social del mercado interior*, defendieron la prioridad de la lucha contra el desempleo, divulgaron las normas de acción pertinentes, esclarecieron el papel de los fondos estructurales respecto a la cohesión social y económica, y reiteraron el elogio de las excelencias del diálogo social.

Se hizo hincapié en la urgencia de adjudicar fuerza normativa a la CCDSFT –yacimiento de la lista de los *derechos sociales fundamentales de los trabajadores*– que, a la luz de los imperativos del mercado interior, formaba parte del acervo de la cultura europea y del depósito de las normas del Derecho Internacional Público. Ante los reparos opuestos a dotar a esos textos de eficacia preceptiva directa, se invitó a *presentar iniciativas* que asegurasen su efectividad y encauzasen sus aptitudes de transformación.

Las más importantes fijaron los criterios que informaban tal invitación. Un *principio de subsidiariedad*, que asignase a cada objeto de las actividades la función más consecuente con las necesidades atendibles y la totalidad del esfuerzo comunitario. Un *principio de diversidad* de sistemas, culturas y prácticas nacionales, que promoviese el perfeccionamiento del mercado interior. Un *principio de competitividad* de las empresas, que, evitando las distorsiones de la competencia, proveyese a la cohesión económica y social. La intervención de los agentes sociales coadyuvaría al buen fin del proceso que, una vez iniciado, no admitía paralizaciones ni rebajas.

El tema central de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores quedó aparcado durante algún tiempo. El esbozo atípico de una incompleta *Constitución europea* se había limitado a encadenar los sucesivos textos que, además de incurrir en la conocida *paradoja del Derecho Comunitario*, prescindían de la *parte dogmática* que era la sede natural de aquéllos. La suerte de su

recepción y desarrollo se mostraba confusa y desalentadora.

## EMERGENCIA Y PERFIL FISONÓMICO DE LA UNIÓN EUROPEA

Al Tratado constitutivo de la Unión Europea de 9 de febrero de 1992 (TUE) –conocido con el nombre de Tratado de Maastricht– se llegó cuando los desenvolvimientos del AUE convencieron de que *el nivel de tutela de los valores sociales de la Comunidad era notoriamente inferior al de sus presupuestos y condiciones economicistas*. Las resonancias de la mala conciencia europeísta exigían crear un espacio sin fronteras internas y revigorizar los ingredientes de la cohesión social, para promover el progreso comunitario colectivo, fomentar un elevado nivel de empleo y asegurar un desarrollo equilibrado y sostenible. Objetivos a los que se sumaron la constitución del FSE y el compromiso de implantar una enseñanza y formación de calidad.

La Unión Europea (UE) que así se constituye, deja de constreñirse exclusivamente a lo económico y acoge los objetivos difuminados hasta entonces. La Política Social pierde el carácter de *subproducto comunitario* y ofrece un *inventario de finalidades* que aseguran la igualdad material de hombres y mujeres en el mercado de trabajo, integran a las personas excluidas de las relaciones de empleo, establecen la seguridad y la protección sociales, combaten las extinciones injustas de los contratos de trabajo, disponen mecanismos de representación y defensa colectivas que incluyen la cogestión, mejoran las condiciones de trabajo de los nacionales no comunitarios y proveen a la creación y el crecimiento del empleo. La Política Social de la UE no aborda el *régimen retributivo* ni las *libertades sindicales y sus derivaciones*, confiando en que los sindicatos –interlocutores sociales caracterizados– faciliten un modelo de negociación colectiva conforme a las parti-

cularidades y exigencias del ámbito europeo en que ha de operar su autonomía.

La nueva Política Social incorpora el principio de subsidiariedad, pues la Comunidad –que deja de concebirse como *exclusivamente económica* y, al suprimirse este adjetivo, pasa también a ser *social– apoyará y complementará las acciones de los países miembros*. La estructura de la UE añade a los *pilares integrador, cooperativo y unitario*, un *pilar de reducción* que, mejorando el gradualismo de las técnicas de la construcción europea, reemplaza la *modestia coordinadora* de las Políticas Sociales nacionales por la *fertilidad creativa* que se espera de la Política Social comunitaria.

El sindicalismo de izquierdas había denunciado las aspiraciones de *consolidación capitalista* del mercado común interior y su inutilidad para transformar equitativamente las relaciones individuales y colectivas de trabajo. Con el cambio de rumbo debido al nacimiento de la UE, las organizaciones sindicales insinuaron la oportunidad de que las izquierdas europeas se asociasen a las *operaciones de lanzamiento* de la Política Social, reclamaron el protagonismo de las organizaciones obreras –desligadas de sus mitos revolucionarios– en las nuevas funciones de los Estados miembros y apuntaron la eventualidad de que la Europa Unida formase un bloque sindical frente al *gigante americano* y en pro de la apertura a los países del Este. Sin perjuicio de plantearse, además, la alternativa entre un modelo sindical de *seguridad conservadora* y otro de *responsabilidad innovadora*.

La *apatía ratificadora* se debió a que el TUE fijaba los criterios de tránsito a la fase de Unión Económica y Monetaria –a saber, las magnitudes de la inflación, el déficit público, la deuda pública, el tipo de interés y la estabilidad de los tipos de cambio– y guardaba silencio sobre la *recepción de lo social*. Un repertorio plagado de intenciones óptimas *descuidaba el objetivo de igualación en el*

*progreso* e incurría en una inconsecuencia de bulto. El defecto se salvó gracias a que la posterior regulación del Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997 (TA) –modificativo del TUE– abordó significativamente el tema del *Empleo*.

El *contenido adicional* o periférico del TUE sólo invitaba a los *Estados miembros* a continuar la vía de la CCDSFT, de que los socios insulares se habían apartado, y *expresaba el deseo, pero no la ineludible determinación*, de aplicar dicho texto a partir del *acervo comunitario* que encerraba el ordenamiento jurídico inmanente a la naturaleza de las instituciones europeas. Las disposiciones concernientes a la Política Social, la Política Educativa y la Política de Formación Profesional completaron, por obra y gracia del TUE, la apertura expansiva de este panorama normativo.

#### ACLARACIÓN DE LAS OPACIDADES Y OTROS INCONVENIENTES DEL LABERINTO NORMATIVO COMUNITARIO

El TA introdujo un cuadro de reformas idóneas para *iluminar el laberinto normativo* derivado de un estado de cosas en que la estructura formal interna de los textos comunitarios se parecía más a una *ocurrencia surrealista* novelada, que a un texto casi constitucional donde la parte dogmática –sede de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores– brillaba por su ausencia. Su estructura –irregular y sorprendente– llegó a compararse con la disposición arquitectónica de un *templo griego* compuesto del frontispicio de las disposiciones comunes, de tres o cuatro pilares sustanciales y del basamento en la que descansaba su totalidad.

El *contenido adicional* o periférico del TA dejó sin efecto la parte homóloga o simétrica de las adiciones al TUE, donde anidaban los óptimos propósitos que el TCE elevaría después a normas jurídicas. Pese a esta *parcial*

*sicosis de arrepentimiento*, decayeron la oferta de la parte dogmática constitucional y la lista completa de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores que tantas y tan justificadas ilusiones habían despertado. La intencionalidad que, en pro de dicho reconocimiento, refleja el *prefacio* del TUE, anticipa la vehemencia y el énfasis con que la *introducción* al TA proclamaría textualmente *la adhesión a los principios y valores acogidos por la CSE y la CCDSFT*.

El TA aportó precisiones notables sobre la *consigna originaria de la equiparación social a través de la igualación en el progreso*. Se impuso a la UE y a los Estados miembros el deber positivo y no la *promesa nebulosa* de aunar los esfuerzos tendentes a perfeccionar una *protección social adecuada*. Algo más apremiante y retador que una cobertura pensada para salir del atolladero o atenuar el mordiente de ciertas insistencias. *Se realzó la premura de que las acciones de exploración y vigilancia –confiadas a los experimentos nacionales– supervisasen el cumplimiento de esa acumulación de obligaciones*. Aunque la Política Social siguió incumbiendo, en la parte que les correspondía, a cada uno de los Estados miembros, el *Empleo* –que, salvando anteriores y censurables omisiones, merecerá un alojamiento decisivamente innovador– se elevó a la condición de *materia de interés común* y se introdujo un *trámite de codecisión* para promover y dar curso a las iniciativas nacionales.

El TA dignificó la Política Social y *evidenció el propósito de servir a las exigencias del progreso*, pero, debido a las disidencias sempiternas, desatendió –como se ha repetido– las advertencias relativas a la recepción y tipificación comunitarias de la tabla de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores y se abstuvo de poner en negro sobre blanco los compromisos de liquidar las injusticias colectivas, combatir la discriminación y la pobreza, y reprimir las exclusiones sociales.

Pese a la enjundia de estas deficiencias, *la elevación del empleo a la categoría de objetivo comunitario preconizaba un espectacular giro social*, censuraba la ligereza con que sus detractores le adjudicaban el *mote de espejismo*, y comulgaba con las propuestas del Estado de Bienestar. He aquí uno más de los puntos de encuentro entre el oscuro objeto del deseo y la meridiana percepción de lo factible. *La acertada elección del modelo de la Europa deseable dependía de conciliar, inteligente e intuitivamente, las actitudes que sintetizasen los irrenunciables arrestos de los valores morales y las posturas dúctiles de las contemporizaciones políticas*. Significaba lo contrario de la pasividad estática con que se contemplaba ese futuro como una *dádiva u obsequio que, graciosamente llovido del cielo, eximía a los eurocreyentes de continuar las tareas de su recreación y mejora*.

#### IRRUPCIÓN INTENSIVA DEL TEMA DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES

Desde la racionalización técnico jurídica de las premisas del Estado demoliberal, los derechos fundamentales ocuparon los compartimentos que los constituyentes destinaban a proclamar su cualidad de *derechos naturales*, inherentes a la existencia y duración de la persona humana, que los ejercitaba, y anteriores a un Derecho Positivo subordinado a sus valores y/o principios. Se hace de estos derechos tabla rasa cuando la fuerza mayor de los acontecimientos históricos o la obnubilación de los entendimientos de los hombres entorpecen las operaciones dirigidas a fijar su contenido esencial y sus perfiles.

El silencio de los textos europeos daba a entender que, al faltar una aseada catalogación de esos derechos, la Constitución material comunitaria era incompleta. No faltaba razón a cuantos, entendiéndolo así, mante-



nían su postura de reprobación. La doctrina judicial complementaria aportó el remedio de una formulación provisional y persuasiva. Si los derechos fundamentales nacionales gozaban de una tradición, histórica y jurídica, común a todos los Estados miembros, *su enclave en las respectivas parcelas constitucionales les deparaba una tutela permanente* contra las vulneraciones causadas por cualesquiera normas o resoluciones emanadas de los poderes públicos comunitarios.

Dos órdenes de motivaciones daban lugar a este retraso antisocial. Una era la *tibieza calculada del decisionismo político*, refractario al cambio sustancial –*revolucionario desde el interior*– que importaba la irrupción de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores. La otra venía del *voluntarismo económico* que, obviando los aspectos moralizadores e intelectualistas del problema, relegaba la Política Social a un plano secundario y prefería no enterarse de sus más acuciantes llamamientos. La demora ocasionaba perjuicios enormes, porque la recepción comunitaria de los derechos sociales –pertenecientes a la parte dogmática constitucional sumergida– impulsaba los cambios inspirados en la idea de que *la efectividad esperada de la atribución y el ejercicio de tales derechos, no sólo se hallaba en su aptitud para pacificar las controversias entre partes, sino también en su irrefrenable propensión a transformar la sociedad*. Una consigna que el art. 3 II Constitución italiana de 29 de diciembre de 1947 (CI) tomó a préstamo del pensamiento jurídico soviético y que pasó atenuadamente al art. 9.2 Constitución española de 27 de diciembre de 1978 (CE) e incluso al art. 4.3 Estatuto de Autonomía de País Vasco de 20 de octubre de 1979 (EAPV).

Es, con todo, axiomático que la naturaleza de las cosas imponía –como tales derechos en la esfera comunitaria– la *libre circulación de trabajadores* y las *libertades de establecimiento empresarial y circulación de capitales*.

El TCEE diseñó los rasgos distintivos de una Política Social cuyo lema central de *igua-*

*lación en el progreso* atisbaba, sin mucho entusiasmo, el panorama del *espacio social europeo*. Faltaba la *positivización de un Derecho de Gentes protector de los intereses sociales* que, una vez vestidos y provistos de la efectiva tutela judicial que les robustecía, completasen una parcela capital de la esperada *Constitución para Europa*. El hueco abierto no se acababa de colmar y la ejecución de la faena se estancaba indefinidamente.

### ESTADO DE COSAS ANTERIOR AL PROYECTO DE TRATADO POR EL QUE SE ESTABLECE UNA CONSTITUCIÓN PARA EUROPA

El *contenido adicional* del TUE introdujo simplificaciones que no bastaron para disipar las incertidumbres ni llenar los vacíos que acusaba el TA. La Declaración de Laeken de 12 de diciembre de 2002, sobre el futuro de la Unión Europea (DFUE) usó, por vez primera, del término *Constitución* y dedicó uno de sus apartados al *Camino hacia una Constitución para los ciudadanos*. La jurisdicción comunitaria evitaba mencionar nominativamente la *Constitución* y empleaba, en su lugar, otros vocablos genéricos o afines. Aunque el (Tratado de Niza de 7 de diciembre de 2000, sin carácter constitucional (TN) había aprobado la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), que ha prevalecido con las precisiones de 12 de diciembre de 2007, y purgado la mala conciencia que sus aplazamientos despertaban, perduraba un clima de desentendimiento que alargaba excesivamente la factura del trabajo constitucional. Al cabo de los numerosos y consabidos desencuentros, el *ritmo mínimo de normalidad* se recobró merced a las contribuciones del Proyecto de Convención Europea de 18 de julio de 2003 (PCE) y del Proyecto de la Conferencia Intergubernamental de 18 de junio de 2004 (PCI) que, obligando a un *decoroso consenso*, permitieron suscribir el Proyecto de Tratado de 29 de octubre de 2004, por el que se establece una Constitución para

Europa (PTCUE). También se le llamó Tratado Constitucional (TC) para expresar la *contradicción en los términos* que, aquejando a su génesis y contenido, impedía considerar Constitución, en sentido técnico jurídico, a la propuesta dependiente de la ratificación de los Estados miembros. La *paradoja del Derecho Comunitario* subyacía al tracto y la desembocadura de este pensamiento.

La *continuidad del desarrollo sostenible* era uno de los soportes que, según el PTCUE, sustentaba la viabilidad de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores. Su noción, familiar al lenguaje europeísta, se elevaba a *condición irrenunciable de la redefinición y ejecución de la Política Social comunitaria*. El desarrollo sostenible representaba la *versión modernizante de la paz* que, reviviendo el vejado *principio de irregresividad de las adquisiciones sociales*, informaría la siguiente proposición antropocéntrica. *Si no se consolidan la conciencia de la necesidad de vivir dignamente y la voluntad de responder, corriendo riesgos, a los retos de la cosmoeminencia personal, fracasarán cuantos esfuerzos desplieguen los individuos y los grupos sociales para satisfacer sus más caras y justas ilusiones de liberación.*

La tesis del desarrollo sostenible condena la tosquedad moral y la miseria intelectual de quienes opinan que, pasadas de moda las oportunidades de auxiliar a los pobres que pueblan la superficie de la Tierra, ha llegado el momento de sustituir esa defensa por la de causas más lucrativas y excitantes. La *economía social del mercado* –inseparable de la especulación y el pragmatismo del desarrollo sostenible– postula una Política Social que, al descartar las fórmulas de la coordinación y el gradualismo insincero, coloca los derechos sociales naturales o innatos en vanguardia de sus aspiraciones. El desarrollo se dice sostenible, *porque los fiadores de su irreversibilidad admiten la existencia de recursos bastantes para respaldar la continuidad de los compromisos contraídos, conjurar los peligros de sus regresiones desproporcionadas e impedir*

*las paralizaciones que hieren de muerte su supervivencia.* Lo cual, a estas alturas de los tiempos, no ha resultado ser cierto del todo.

Nada de ello podía pretenderse sin que, en el espacio social de la UE, compareciesen –demostrando la *disponibilidad en pie de guerra* que procuran los derechos procesales de acción y de excepción– los derechos fundamentales de ese signo, divisados en el horizonte constitutivamente histórico de la razón práctica que obligaba a reconocerlos constitucionalmente y a concretar su contenido esencial o núcleo invulnerable.

El ejercicio fructífero y frecuente de los derechos sociales europeos –anejos a las ambiciones del desarrollo sostenible– produciría *valiosas consecuencias*. A saber, la coexistencia pacífica de las comunidades y/o los grupos sociales, la distensión del antagonismo de las confrontaciones, la lucha contra los conflictos erosivos de la solidaridad y la prosperidad, y la coordinación de la vida en dignidad de las personas físicas. El TN se había apresurado, para ganar tiempo, a sancionar la CDFUE como *pieza prefabricada* del orden constitucional que se preparaba para Europa. El PTCUE recogió dicho texto, incorporando los derechos nuevos, que recibían el *bautismo de fuego constitucional comunitario*, y los que, ya reconocidos, se aprovechaban de una tutela reforzada por los avances del progreso social y las contribuciones de la tecnología y de la ciencia.

Bajo la rúbrica genérica de *Solidaridad*, la CDFUE –cuyas vicisitudes ya constan– brindaba la *lista de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores* que comprendía la información y consulta de sus representantes en la empresa, la acción sindical y la negociación colectiva, el acceso a los servicios de colocación, las garantías en los casos de despido injusto, el establecimiento de condiciones equitativas de trabajo, la protección del trabajo infantil y juvenil, la cobertura social de la familia y el régimen público de la Seguridad Social. La irrupción tardía de tales

derechos en el sector social del ordenamiento jurídico comunitario premiaba, conforme a la fuerza de las cosas, la tenacidad de las reivindicaciones incoadas, mucho tiempo atrás, por las insistentes y genuinas demandas sociales.

El fracaso de la ratificación unánime del PTCUE dio al traste con la tentativa técnico jurídica de disolver la paradoja del Derecho Comunitario y culminar los pasos sucesivos que la *estrategia funcionalista* proponía para obtener un resultado final satisfactorio. A saber, organizar una Europa social coherente y no diseminada en parcelas heterogéneas y asimétricas, consolidar el arraigo de los titulares de un verdadero poder constituyente europeo y redoblar las energías para ofrecer a los ciudadanos comunitarios las dosis de bienestar que implicaba la penetración de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores en el marco de una genuina Política Social y no de un sucedáneo de la misma.

Quedó fuera de juego la *concepción constitucionalista* partidaria de erigir de inmediato una organización europea de corte federal. La *estrategia funcionalista*—que ha prevalecido—defendía que Europa no se levantaría de una vez, por obra y gracia de una construcción repentina y global, sino de sucesivas acciones respaldadas por un recio sentimiento de solidaridad y asociadas al novísimo concepto de *soberanía divisible*. La recepción de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores ha sido fruto de una *metodología existencial* que pasa por alto las invocaciones de su estirpe yusnaturalista y de su condición originaria.

Las averiguaciones estadísticas demostraron que el fracaso de la ratificación del PTCUE no sólo procedía de la enemiga de los disidentes de los objetivos centrales de la integración europea. Tras las explicaciones de un estropicio tan visible, se agazapaba el desencanto de quienes confiaron en *renegociar un texto más social y obediente a la idea de que habría merecido la pena poner manos a la obra de regenerar y construir una Europa*

*distinta*. La suerte de la soberanía de los Estados miembros de la UE—expuesta a *percepciones de intensidad variable*—no quedaba al margen de las razones del repudio. Ni la propaganda gubernamental, ni la pedagogía de la oposición parlamentaria, ni las organizaciones sindicales del Reino de España, ni los medios de comunicación transmitieron a la opinión pública la información que—veraz, detallada y comprensiblemente—aclarase la supuesta excelencia de un futuro constitucional—*receptor de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores*—que naufragó antes de que se hiciese a la mar su embarcación.

#### CIRCUNSTANCIAS QUE ACOMPAÑAN A LA PREPARACIÓN Y PERFECCIÓN DEL TRATADO DE LISBOA

Tras la ratificación efectuada por 18 de los Estados miembros de la UE, el rechazo de 2 de ellos y la posposición definitiva de aquella por parte de los 7 restantes, fracasó la *huida hacia adelante* del PTCUE o TC y, a lo largo de un trienio convulsivo y confuso, se enfrentaron las preferencias y propuestas que afluyeron a la firma del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 (TL). Su texto—que modificaba y no derogaba el TUE y el TCE—reemplazó la rotulación del segundo por la de Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

Una de sus bondades destacables consistía en *atribuir naturaleza legalmente vinculante* a la tan repetida CDFUE, aprobada anteriormente por el TN. Conviene recordar que—con la más lúcida y sincera de las intenciones—el *proemio* del TA había añadido al del TUE una *proposición introductoria* que enriquecía y aclaraba decisivamente la filosofía de aquel prólogo. *Confirmaba que los Estados miembros de la UE prestaban su adhesión al elenco de los derechos sociales fundamentales, tal y como la CSE y la CCDSFT—continentes pri-*

*marios e insustituibles del depósito del Derecho Social Europeo— los definieron a su tiempo. El yusnaturalismo idealista—de filiación aristotélicotomista— y el yusnaturalismo realista—de corte secular— sustentaban, a través de ambos textos, los merecimientos axiológicos de una Política Social que se estimaba inmejorable.*

Según el TL, *la UE reconoce los derechos libertades y principios enunciados en la CDFUE ya citada— a la que se remite en bloque, sin reproducir su contenido— y le asigna el valor jurídico de uno más de los Tratados. Advierte que el refuerzo de la protección de los derechos fundamentales de la UE—de que los derechos sociales de los trabajadores forman parte— se debe a las transformaciones de la sociedad, a los imperativos del progreso social y a los avances de la tecnología y de la ciencia. Cuida de subrayar que las libertades anejas a la circulación de personas y prestación de servicios en la esfera comunitaria, sólo devienen reales y efectivas si les acompaña un desarrollo equilibrado y sostenible. Cabe, hoy en día, preguntarse por el futuro de este haz de derechos en las espeluznantes circunstancias—de recesión o de crisis— que remueven las premisas históricas de su recepción y garantía.*

He aquí el *inventario* que—gracias a la remisión global del TL— hace la CDFUE de los derechos sociales en función de los conceptos generales de *Dignidad, Libertades, Igualdad, Solidaridad y Justicia*.

Bajo la rúbrica de *Dignidad*, figuran la protección de esta cualidad inviolable, el derecho a la vida y la integridad física, y las prohibiciones de la esclavitud o servidumbre, de la ejecución de trabajos forzados y del comercio de seres humanos en las relaciones de trabajo.

El grupo de las *Libertades* abarca el reconocimiento del derecho a la libertad y seguridad de los trabajadores en cuanto ciudadanos, las libertades de pensamiento, conciencia y religión, opinión, información sin tra-

bas, reunión, fundación y afiliación a sindicatos en defensa de sus intereses, acceso a la formación profesional y permanente, trabajo y ejercicio de una profesión libremente elegida y aceptada, demanda de ocupación en el mercado de empleo y prestación de servicios en cualquiera de los Estados miembros.

Por modo de *Igualdad*, se proclama el principio general de igualdad material y se vedan las discriminaciones en las relaciones de trabajo, se garantiza el pluralismo cultural, religioso y lingüístico de los trabajadores, se reitera la igualdad de hombres y mujeres respecto al empleo, el trabajo y su retribución, y se reconoce el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de las medidas protectoras de su integración profesional.

Al amparo de la *Solidaridad*, se recogen la información y consulta de los trabajadores en la empresa, la negociación y las acciones colectivas, incluida la huelga en defensa de los intereses afectados, el acceso a los servicios de colocación, la protección contra los despidos injustificados, la fijación de condiciones de trabajo adecuadas a la salud, la seguridad y la dignidad de las personas, el tiempo de ocio y de descanso, la prohibición del trabajo infantil, el amparo de los trabajadores jóvenes frente a la explotación económica o las especies de trabajo peligrosas para su desarrollo, su educación y su salud, amén de la armonización de la vida profesional y familiar, el acceso a los beneficios de los regímenes públicos de Seguridad Social y la lucha contra la exclusión social y la pobreza.

Bajo el encabezamiento nominativo de *Justicia*, los derechos sociales fundamentales de los trabajadores obtienen la efectiva tutela judicial que, evitando la indefensión de las partes que actúan sus pretensiones respectivas, garantiza el examen de las vulneraciones de aquéllos y la emisión, a cargo de la jurisdicción competente, de una respuesta—formalmente motivada y suficientemente fundada en Derecho— a las cuestiones sustantivas que se han planteado en el proceso.

## ¿FUTURO POSTLISBOETA INDEFINIDO DE LA UE RESPECTO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES?

Las tensiones causadas por el fatigoso reconocimiento de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores seguirán informando la querencia a la *nacionalización residual* que opone el *particularismo de los ordenamientos jurídicos* de los Estados miembros al *talante generalizador* del Derecho objetivo de la UE. Ello, no obstante la autoridad y la impronta de la *primacía* y el *efecto directo* del Derecho Comunitario. Prueba de que no se apuesta resueltamente por la integración y de que las posiciones de *resistencia blanda* ocultan un *cajón de sastre* donde cohabitan discrepancias irreconciliables.

Los jueces del orden social, como los de las demás jurisdicciones, no apuran los esfuerzos tendentes a seleccionar, si es del caso, la norma del ordenamiento jurídico de la UE que debe aplicarse. Prescinden de estas averiguaciones y acostumbran a situarse en el marco del sistema de fuentes de los respectivos Derechos internos. La alternativa *¿Derecho europeo o Derechos nacionales?* encierra un aspecto de curiosidad doctrinal avalada por las estadísticas judiciales y el interés de los estudios a que ha dado lugar. Ni el porvenir de este debate está prejuzgado, ni se cuenta con una metodología irreprochable para enfocar su porvenir. Hay excepciones, si se trata de *normas comunitarias notorias* que agrandan el elemento histórico de la causa de pedir – identificadora de la acción ejercitada – y que deben ingresar de oficio en el debate. Cabe asimismo que las partes aleguen principios o preceptos de Derecho Social europeo que, ante los caracteres del problema pendiente de resolución, lleven al planteamiento de una *cuestión prejudicial*. Los episodios de nacionalización residual o de *horror al vacío* se aprecian también cuando los legisladores estatales aplazan o des-

cuidan el desarrollo tempestivo de las Directivas en materia de Derecho Social europeo. *Las ambigüedades y evasivas abundan frente a lo amable y sugestivo de la finalidad integradora*. La jurisdicción se siente desarmada si no se dan las condiciones que, para suplir la mora legislativa, le permiten aplicar directamente la norma comunitaria pendiente de transposición.

La Política Social –antes *comunitaria* y hoy día *de la UE*– y el Derecho propio de sus requerimientos no pueden esperar todo del ejercicio del *poder de codecisión* conferido al Consejo de la Unión Europea (CUE) y el Parlamento de la Unión Europea (PUE) para la producción ordinaria de normas jurídicas. Cualquier hipótesis que surja en este punto, obliga a un discurso denso y responsable sobre cuestiones tan sensibles como eludidas o tratadas superficialmente. *A saber, la falta de un espacio público europeo, la diversidad de las estructuras sindicales, la inexistencia de partidos políticos transnacionales, las limitaciones impuestas al control de la CUE por el PUE y la sustracción a este último de competencias naturales*. Carencias lesivas para una Política Social que ha sido la última en beneficiarse de las rectificaciones del *economicismo antiguo del diseño europeo* y que, aun dejando de constituir un subproducto comunitario, prosigue expuesta al virus de las contaminaciones globalizadoras.

Las cosas pueden ocurrir de otro modo, si el *porvenir postlisboeta* de la UE se escribe derecho con renglones torcidos y se enmiendan algunas de sus deficiencias. La empresa consuntiva que ha supuesto la *recepción de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores en el espacio de la UE* enseña que –superando la tibieza interpuesta entre la hostilidad y el entusiasmo– ahí palpita una de las *divergencias capitales* que afectan a los Estados miembros de la UE e incluso a sus pueblos respectivos. Se han discutido hasta la extenuación, sin cerrar acuerdos provechosos, las cuestiones polémicas que miran al concepto inequívoco de lo que significa la *inte-*

*gración europea*, a los *elementos* que preferiblemente han de elegirse para delimitarla con exactitud terminológica, a la concreción de los *intereses y bienes jurídicos* que subyacen a los enunciados ampulosos y vastos, y a las *estrategias* idóneas para liquidar los obstáculos y las desavenencias. *Los desencuentros conceptuales ocultan, si se llega al fondo de las cosas, diferencias culturales e imperativos económicos* harto costosos de reconciliar. La redacción de los textos abunda en reiteraciones consensuadas o divergencias gramaticales que confirman la imposibilidad de plasmarlos, a gusto de todos, en el correspondiente idioma nacional. He aquí, una de las intransigencias que vician el proceso en examen y endurecen la flexibilidad de su progreso. Con razón, llevan el nombre de *compromisos apócrifos* las fórmulas que, pretendiendo integrar pacíficamente un cúmulo de exigencias contradictorias, las mantienen vivas y embrollan la polémica en torno a las cuestiones que dicen haber dilucidado.

Una parte de los ciudadanos europeos –atentos al dictamen del sentido común– no ha desistido de culminar su *ensoñación unitaria*, porque la lógica de los acontecimientos coetáneos les disuade de aceptar, con buena dosis de resignación, el triunfo de las inconsecuencias que la empañan. Hay una paradoja más entre las apreciables. *La maleabilidad expansiva del mundo globalizado otorga a todos los pueblos de la Tierra unas facilidades que, pese a los alejamientos geográficos, se aprovechan para concertar, con avidez y sin recelos, ilusionadas aventuras de amplio espectro. Diligencia y solicitud que se echan de menos en los episodios protagonizados por el módico número de actores que, entre sí tan cercanos, comparten los esfuerzos de edificar Europa.*

*Reparos* desalentadores y debidos a la intolerancia con que ciertos Estados miembros se escudan en la figura proteica de un *Superestado* –que *predica una Europa sin alma*– y, atrapados por esta prestidigitación, cierran filas a la hora de dar el paso a la

unión política. No están resueltos a ceder y/compartir soberanías y poderes, identidades y lealtades, porque *su voluntad irrevocable ha sido y sigue siendo la de no ir más allá del establecimiento de un mercado común que clausura el capítulo de sus pretensiones sobre la perfección europeísta. Sus posturas erosionan la causa de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores en el espacio de una Europa unida, si se quiere, pero inferior cualitativamente a la causa de otra Europa posible –la tierra prometida de la Europa social– que proponían los defensores de una integración moralizadora y solidaria.* Algo inviable, si los Estados miembros no ceden unánimemente una *parte sustancial de su soberanía divisible* al emergente pueblo europeo –pendiente de estrenarse como nuevo sujeto originario o en raíz de la misma– y a las instituciones que la imaginación de la UE ha de crear para garantizar formas honorables de representación popular y ocupar el espacio público en que se materialice la opción federativa.

El pueblo europeo, compacto y coceptado como tal, está legitimado activamente para reclamar –con la coherencia de lo razonable– orden, concierto y simplificación allí donde, junto a una dosis vitanda de complejidad, *laten las confrontaciones que enturbian la imagen deseable de una UE en que, según un acreditado principio dinámico, el Derecho Fundamental y el Derecho Derivado resulten irreprochables, los mecanismos de su actuación sean irresistibles y la jurisdicción se ejerza irreprehensiblemente.* La voluntad constituyente de ese pueblo ha de adjudicar a la sociedad europea un sistema de seguridad jurídica compatible con las acciones y/o reacciones elásticas que, sin esterilizar la creatividad ni vulnerar la naturaleza de las cosas, hayan de agilizarse en cada tiempo. Sólo el *pueblo europeo* –firmemente asentado en un espacio público común– puede hacer gala de una identidad y una lealtad tan iguales a sí mismas como coexistentes con el pluralismo social y las diferencias individuales que le

caracterizan. Habrá cuajado entonces la *demanda social europea* que han de atender las instituciones competentes, cancelando las discrepancias que oscilan entre las objeciones rituales –de parco fundamento– y las concesiones y/o protestas domésticas de escasa cortesía.

*La Política Social europea puede beneficiarse, en trances normales y no en circunstancias de excepción, de la modernidad de un Derecho Social construido gracias a la voluntad originaria o en raíz de un verdadero pueblo soberano, a imagen y semejanza de los procesos constituyentes dignos de llevar este nombre.* No de las ficciones o artificios que lo han suplantado en virtud de un sistema de fuerzas corregible a través de las oportunidades que ofrece el TL. Instrumento que sitúa en las vísperas –¿interminables o de muy larga duración?– de la solución definitiva que supone una Constitución para Europa. Una *carta política de corte federal*, purgada de los inconvenientes que, hasta el momento, impiden definirla como la síntesis de las experiencias del pasado y de la vida nueva que sus enseñanzas aconsejan.

La UE ha reaccionado, aquí y ahora, frente a las sorpresas de la economía general de los Estados miembros, como el *sujeto activo de una parte de la soberanía divisible* de naturaleza económica. La asume y ejercita en el proceso globalizado de combate contra el *género de la recesión* y las *especies críticas* en que se plasma este fenómeno. Junto a las *recomendaciones coercitivas* que afectan a los Estados miembros de la UE, el G-20 –agrupación de las economías de mercado consolidadas o emergentes– se atribuye un *control horizontal*, también soberano de hecho, sobre la Política Económica de los países que disponen de un plazo perentorio para normalizar su endeudamiento a través de una rebaja insoslayable. *Entra en circulación un torrencial principio de orden público económico que, para salvar la premisa del desarrollo sostenible, va a deprimir sensiblemente las adquisiciones de los derechos sociales fundamentales*

*de los trabajadores en los sectores público y privado.* Las campanas del debilitado Estado de Bienestar *tocan a muerto* y las paredes del sistema se agrietan peligrosamente. El *economicismo de toda la vida* está armado para ganar las batallas libradas en pro de esa consigna. Pese al valioso efecto de la recepción de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores en la UE, retornan éstos al estado de *pariente pobre* que les estigmatizaba de antiguo. El sugestivo lema que, en pro de la irregresividad de las victorias sociales de los sindicatos, rezaba «...*siempre más, nunca bastante ...*», cede ante la predicción veto testamentario que lamenta cómo «... *al que mucho o casi todo lo posee, todo le será dado, y al que poco o casi nada tiene, todo le será quitado*».

Puede seguirse discutiendo que Europa no sea hoy ni haya sido jamás un continente, una cultura, un pueblo o una historia, ni que posea una frontera única, ni que venga de un sueño o un destino comunes. Acaso haya *Europa(s)* concurrentes que requieren análisis profundos para dilucidar y hacer saber sus rasgos individualizadores. Pero es evidente que el trazado –modélico y básico– del orden mundial solamente se entiende en función de las luces y las sombras del pensamiento europeo, y de *un ingenio que, a empujones de la propia conciencia, ha situado en vanguardia de sus adquisiciones el reconocimiento de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores.*

Ello acontece en el *solar de Europa*, donde emergieron y maduraron las aspiraciones de agotar la curiosidad intelectual y adueñarse de sus yacimientos, de difundir las lenguas para perpetuar la comunicación y la satisfacción de dialogar, de propagar universalmente las ideas para poner a prueba su eficacia, y de impulsar, en fin, las acciones de las mujeres y los hombres que han cooperado a realizarlas, y las de cuantos, al sucederles y repoblar sus espacios habitables, han sido y siguen siendo sus imitadores.

## BIBLIOGRAFÍA DE ORIENTACIÓN

- AA.VV. «Número monográfico» (Dir. LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL) de la *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho social Internacional y Comunitario* (2005. n.º 57, 587 pp.), dedicado al «Proyecto de Constitución Europea».
- ALDECOA, F. «El Tratado de Niza, consolidación y reforma de la Unión Europea», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 25, pp. 185-210.
- ALONSO OLEA, M. «La Unión Europea y la Política Social», *España y la Unión Europea: Las consecuencias del Tratado de Maastricht*, pp. 58-89. Madrid: Ed. Círculo de Lectores, 1992.
- ATTALI, J. *Europe (s)*. París: Ed. Fayard, 1994.
- CANEDO, J.R. y GORDILLO, L. «Los derechos fundamentales en la Unión Europea a la espera de Lisboa», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 39, pp. 25-57.
- CRESPO, S. «Algunas reflexiones sobre el espacio social europeo», *Política Social de la Comunidad Europea*, v. 1, pp. XV-XXXII. Madrid: Ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989.
- CRUZ VILLALÓN, P. *La Constitución inédita. Estudios ante la Constitucionalización de Europa*. Madrid: Ed. Trotta, 2004.
- DE LA VILLA GIL, L.E. «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho social Internacional y Comunitario*, 2001, n.º 32, pp. 13-34.
- DROUIN, P. *L'Europe du Marché común*. París: Ed. Julliard, 1968.
- FAVAREL-DAPAS, B. «L'Europe sociale», *L'Union Europeenne*, pp. 26-35. París: Ed. La documentation française, 2.004.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *et al.* «Le développement de la politique sociale européenne», *Rapport du comité des Sages*, Bruselas-Luxemburgo: Ed. Comisión Europea, 1996.
- ISSAC, G. *Manual de Derecho Comunitario general*, traducción de BIGNOZZI, J. y MARFA, J. Barcelona: Ed. Ariel, 1985.
- LÓPEZ GARRIDO, D. *El Tratado de Maastricht*. Madrid: Ed. el autor, 1992.
- LOUIS, J. V. *El ordenamiento jurídico comunitario*, traducción y edición de la Oficina de Publicaciones de la Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas-Luxemburgo, 1985.
- LYON-CAEN, G. *Droit social international et européen*. París: Ed. DALLOZ, 1979.
- MANGAS MARTÍN, A. *La Constitución Europea*. Madrid: Ed. Portal Derecho Iustel, 2005.
- MARISCAL, N. *Más allá de Lisboa: Horizontes europeos*. Madrid: Ed. Tecnos, 2.010.
- MORAVCSIK, A. *The Choice for Europe: Social Purpose and State Power*. Londres: Ed. UCL Press, 1999.
- MUÑOZ DE BUSTILLO, R. «La viabilidad del Estado de Bienestar en un contexto hostil», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 28, pp. 33-55.
- PEREZ DE LAS HERAS, B. «Reestructuración de Tratados y visibilidad jurídica en la Unión Europea», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 30, pp. 163-180.
- SALA, T. *et al.* *Derecho Social Comunitario*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 1995.
- VILLA DE LA SERNA, P. «Las 'tres' Cartas Europeas sobre derechos sociales», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho social Internacional y Comunitario*, 2001, n.º 32, pp. 273-214.
- ZORRILLA, M.M.<sup>a</sup> «Luces y sombras de la Europa social», *Estudios de Deusto*, v. 47/1, pp. 173-199.



**RESUMEN** Las naciones democráticas del mundo occidental acogieron, a mediados del siglo XX, los nuevos derechos fundamentales reconocidos a los trabajadores. La emergencia de la Europa de las Comunidades se debió a predilecciones económicas que relegaron a un segundo plano los aspectos relativos a la Política Social y el Derecho Social. Tras el impulso debido al Acta Única Europea, el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Ámsterdam proclamaron la necesidad de una *protección social adecuada*. Esos derechos básicos –incorporados a la lista de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea aprobada en el Tratado de Niza– afluyeron después al Proyecto de Tratado que establecía una Constitución para Europa y que se vio frustrado por falta de ratificación. El Tratado de Lisboa atribuyó, al fin, carácter vinculante a dicho repertorio. Ahora, con la reasunción de la Carta por el Tratado de Lisboa no todo está resuelto sino que el porvenir de los derechos fundamentales de los ciudadanos depende de muchos condicionamientos y, muy en particular, de la coincidencia pacífica en definir el *concepto de integración europea* y del signo de las vicisitudes económicas en curso.

**ABSTRACT** In the mid-twentieth century, Western democratic nations accommodated the new fundamental rights acknowledged to workers. The emergence of the European Communities was due to economic predilections that relegated the aspects related to social policy and social law to a second level. After the boost given by the Single European Act, the Treaty on European Union and the Treaty of Amsterdam proclaimed the need for *adequate social protection*. Those basic rights –integrated into the list of the Charter of Fundamental Rights of the European Union approved by the Treaty of Nice– were included in the draft Treaty establishing a Constitution for Europe, which was frustrated because it was not ratified. Finally, the Treaty of Lisbon regarded such list as binding. Now, with the Treaty of Lisbon reassuming the Charter, not everything is settled. The future of citizens' fundamental rights depends on many issues and, particularly, on the peaceful agreement to define the *concept of European integration* and on the sign of the current economic hardships.

# Los derechos fundamentales en la Unión Europea renovada

CARLOS RUIZ MIGUEL\*

## 1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LAS DOS VÍAS DE LA CONSTRUCCIÓN EUROPEA

Los derechos fundamentales constituyen uno de los elementos en los que el Tratado de Lisboa ha introducido novedades en el Derecho primario de la Unión Europea. En esta contribución se pretende argumentar que el alcance de dicha aportación no reside tanto en la atribución de valor jurídico a la Carta de los Derechos Fundamentales cuanto en la posibilidad de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

1.1. Las aspiraciones a la integración europea son muy antiguas, ciertamente y podrían remontarse hasta Carlomagno. Pero los intentos de construir una unidad política europea sobre una base liberal o democrática, con reconocimiento de derechos fundamentales son más recientes. Podríamos decir que tienen su primera expresión en el proyecto presentado por Saint-Simon y Thierry en 1814 tras la derrota de Napoleón<sup>1</sup>. Saint-

Simon propone una «constitución» inspirada en el modelo político inglés<sup>2</sup>, con un rey (que no detalla) y un parlamento bicameral elegido por criterios censitarios y meritocráticos<sup>3</sup> y que garantice ciertos derechos como la libertad de conciencia y la libertad religiosa<sup>4</sup>. El proyecto no fue tenido en cuenta y en la Conferencia de Viena las potencias europeas decidieron apoyar la instauración de monarquías absolutistas en Europa.

Después hubo algunos movimientos europeístas de tipo liberal pero el triunfo de los absolutismos en la primera mitad de siglo XIX y la era de los nacionalismos y los imperialismos en la segunda mitad de ese siglo y los comienzos del XX marginaron aquellas propuestas.

Sólo después de la Primera Guerra Mundial esos proyectos resucitaron de nuevo. La guerra asoló Europa y emergieron a sus costados dos grandes potencias que amenazaban con eclipsarla: los Estados Unidos de América (USA) y la Unión de Repúblicas Socialistas

\* Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Santiago de Compostela.

<sup>1</sup> Conde de SAINT-SIMON y A. THIERRY, De la reorganización de la sociedad europea, nota preliminar de

ANTONIO TRUYOL Y SERRA y trad. de ANTONIO TRUYOL e ISABEL TRUYOL WINTRICH, IEP, Madrid, 1975.

<sup>2</sup> SAINT-SIMON y THIERRY, *op. cit.*, p. 34.

<sup>3</sup> SAINT-SIMON y THIERRY, *op. cit.*, p. 81 ss.

<sup>4</sup> SAINT-SIMON y THIERRY, *op. cit.*, p. 95.

Soviéticas (URSS). En ese momento reaparece el movimiento europeísta liberal bajo el liderazgo del conde Richard Coudenhove-Kalergi que en 1923 publicó un libro-panfleto importante, *Pan-Europa*, incitando a la creación de un Estado federal europeo siguiendo el modelo de los USA<sup>5</sup>. Inicialmente, en esa obra Coudenhove no hizo referencia a los derechos fundamentales, sino fundamentalmente a los problemas de articulación entre los Estados soberanos. Pero cuando estalló la Segunda Guerra Mundial, publicó un libro agónico «Europa debe unirse» donde se incluyó un manifiesto («Llamamiento a todos los europeos») en el que consideraba que Europa no tenía futuro por los caminos del bolchevismo o del nacionalismo, y que sólo podía sobrevivir si se unía. En ese llamamiento consideraba que la Federación de los «Estados Unidos de Europa» debía organizarse sobre bases liberales para asegurar, entre otros objetivos:

«3. La obligación de todos los Estados europeos, sin consideración a las diferencias de sus Constituciones, de respetar los derechos de la persona humana y la igualdad de los ciudadanos que pertenezcan a minorías étnicas o religiosas»<sup>6</sup>.

**1.2.** El fin de la Segunda Guerra Mundial trajo una destrucción aún mayor que la Primera Guerra. Esto dio fuerzas a los movimientos europeístas de tipo liberal-democrático. En mayo de 1948 se celebró en La Haya un Congreso organizado por el Comité Internacional de Movimientos para la Unidad Europea. De este congreso nació la idea de crear una «Asamblea» que impulsara la Unión Europea (lo que se concretará con la creación del «Consejo de Europa») y la de que los miembros de ese futuro Consejo de Europa debieran suscribir una declaración de

derechos fundamentales como condición para su entrada en el mismo. Pero además se añadían dos cosas: en primer lugar, que los Estados debían reconocer a ese Consejo "el derecho de hacer asegurar ese respeto" a los derechos fundamentales; y, en segundo lugar, que se constituiría un "Tribunal Europeo independiente" al cual "todo miembro del Consejo podrá someter los casos en los cuales la declaración de derechos parezca haber sido violada". Sobre la base de este Informe, la Comisión Jurídica del Movimiento Europeo elaboró un primer proyecto de Convenio que fue presentado a la Conferencia de Bruselas de febrero de 1949<sup>7</sup>.

La «Asamblea» tomo cuerpo con la creación del Consejo de Europa mediante la aprobación del «Estatuto del Consejo de Europa»<sup>8</sup>. Sin embargo, el Consejo de Europa supuso una gran frustración para las aspiraciones europeístas. Es cierto que se asumía una retórica «federalista» que recordaba a la Constitución norteamericana<sup>9</sup>, y que tenía un objetivo que era la «acción conjunta en los campos económicos, social, cultural, científico, jurídico y administrativo, así como la salvaguardia y la mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales». Sin embargo, aquello no se concretaba en el articulado: la «Asamblea» no tenía competencias decisorias y sólo podía emitir recomendaciones» (arts. 22 y 23 del Estatuto del Consejo de Europa).

<sup>7</sup> MANUEL DÍEZ DE VELASCO Y VALLEJO, «Mecanismos de garantía y medios procesales de protección creados por la Convención Europea de los Derechos del Hombre», en VV.AA.: *Homenaje a Nicolás Pérez Serrano*, Reus, Madrid, 1959, t. II, p. 585 ss., p. 586-587.

<sup>8</sup> Estatuto del Consejo de Europa, de 5 de mayo de 1949 (ratificado por España el 21 de febrero de 1978, BOE 1 de marzo de 1978).

<sup>9</sup> El Preámbulo decía que «se impone una unión más estrecha entre todos los países europeos animados de los mismos sentimientos» y el artículo 1.a que «la finalidad del Consejo de Europa consiste en realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social».

<sup>5</sup> RICHARD, N. COUDENHOVE-KALERGI, *PanEuropa*, trad. española de FÉLIX DE LA FUENTE, Encuentro-CEU, Madrid, 2010 (1ª ed. del original en 1923).

<sup>6</sup> RICHARD, N. COUDENHOVE-KALERGI, *Europe must unite*, PanEuropa, Glarus, 1939, p. 159.

La gran frustración que supuso la configuración del Consejo de Europa hizo que se tratara de compensar los esfuerzos e ilusiones de los europeístas con la aprobación, un año después del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>10</sup>. Ese Convenio por primera vez, estableció una declaración europea de derechos humanos y un mecanismo internacional para velar por el respeto de la misma. Pero el mecanismo quedaba lejos de lo que querían los sectores europeístas. Ciertamente se creaba un «Tribunal Europeo de Derechos Humanos» (TEDH), pero como un tribunal «internacional» ante el que los únicos legitimados para interponer demandas eran los Estados miembros y un organismo internacional, la «Comisión Europea de Derechos Humanos».

El CEDH contenía una declaración de derechos «liberales» o «civiles y políticos». Es cierto que en el protocolo adicional nº 1 se incorporó un derecho «social» como era el derecho a recibir instrucción, pero el hecho es que el grueso de los llamados «derechos sociales» quedaron fuera del sistema. El Consejo de Europa, intentó, de forma vergonzante, reconocer los «derechos sociales» en un tratado distinto, posterior, la «Carta Social Europea» (CSE) firmada el 18 de octubre de 1961 en Turín. Pero había una diferencia esencial entre los derechos reconocidos en el CEDH y los reconocidos en la CSE: mientras los primeros estaban garantizados por un mecanismo coronado por el TEDH, los segundos no tenían un mecanismo de garantía. En efecto, los artículos 20 ss. de la CSE establecen, por un lado, que el Estado firmante sólo queda obligado por un mínimo determinado de artículos de la misma (que puede elegir de entre los que le ofrece la Carta) y a considerar que los demás «derechos» serán considerados como «objetivos que tratará de alcanzar por los medios adecuados» (art. 20 CSE).

<sup>10</sup> Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, de 5 de mayo de 1949 (ratificado por España el 26 de septiembre de 1979, BOE 10 de octubre de 1979).

Por otro lado, el «control» sobre el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la CSE al Estado miembro se hace, no por un Tribunal, sino por un complicado sistema de informes que en síntesis es el siguiente: primeramente los Estados miembros presentan un informe anual sobre su nivel de cumplimiento de la CSE; luego un «Comité de Expertos» los evalúa; la conclusión del «Comité de Expertos» es examinada después por el «Subcomité del Comité Social Gubernamental» que a su vez aprueba un nuevo informe que se somete al Comité de Ministros del Consejo de Europa el cual, después de todo esto, lo más que hace es emitir «recomendaciones» (arts. 22-29 CSE).

**1.3.** El relativo fracaso del movimiento europeísta con la aprobación de un Convenio Europeo de Derechos Humanos que quedaba bastante lejos de lo que pedían los promotores de la unión política europea, fue un nuevo trauma para éstos. Esto llevó a algunos prominentes europeístas a emprender una vía alternativa. Es lo que sugirió el ministro francés de Asuntos Exteriores, el alsaciano Robert Schuman apenas cinco días después de que se aprobara el CEDH.

En su declaración de 9 de noviembre de 1950, Schuman proclamó que

*«Europa no se hará de golpe, ni en una construcción de conjunto: se hará por medio de realizaciones concretas, creando en primer lugar una solidaridad de hecho».*

En esa misma declaración, Schuman, propuso dar el primer paso para conseguir una «realización concreta» que creara esa «solidaridad de hecho». De esta forma, recogiendo una idea que ya avanzó Coudenhove-Kalergi en 1923, propuso

*«situar el conjunto de la producción franco-alemana de carbón y acero bajo una Alta Autoridad común, en una organización abierta a la participación de otros países de Europa».*

Según Schuman esto será la

*«primera etapa de la Federación europea y cambiará el destino de las regiones volcadas durante largo tiempo en la fabricación de armas de guerra de las que son las más continuadas víctimas»<sup>11</sup>.*

El llamamiento de Schuman dio origen a la Comunidad Europea del Carbón y del Acero creada en París apenas un año después (1951) con la concurrencia de seis Estados (Alemania y Francia más Italia, Bélgica, Holanda y Luxemburgo). El tratado de la CECA era puramente económico y no incluía cláusulas políticas o relativas a los derechos fundamentales. La CECA iniciará un proceso de construcción europea económica distinto del proceso político patrocinado por el Consejo de Europa. Se bifurca así el intento de lograr la unidad europea. La bifurcación se hizo más llamativa por cuanto no coincidía el número de participantes en uno y otro proceso (el Consejo de Europa contaba con un número muy superior de Estados miembros).

El éxito de la CECA, creada a iniciativa de Schuman, hizo creer de nuevo a los federalistas europeos que era posible lograr la unión política europea. Se intentó nuevamente lograr la unión política pero esta vez sólo con los seis Estados que emprendieron el camino de la solidaridad económica. Así, apenas un año después del tratado CECA, el 9 de mayo de 1952, se elaboró un «Proyecto de tratado instituyendo la Comunidad Europea de Defensa» (CED). La inspiración en Coudenhove y el objetivo europeísta de este tratado eran inequívocos. El Preámbulo del mismo, por un lado, afirmaba que los Estados signatarios se mostraban «preocupados por salvaguardar los valores espirituales y morales que son el patrimonio común de sus pueblos» y, por otro, que los firmantes era «conscientes

de franquear así una etapa nueva y esencial en la vía de la formación de una Europa unida». La CED era una etapa esencial para lograr la unión política. Uno de los aspectos de la unión política es el reconocimiento de los derechos fundamentales. El Proyecto de CED establecía que la misma sólo recurrirá a intervenciones militares «en la medida necesaria para el cumplimiento de su misión y respetando las libertades públicas y los derechos fundamentales de los individuos» (art. 3.1 del Proyecto de CED). Este reconocimiento de los derechos fundamentales, por primera vez, en el proceso auspiciado por los seis fundadores de la CECA suponía una interferencia con el proceso de unión política auspiciado por el Consejo de Europa.

En estrecha relación con el proyecto de CED, una llamada «Asamblea *ad hoc*» propuesta por la Asamblea parlamentaria de la CECA y los seis Estados miembros adoptó en Estrasburgo el 10 de marzo de 1953 un «Proyecto de Tratado sobre Estatuto de la Comunidad Europea» (ECE). Este proyecto preveía el establecimiento de una auténtica Comunidad Política Europea y tenía una clara inspiración federalista y contenía numerosas referencias a los derechos fundamentales. En el Preámbulo, los firmantes se mostraban

*«decididos a salvaguardar conjuntamente la dignidad, la libertad y la igualdad fundamental del hombre, cualquiera que sea su condición, raza o religión».*

En su articulado las referencias a los derechos son numerosas e importantes. Así, el art. 2 establecía entre los fines de la comunidad política europea el de «contribuir a la salvaguarda, en los Estados miembros, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales». El art. 3 iba aún más lejos ya que establecía que

*«las disposiciones del Título I del Convenio para la salvaguardia de los derechos humanos y las libertades fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, así como*

<sup>11</sup> El texto de la Declaración de 9 de mayo de 1950 se encuentra en ROBERT SCHUMAN, *Pour l'Europe*, Nagel, París, 1963, p. 201 ss.

*las de su protocolo adicional, firmado en París el 20 de marzo de 1952, son parte integrante del presente Estatuto».*

Sin embargo, pronto la realidad del nacionalismo político vino a enfrentarse a los sueños federalistas europeos. El día 30 de agosto de 1954, el Parlamento francés bajo la presión de gaullistas y comunistas rechazó ratificar el tratado de la CED, que ya había sido ratificado por los otros cinco Estados. El rechazo de la CED implicó la inmediata congelación del proyecto político de «Estatuto de la Comunidad Europea».

A partir de entonces, la bifurcación del proceso de construcción europeo se consumó: por un lado, el Consejo de Europa promovía la unión política mediante el CEDH, y por el otro, los seis países fundadores de la CECA ahondaban su camino a la unión económica fundando en 1957 dos nuevas comunidades de carácter esencialmente económico: la Comunidad Económica Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica. Estas dos últimas, igual que la CECA, se mantuvieron en el ámbito estrictamente económico eludiendo la referencia al reconocimiento de los derechos fundamentales y a un control supranacional del respeto de los mismos.

1.4. El mecanismo de reconocimiento y protección de los derechos fundamentales instaurado por el Consejo de Europa fue consolidándose de forma lenta pero segura. Las comunidades europeas no se resignaron a ser sólo una unión económica e intentaron, por diversas vías, incorporar esa importante área de carácter «político» al ordenamiento comunitario. Sin embargo, como vamos a ver, o esa operación se hizo de forma irregular (*ultra vires*) o bien se hizo de forma insuficiente (Acta Única Europea, Tratado de la Unión Europea). Y el tiempo jugó en su contra. Porque en ese precioso tiempo en el que las Comunidades Europeas no hicieron bien las cosas el Consejo de Europa consolidó su posición como referente en materia de derechos fundamentales en Europa.

Como se ha dicho, los tratados que instituyeron las tres comunidades europeas omitían referencias a los derechos fundamentales. Ciertamente, contenían disposiciones que entraban en el terreno de los derechos fundamentales (como la libertad de establecimiento o la libertad de circulación) pero no eran propiamente hablando «derechos fundamentales de las personas» porque *eran derechos que se predicaban únicamente de los actores económicos*. La «persona» que no actuaba como «*homo aeconomicus*» no tenía ningún derecho reconocido en los tratados comunitarios. Estaba claro que esta situación sólo podía superarse si se procedía a una reforma de los tratados que, por un lado, reconociera «derechos fundamentales» y, por tanto, predicables para todas las personas (y no sólo para los actores económicos) y que, por otro, prestara a esos derechos el mecanismo de garantía que los tratados disponían para salvaguardar el resto de sus previsiones.

1.4.1. El Tribunal de Justicia pretendió conseguir en los tribunales lo que el movimiento europeísta no consiguió en los parlamentos y en los gobiernos. La construcción del Derecho Comunitario que llevó a cabo el Tribunal de Justicia de las Comunidades, que ha sido calificada (creemos que un tanto inexactamente) como «pretoriana», se articula en torno a dos ideas fundamentales: la primera, que los Tratados comunitarios generan directamente derechos para los particulares, invocables ante los tribunales nacionales; la segunda, que el Derecho comunitario prevalece sobre el Derecho nacional en caso de conflicto con éste. La primera idea (los Tratados comunitarios generan directamente derechos y obligaciones no sólo para los Estados sino también para los ciudadanos) se manifestó en la sentencia *Van Gend & Loos* de 1963<sup>12</sup>. La segunda idea (el Derecho surgido a partir de

<sup>12</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia, de 5 de febrero de 1963 (C-26/62), *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Administración fiscal holandesa* [1963] Rec. 1.

los tratados comunitarios prevalece sobre el Derecho nacional del Estado) se contiene en la sentencia *Costa* de 1964<sup>13</sup>. Ambas ideas, articuladas conjuntamente, suponían un impulso verdaderamente espectacular al proceso de construcción política europea. Sin esperar a que madurara esa «solidaridad de hecho», el Tribunal de Justicia forzó una serie de pasos hacia la unión política europea siguiendo el modelo norteamericano, en el que la construcción del federalismo estuvo protagonizada por el Tribunal Supremo. En los Estados Unidos, el Supremo primero afirmó que la Constitución federal era norma jurídica obligatoria que generaba derechos y obligaciones directas no sólo para los Estados federados sino también para los ciudadanos; y luego afirmó que el Derecho de la Constitución federal era superior al de los Estados federados. A partir de ahí, con interpretar extensivamente las competencias asignadas a la Federación (como la cláusula de comercio) se aseguraba la construcción federal de la unión política norteamericana. Sin embargo, el Tribunal de Justicia europeo olvidaba las importantes diferencias entre el caso europeo y el norteamericano: la homogeneidad social, política y cultural norteamericana era muy superior a la europea; y además se dio la circunstancia de que el federalismo se impuso mediante la derrota militar de los antifederalistas en una sangrienta guerra. Pero había otra diferencia más: tanto la Constitución federal como las de los Estados federados americanos contenían declaraciones reconociendo los derechos fundamentales de los individuos; sin embargo, en Europa, los derechos fundamentales no se encontraban en los textos del proceso de unión nacido con la CECA y se hallaban reconocidos sólo en las Constituciones de los Estados y en el texto de la otra vía hacia la unión política, el CEDH del Consejo de Europa. Weiler ha advertido

<sup>13</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia, de 15 de julio de 1964 (C-6/64), *Flaminio Costa v. E.N.E.L.* [1964] Rec. 1141.

que aquí se encontraba el talón de Aquiles de la expansión del Derecho comunitario: ¿cómo justificar la prevalencia de un Derecho que no consagra los derechos fundamentales (el comunitario) sobre otro que sí lo hace (el estatal)<sup>14</sup>?

El Tribunal de Justicia, guiado por un impulso de «despotismo ilustrado» intentó a toda costa promover un proceso de unión política desde arriba supliendo el déficit de derechos fundamentales a través de un penoso proceso<sup>15</sup>.

Primero, afirmó que «los derechos fundamentales de la persona» se hallan «comprendidos en los principios generales del Derecho comunitario, cuyo respeto garantiza el tribunal»<sup>16</sup>.

Muy poco después<sup>17</sup>, el tribunal combinó esta doctrina con las de efecto directo y primacía, lo que suscitó gravísimos temores en varios países europeos<sup>18</sup>. Para intentar apaciguar estas preocupaciones el Tribunal ideó una pretendida solución que, por un lado,

<sup>14</sup> JOSEPH H. H. WEILER, «The jurisprudence of Human Rights in the European Union. Integration and disintegration, values and processes», *Jean Monnet Working Paper* 2/96, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/96/9602.html>.

<sup>15</sup> En las siguientes líneas sintetizaré ese proceso al que me he referido más extensamente en «El largo y tortuoso camino hacia la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en la obra colectiva que tuve el honor de coordinar *Estudios sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2004, p. 13 ss., p. 26 ss.

<sup>16</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia, de 12 de noviembre de 1969 (C-29/69), *Erich Stauder v. Departamento Social de la ciudad de Ulm* [1969] Rec. 419.

<sup>17</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1970 (C-11/70), *Internationale Handelsgesellschaft mbH*, [1970] Rec., p. 1.125.

<sup>18</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Italiano, nº 183/1973 de 27 de diciembre (ponente: Astuti), caso *Frontini y otros c. Ministerio de Finanzas*, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1973, Tomo I, p. 2401 ss.; Auto (*Beschluss*) del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 29 de mayo de 1974, *BverfGE*, t. 37, p. 271 ss.

permitiese consagrar su doctrina anterior (los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho comunitario cuyo respeto garantiza el Tribunal; el Derecho comunitario tiene primacía absoluta sobre el Derecho nacional) y, por otro, tranquilizase a los tribunales constitucionales alemán e italiano. Esa pretendida solución fue la doctrina según la cual los derechos que protegen las Comunidades Europeas serían todos los protegidos en las Constituciones nacionales, con lo que no habría riesgo de desprotección<sup>19</sup>.

Esta nueva construcción, sin embargo, despertó las resistencias de otros Estados miembros, fundamentalmente el Reino Unido que ni tenía, ni pretendía tener, una declaración de derechos en su derecho interno y que veía cómo entraba esa declaración por la «puerta de atrás» del Derecho comunitario. Obsérvese que hasta 1998 el Reino Unido no tenía una declaración de derechos pues aunque había ratificado el CEDH no lo había convertido en Derecho interno. Por el contrario, en el momento de la adhesión a las Comunidades se estableció que todo el Derecho comunitario quedaba transformado en Derecho interno. El Reino Unido convirtió en Derecho interno el Derecho comunitario considerando que el mismo no introducía una declaración de derechos. De ahí que la construcción del TJ de las Comunidades alarmara a los dirigentes británicos.

1.4.2. En el seno de las Comunidades europeas se era consciente de la debilidad de la construcción jurisprudencial elaborada por el Tribunal de Justicia. De ahí que se intentase incorporar al texto de los Tratados el

<sup>19</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de mayo de 1974 (C-4/73), *J. Nold, Kohlen-und Baustoffgroshandlung v. Comisión*, [1974] Rec. p. 491 ss. Esta sentencia es posterior a la sentencia Frontini y anterior en unos días a la decisión «Solange». No obstante, el TJ sabía que el caso Solange se había planteado ante el TCFA y pretendía evitar un pronunciamiento excesivamente duro por éste.

reconocimiento de los derechos fundamentales<sup>20</sup>. Esta tarea, sin embargo, no ha sido fácil y aun en este momento presenta problemas que trataremos más adelante.

A. El primer intento de dar una base textual en los tratados al reconocimiento de los derechos fundamentales se contiene en el *Acta Única Europea*, firmada en Luxemburgo el día 17 de febrero de 1986 (si bien Grecia, Italia y Dinamarca firmaron el 28 de febrero) que fue el primer paso jurídico-positivo que se dio hacia la unión política en el marco comunitario. En las discusiones que dieron lugar a este Tratado se pusieron de manifiesto, nuevamente, las dos posturas enfrentadas, entre los partidarios y los contrarios a la inclusión de los derechos fundamentales en los Tratados. Al final se llegó a un compromiso que consistió en incluir una mención de los derechos fundamentales en el Preámbulo del Tratado CEE (párrafos 3º y 5º): aparecían así en los Tratados, pero al no hallarse en la parte dispositiva no podían desplegar una eficacia jurídica.

B. El segundo paso en este proceso lo constituye el *Tratado de la Unión Europea* (TUE) firmado en la ciudad holandesa de Maastricht el 7 de febrero de 1992. Este Tratado, en cuanto que abre un nuevo proceso «político» de unión europea, no podía sino incluir referencias a los derechos fundamentales. Esas referencias se van a hacer en una triple dirección: a través de la inclusión de una cláusula general (en el TUE); mediante la inclusión de ciertos derechos concretos (en el Tratado de la CEE); y con la incorporación de derechos sociales.

La primera fue la inclusión de una cláusula general sobre derechos fundamentales donde una vez más se reprodujo el enfrentamiento entre las posiciones más «europeístas» y las más «estatalistas» y como en tantos

<sup>20</sup> Sobre esta cuestión, me remito al antecitado trabajo, «El largo y tortuoso camino ...», p. 38 ss.



momentos del pasado se llegó a un compromiso<sup>21</sup>. En esta ocasión la recepción de los derechos fundamentales no sólo se hizo en el Preámbulo (como ocurrió en el AUE), sino también en el articulado. Ahora bien, esos artículos fueron expresamente sustraídos a la competencia del Tribunal de Justicia. De esta suerte se renovaba, de alguna manera, el compromiso alcanzado en el AUE.

La segunda dirección del TUE fue la de reconocer ciertos derechos en particular, con la introducción del status de «ciudadanía de la Unión», concretado en cuatro derechos que se reconocían: libertad de circulación, libertad de residencia, derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales y europeas, derecho a la protección diplomática y derecho de petición (arts. 8 a 8 D y art. 138 D TCEE-1992). Algunos de estos derechos eran aplicables a las relaciones jurídicas de Derecho comunitario (libertad de circulación, libertad de residencia, derecho de petición) pero había dos derechos que, por primera vez, resultaban aplicables a relaciones jurídicas que no eran de Derecho comunitario.

<sup>21</sup> Este compromiso, sería, como se deduce del proceso de reforma continua de los Tratados que se abre en Maastricht, inestable. No hay que olvidar que si bien la firma de Maastricht tiene lugar en febrero de 1992, el proceso de ratificaciones fue largo y penoso e incluyó el rechazo inicial del pueblo danés expresado a través de un referéndum. Esta inestabilidad, que se basa en la imposibilidad de alcanzar un consenso en la Europa, entonces de 12 miembros, da lugar a un doble proceso. Por una parte, al germen de las cooperaciones reforzadas en materias fundamentales como la Unión Monetaria, o la Carta social de derechos de los Trabajadores. Por otra parte al fortalecimiento de un discurso sobre la «Europa de los Ciudadanos», fundamento, a su vez de programas y legislación relativa a incrementar la transparencia informativa de las Instituciones y órganos comunitarios, a partir de la celebración del Consejo europeo de Birmingham en diciembre de 1992, es decir, en pleno debate sobre la ratificación de la primera versión del Tratado de la Unión Europea. Al respecto ver ELENA F. PÉREZ CARRILLO «La transparencia en el funcionamiento de la Unión Europea: El acceso del Público a los documentos de sus Instituciones y Órganos», *Revista Vasca de Administración Pública*, 2000, núm. 56, p. 349 ss., en particular p. 353.

En tercer lugar, se reconocían derechos sociales. Sin embargo, ante la oposición del Reino Unido a aceptar la inclusión de ese tipo de derechos en el ordenamiento comunitario se tomó una grave decisión que tendría gran impacto futuro: el reconocimiento de esos derechos no se haría en el Tratado propiamente dicho (cuyas cláusulas obligan a todos los Estados miembros por igual), sino en un protocolo adicional al tratado (el «Protocolo sobre la política social»). Pero ese protocolo no fue establecido por los entonces doce Estados miembros en ese momento, pues el Reino Unido se auto-excluyó. De esta forma, en Maastricht, para sacar adelante ciertas propuestas se inició, en este campo y en otros (moneda única, p. ej.) la táctica de la Europa a «varias velocidades» o de las «cooperaciones reforzadas» que tenían un efecto colateral importante: restar homogeneidad a la UE.

Sin embargo, como ya advertí en 1995, estas cláusulas sobre derechos en realidad significaban muy poco porque los «derechos fundamentales» no son una «competencia», cuyo ejercicio pudiera ser transferido a las instituciones comunitarias, sino precisamente eso «derechos fundamentales»<sup>22</sup>, o sea, derechos subjetivos garantizados al más alto nivel. Cuestión distinta es que se hubiera transferido alguna «competencia» sobre los derechos fundamentales (como la de la garantía judicial de los mismos), pero no fue el caso.

C. El *Tratado de Ámsterdam* de 1997<sup>23</sup> no añadió nada a las cláusulas generales ya contenidas en el TUE (excepto referencias a

<sup>22</sup> CARLOS RUIZ MIGUEL, «Los derechos fundamentales en la relación entre el Derecho comunitario y el ordenamiento nacional», *Noticias de la Unión Europea* n.º 120 (1995), p. 37 y ss. (p. 59).

<sup>23</sup> DOCE 10-11-1997 C340/145. Sobre las insuficiencias de Ámsterdam para cerrar los flecos de Maastricht ver por todos ELENA F. PÉREZ CARRILLO, «El Tratado de Ámsterdam. Entre el mercado de los quince y la Europa del siglo XXI», *Noticias de la Unión europea*, 186, julio 2000, pp. 171 ss.

los derechos sociales en su Preámbulo). Ahora bien, este Tratado introdujo tres novedades.

La primera consistió en establecer un mecanismo para vigilar el cumplimiento por los Estados miembros de los derechos fundamentales *también en sus relaciones jurídicas internas* (artículo F1 TUE-1997).

La segunda estribó en incorporar nuevos derechos concretos al TCEE, como el derecho a la información de los consumidores (art. 129 A TCEE-1997), el derecho de acceso a los documentos de algunos órganos comunitarios (art. 191 A TCEE-1997) o el derecho a la protección de datos personales (art. 213 B TCEE-1997).

La tercera fue la de aludir en el Tratado CEE propiamente dicho, por primera vez, a los derechos sociales pero entendidos, no como derechos fundamentales, sino como principios rectores de la política comunitaria (arts. 117, 118, 118 C TCEE-1997). Mientras en Maastrique-1992 esas normas se incluían en un «protocolo» del que el Reino Unido se había auto-excluido, ahora se incluían en el Tratado CEE y por tanto con validez para todos los Estados miembros.

D. *El Tratado de Niza de 2001*<sup>24</sup> fue si cabe más tímido en esta materia. Su única aportación fue la reforma del sistema de vigilancia y sanción a los Estados de la Unión que violen gravemente los derechos fundamentales, después del fiasco producido tras la precipitada aplicación del mecanismo de sanciones a Austria, en 1999 (art. 7 TUE-2001).

<sup>24</sup> DOCE 10-3-2001 C80/1. El resultado de Niza es considerado como «una etapa más dentro del proceso abierto en Maastrique... y una etapa sin vocación de permanencia». Sobre el particular Elena F. PÉREZ CARRILLO «El Tratado de Niza, entre la consolidación de la Unión de Maastricht y el Debate sobre el Futuro de Europa», *Revista de Estudios Europeos*, núm. 27, 2001, p.77 ss., en especial p. 78-80.

La conclusión de este proceso iniciado en el Tratado de Maastrique de 1992, es que en el ordenamiento comunitario los derechos fundamentales, salvo los derechos reconocidos en concreto en el TCEE y los principios rectores de la política social, eran normas de Derecho objetivo, pero no derechos subjetivos.

E. Por su parte, el tratado estableciendo *la llamada «Constitución» europea* de 2004 sólo introdujo confusión en el terreno. Como en su momento expuse, había varios problemas básicos.

El primer problema era que la ambigua regulación acerca del alcance de los derechos pues, si bien el art. I.9 incorporaba la «Carta de los Derechos Fundamentales» (CDF) como parte de los tratados (lo que significaba que, en principio, se ampliaban las competencias de la UE para incluir la protección de estos derechos) por otro lado, el artículo II-111.2 establecía que la CDF no ampliaba las competencias de la UE.

Además, el segundo problema, es que el art. II.112.4 de la «Constitución» era ambiguo al determinar la cuestión de si los derechos de las Constituciones estatales tenían fuerza normativa, como tales, en el nivel europeo; por otro lado, no establecía un estatuto jurídico único para los derechos fundamentales, sino más bien una multiplicidad de regímenes, todos ellos válidos, cuya aplicación eventualmente se solapaban<sup>25</sup>.

El *Tratado de Lisboa* de 2007 (en vigor desde diciembre de 2009) trata de superar los problemas que planteaba la llamada «Constitución» Europea en este punto. Lo veremos a continuación.

<sup>25</sup> CARLOS RUIZ MIGUEL, «Los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos», en ENRIQUE ÁLVAREZ CONDE y VICENTE GARRIDO MAYOL (coordinadores): *Comentarios a la Constitución Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, t. II, p. 163 ss.

## 2. LOS PRIMEROS INTENTOS DE CONVERGENCIA ENTRE EL CONSEJO DE EUROPA Y LAS COMUNIDADES EUROPEAS/UNIÓN EUROPEA

Desde el momento en que las Comunidades Europeas pretendieron incorporar a su ordenamiento los derechos fundamentales, se planteó el problema de cómo articular ese eventual sistema de reconocimiento y protección de los derechos fundamentales con el sistema creado por el Consejo de Europa y que cada vez aparecía más consolidado.

**2.1.** Los «seis» Estados de la Comunidad eran conscientes de que este paso hacia la unión política interfería con el proceso dirigido por el Consejo de Europa; precisamente por eso previeron un mecanismo de articulación entre ambos procesos. Ese era el sentido del art. 43 del Proyecto de ECE. Este importante precepto disponía, en primer lugar, que cualquier ciudadano podría recurrir en defensa de sus derechos fundamentales ante el Tribunal de la Comunidad; pero además, en segundo lugar, se admitía que cuando hubiera un caso con implicaciones sobre derechos fundamentales el tribunal de la comunidad suspendería la sentencia sobre el caso hasta que el TEDH (del Consejo de Europa) emitiera su sentencia. De esta suerte se conseguía la convergencia entre los dos procesos de unidad europea.

**2.2.** Cuando el TJ de las Comunidades se aventuró a reconocer los «derechos fundamentales» como elementos de los «principios generales» del Derecho comunitario, aunque inicialmente evitó referirse al CEDH muy pronto no tuvo más remedio que acudir al mismo para indicar que en la salvaguarda de estos derechos el tribunal obtenía «inspiración», no sólo en las Constituciones de los Estados miembros, sino también en los tratados internacionales ratificados por los Estados miembros de la Comunidad, aludiendo indirecta-

mente al CEDH<sup>26</sup>. Poco más tarde el TJ aludiría de forma ya directa al CEDH como criterio de identificación de los derechos protegibles en el ordenamiento comunitario<sup>27</sup>.

**2.3.** Siguiendo esa estela, el «Tratado de la Unión Europea» de 1992, dio un paso firme en la vía de la convergencia entre la Unión Europea y el Consejo de Europa al establecer, en el artículo F.2 de aquel Tratado que:

*«La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario»*

Sin embargo, el propio TJ, muy probablemente celoso del TEDH, abortó ese proceso de acercamiento en el importantísimo *dictamen del Tribunal de Justicia sobre la adhesión de la Comunidad al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales* se solicitó casi dos años después<sup>28</sup>. Y lo hizo con una doctrina rigurosa que, de haberse aplicado a sí mismo, hubiera llevado a desautorizar toda su construcción sobre los derechos fundamentales como parte de los «principios generales» del Derecho comunitario. En este dictamen el Tribunal se enfrentó a sus propias contradicciones: o bien las Comunidades Europeas tenían competencias en materia de derechos fundamentales y

<sup>26</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de mayo de 1974 (C-4/73), *J. Nold, Kohlen-und Baustoffgrosshandlung v. Comisión*, [1974] Rec. p. 491 ss. Esta sentencia es posterior a la sentencia Frontini y anterior en unos días a la decisión «Solange». No obstante, el TJ sabía que el caso Solange se había planteado ante el TCFA y pretendía evitar un pronunciamiento excesivamente duro por éste.

<sup>27</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de diciembre de 1979 (C-44/79), caso *Liselotte Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, [1979] Rec. p. 3727 ss.

<sup>28</sup> Dictamen del Tribunal de Justicia 2/94, de 28 de marzo de 1996 [1996] Rec. I, p. 1759 ss.

podían ratificar el CEDH, o bien no tenían competencias y entonces la jurisprudencia del TJ sobre la cuestión quedaba desautorizada; ora el Derecho comunitario era «autónomo» y con «primacía» absoluta sobre cualquier otro Derecho, ora el Derecho comunitario reconocía un ordenamiento sobre los derechos fundamentales (el CEDH) no elaborado por las Comunidades y por encima de su Derecho. El hecho es que el TJ estableció que «la Comunidad *sólo* dispone de competencias de atribución» (cursiva mía), esto es, de aquellas que le atribuye el Tratado sin que la misma pueda autoatribuirse competencias sin la previa modificación del Tratado. A la luz de estas premisas, la conclusión está clara: si los derechos fundamentales fueran una «competencia» de la Comunidad sería posible la adhesión al CEDH; pero si no lo fueran no. Pues bien, el Tribunal concluyó que «en el estado actual del Derecho comunitario, la Comunidad no tiene competencia para adherirse al Convenio». Esto significaba, sencillamente, que la cláusula de derechos humanos incorporada en el TUE era insuficiente. Algo que el que suscribe ya había afirmado un año antes en el trabajo citado *supra*.

A partir de ahí quedaban dos salidas: o bien apostar decididamente por la convergencia con el Consejo de Europa estableciendo un mandato específico para la adhesión de la UE al CEDH; o bien seguir un camino diferente al del Consejo de Europa reconociendo en el propio Tratado una tabla de derechos fundamentales con naturaleza de derechos subjetivos exigibles ante los organismos de la UE. La UE intentó lo más difícil: las dos cosas a la vez.

### 3. LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: DEL INTENTO DE PRESCINDIR DEL CONSEJO DE EUROPA AL RECONOCIMIENTO, RETICENTE, DE SU SUPREMACÍA

**3.1.** En este contexto, hay que situar a la Carta de los Derechos Fundamentales (CDF).

Este texto nace en cumplimiento del mandato de la cumbre de Colonia de junio de 1999. En dicha cumbre se acordó, en primer lugar, que «en el presente estado de la Unión Europea, los derechos fundamentales *aplicables en el nivel comunitario* deberían consolidarse en una Carta para hacerse más evidentes» (nº 44)<sup>29</sup>. Además, en segundo lugar, se acordó que el citado documento debiera recoger los derechos de los «ciudadanos europeos». En definitiva, el objetivo de la CDF era, originalmente, recoger aquellos derechos *subjetivos* que habían ido reconociéndose en la legislación comunitaria (bien en el Derecho primario, bien en el Derecho secundario).

Sin embargo, la Convención constituida para elaborar este texto, y presidida por Giscard d'Estaing actuó claramente *ultra vires*. Quizás por causa de la megalomanía del presidente de esta convención.

Esa transgresión del mandato se comprobó, en primer lugar, porque en lugar de recoger los derechos *aplicables* en el nivel comunitario se dedicaron a hacer un catálogo de los derechos *deseables* en el nivel comunitario. Esto se manifestó en dos sentidos: incorporando derechos civiles y políticos que no se aplicaban en las relaciones comunitarias (ej. la prohibición de la tortura) e incluyendo en el documento los «derechos sociales» (capítulo IV de la CDF) que según el Tratado de Amsterdam no eran verdaderos «derechos» sino principios rectores de la política social. Se trataba así de dar a la CDF un carácter «peculiar» que supuestamente la haría «superior» al CEDH que sólo incluía derechos de tipo civil y político.

Además, en segundo lugar, el mandato de Colonia se transgredió porque los derechos

<sup>29</sup> Una relación de esos derechos existentes «en el nivel comunitario» en ese momento se puede consultar en ELENA F. PÉREZ CARRILLO, «Protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario actual», en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* vol. VII (2007), p. 583 ss. (p. 585).

recogidos al ser atribuidos a todos los *seres humanos* tenían una pretensión universal en muchos casos, sin limitarse a decir qué derechos correspondían, efectivamente, a *los ciudadanos europeos*. La ambición idealista de la Carta está en la raíz del fracaso de la CDF para una perspectiva realista.

Al elaborar un texto que iba más allá del mandato de la cumbre de Colonia, la Convención convirtió a la Carta en un texto inútil. Y, precisamente, porque era un texto *irreal e inútil*, cuando los jefes de Estado y de Gobierno en la cumbre de Niza se enfrentaron a la cuestión de qué hacer con ese texto decidieron tomar la decisión más acorde con la realidad y con los usos diplomáticos: la realidad imponía que ese texto no podía tener valor jurídico-positivo; los usos diplomáticos aconsejaban una salida honrosa para los miembros de la convención que lo elaboraron. El resultado fue que la CDF fue «proclamada» en la cumbre de Niza... pero se le negó su incorporación a los tratados.

**3.2.** La Convención creada para cumplir el mandato de Colonia, al sobrepasar el mismo, intentó lo que en ese momento era ya inviable: crear una declaración europea de derechos que pudiera competir con el CEDH. Había varias razones para ello: por un lado, porque el paso del tiempo fue consolidando el mecanismo de protección de los derechos humanos creado por el Consejo de Europa; por otro lado, porque la CDF no era realista por relación a las competencias y a la naturaleza de la UE al incorporar derechos que quedaban muy lejos de las actividades de la UE (como el derecho a la vida); finalmente, porque la CDF era técnicamente muy inferior al CEDH.

La llamada «Constitución» Europea fue un intento sumamente irreflexivo de dar naturaleza jurídica a las CDF. El «Tratado de Lisboa» debiera haber intentado retomar el espíritu del mandato de la cumbre de Colonia de 1999. Pero aquello podía claramente entenderse como una desautorización del trabajo

que hizo la Convención presidida por Giscard. De ahí que intentara, como mal menor, corregir la situación creada por la llamada «Constitución» Europea sin desautorizar los esfuerzos anteriores. Esos cambios se han producido sobre todo en relación con el título VII de la CDF («Disposiciones generales que rigen la interpretación y aplicación de la Carta»).

**3.3.** El tratado estableciendo la llamada «Constitución» Europea, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, introdujo una importante modificación en el régimen de los derechos fundamentales y llevó al extremo la contradicción de este proceso de pugna y convergencia porque, por una parte, incorporaba la CDF a los tratados (aunque con ciertos matices), pero por otra también abría la puerta al CEDH, con reticencias y ambigüedades.

Las reticencias al CEDH quedaban claras ya en el artículo I.9.2 que decía:

*«La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en la Constitución».*

Estas reticencias quedaban aún más explicitadas en el protocolo n° 32 de la llamada «Constitución». Ese protocolo, en su artículo 2 establecía que la adhesión no sólo no debía afectar «a las competencias de la Unión», sino tampoco «a las atribuciones de sus instituciones». Por su parte, en su artículo 3, remitiéndose al artículo III.375.2, advertía que la adhesión al CEDH no podía afectar a «la interpretación o aplicación de la Constitución (Europea)»:

*«Los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de la Constitución a un procedimiento de solución distinto de los establecidos en la misma».*

Esto mermaba parte del control ejercido por el TEDH en el marco del CEDH que ha

llegado en algún caso a verificar la conformidad con el CEDH de «la interpretación o aplicación de la Constitución» de alguno de los Estados miembros.

La ratificación del CEDH por la UE era una decisión que podía adoptarse por mayoría cualificada de los Estados miembros (artículo III-325 apartados 8 del Tratado «constitucional»).

Las ambigüedades llegaban al extremo en el artículo II.112.3 que decía:

*«En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa».*

Si esto era así era difícil justificar la propia existencia de la CDF.

El Consejo de Europa, por su parte, unos meses antes de que se firmara el tratado «constitucional», a fin de ir preparando el terreno a la eventual adhesión de la UE al CEDH aprobó una modificación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Protocolo nº 14 al Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, modificando el sistema de control del Convenio, fue firmado el 13 de mayo de 2004 y, entre otras cosas, reformó el artículo 59 del CEDH. Este precepto, originalmente, en su apartado 1 decía que: «El presente Convenio está abierto a la firma de los miembros del Consejo de Europa», lo cual impedía la adhesión de la UE al CEDH pues aquella no es un «miembro del Consejo de Europa». De ahí que se introdujera una nueva redacción al apartado 2 que dijera: «La Unión Europea podrá adherirse al Convenio». Este protocolo nº 14 ha entrado en vigor el día 1 de junio de 2010.

**3.4.** El Tratado de Lisboa, de 2007, asume lo establecido en este punto por el Tratado «constitucional». Por un lado, incorpora la redacción del Tratado «constitucional», *declarando* como «principios generales» del Derecho de la Unión los derechos fundamentales tal y como se reconocen en el CEDH y en las tradiciones constitucionales comunes (art. 6.3). Por otro lado, sentencia a la CDF, separándose así del Tratado «constitucional» al establecer que las disposiciones de esta Carta «no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados» (art. 6.1). Y, finalmente, a semejanza de lo dispuesto en el Tratado «constitucional» establece una apertura «condicionada» al CEDH:

*«La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados»* (art. 6.2).

Esa apertura «condicionada» queda explicitada en un protocolo anejo al Tratado de Lisboa, el protocolo nº 8 que reproduce lo dispuesto en el protocolo nº 32 del tratado llamado «constitucional» aunque, naturalmente, la remisión es a un artículo (el 344 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) coherente con el nuevo contexto:

*«Los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos».*

Por lo demás, el Tratado de Lisboa exige que para la ratificación del CEDH por la UE haya unanimidad de los Estados miembros (artículo 218.8.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), a diferencia de lo que disponía la «Constitución» europea que requería una mayoría cualificada.

Ocurre, sin embargo, que más de un año después de entrado en vigor el Tratado de

Lisboa, la UE no ha ratificado aún el CEDH y parece que hay ciertas resistencias para que lo haga. No está claro el por qué, pero todo parece indicar que el Tratado de Lisboa no ha acabado con el viejo celo de los órganos de la UE respecto al TEDH y el Consejo de Europa. Es difícil explicar por qué el ceder competencias (ya fuera al Consejo de Europa o a la UE) que no ha sido traumático para ningún Estado europeo, puede resultar tan problemático para la UE. La «táctica» de elaborar una CDF como declaración propia de derechos que evita el sometimiento de la UE a un control externo a la misma creo que ha fracasado. Sería bueno que la UE terminara por asumirlo.

#### 4. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA: EL FRACASO DE LA UNIÓN POLÍTICA

La aprobación del Tratado de Lisboa aparentemente consagra el status de la CDF como parte del Derecho comunitario primario, cerrando definitivamente el debate sobre los derechos fundamentales en la Unión Europea como elemento básico de una eventual unión política. Sin embargo, un análisis profundo nos revela que la realidad es muy diferente. Todo parece indicar que la CDF como «alternativa» al CEDH es inviable.

**4.1.** En primer lugar, conviene advertir que la CDF sólo se aplica a las relaciones de Derecho comunitario, según el artículo 51.1 CDF:

*«Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión».*

Esto significa que esta Carta no es comparable a la Carta de derechos de una Constitución federal. En el caso de una Constitución federal, los derechos reconocidos en la misma

no se dirigen únicamente a los órganos de la Federación y a los actos de los Estados federados cuando apliquen el Derecho federal. Antes bien, lo propio de la carta de derechos de una Constitución federal es que se aplica a *todas* las relaciones jurídicas existentes dentro de esa Federación. Conviene recordar, en este sentido que existen dos derechos, introducidos en el Tratado de la Unión Europea en 1992, que sí se aplican en todos los Estados miembros a relaciones jurídicas que no son de Derecho comunitario: el derecho de sufragio en las elecciones municipales y el derecho a la protección diplomática. Sin embargo, después de 1992 esa vía ha quedado muerta y no se ha vuelto a introducir ningún derecho aplicable más allá de las relaciones comunitarias.

**4.2.** En segundo lugar, y precisamente porque la CDF sólo se aplica a relaciones regidas por el Derecho comunitario resulta discutible su redacción pues incluye derechos que parece muy difícil creer que puedan ser aplicados a ninguna situación prevista por el Derecho comunitario. Pensemos en el derecho a la vida y la prohibición de la pena de muerte (art. 2 CDF), la prohibición de la tortura (art. 4 CDF), de la esclavitud (art. 5 CDF), el derecho a contraer matrimonio (art. 9 CDF),... entre otros. Y eso por no hablar de los derechos de «solidaridad». Estos derechos, que de ninguna forma significan una «consolidación» de los «derechos fundamentales aplicables en el nivel comunitario» no se ve la razón de por qué siguen existiendo en la CDF creando una falta expectativa.

Esto se pone especialmente de manifiesto cuando se examinan las «Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales» que el Tratado de Lisboa considera que «deben ser tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros» (art. 52.7 CDF). En estas «Explicaciones» se constata cómo la interpretación de ciertos derechos de la Carta que no existen en el Derecho comunitario se hace exclusivamente sobre la base del CEDH y la jurisprudencia sobre el mismo del TEDH.

4.3. En tercer lugar, el Tratado de Lisboa deja claro que la CDF no es comparable al CEDH porque el alcance de la primera no es general, pero el del segundo sí, aunque con un doble régimen de eficacia.

En efecto, en relación a la CDF se dice que sus disposiciones «no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados» (art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea y art. 51.2 CDF); aunque en otro lugar se afirma que la CDF «tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, (...) tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados». La combinación de estos preceptos revela que *la CDF sólo se aplica a las políticas comunitarias, a relaciones regidas por el Derecho comunitario y sólo a ellas*.

Muy diferente es lo que ocurre con el CEDH. Es cierto que el artículo 6.2 TUE establece que la ratificación del CEDH no supone la atribución de nuevas competencias a la UE y que, por tanto, sólo las relaciones comunitarias quedan afectadas por el CEDH. Ahora bien, resulta que todos los Estados miembros de la UE han ratificado el CEDH que rige, en consecuencia, también todas las relaciones jurídicas de los Estados miembros que no son de tipo comunitario. El resultado es que, si la UE finalmente lo ratifica, *el CEDH se aplicará a todas las relaciones jurídicas de los Estados, estén o no estén sometidas al Derecho comunitario*.

Considerado lo anterior hay que advertir, en primer lugar, que aunque el CEDH se pueda llegar a aplicar a todas las relaciones jurídicas de los Estados (estén o no sometidas al Derecho comunitario) no necesariamente se va a aplicar del mismo modo. Ello depende de si en un Estado miembro la relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Nacional sigue un modelo monista o dualista<sup>30</sup>. En los

Estados que siguen el modelo «monista» la eficacia del CEDH sería igual para todas las relaciones jurídicas, sean de Derecho comunitario o de Derecho interno. Sin embargo, en aquellos Estados donde la relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Nacional se rige por el modelo dualista la eficacia del CEDH no tiene por qué ser la misma. La razón es que en los modelos «dualistas», la norma internacional (en este caso, el CEDH) sólo tiene efectos internos si es «transformada» en Derecho interno, en cuyo caso lo que se aplica no es tanto el tratado internacional sino la ley nacional que hace suyo el contenido del tratado. Ahora bien, si ese tratado internacional no se «transformara» en Derecho interno el incumplimiento del tratado podrá dar lugar a «responsabilidad internacional», pero no podría exigirse en el Derecho interno. Esta ha sido la situación del CEDH en el Reino Unido hasta 1998 y una de las claves para entender por qué el Reino Unido no quería una carta de derechos en los tratados comunitarios.

Y es que tenemos que advertir, en segundo lugar, que los tratados comunitarios sí se transforman en Derecho interno en todos los Estados miembros de la UE que siguen un modelo dualista de relación del Derecho Nacional e Internacional. Ello nos da la clave para entender otro de los problemas que se ha encontrado la CDF en el Tratado de Lisboa.

4.4. En cuarto lugar, sorprende negativamente que la CDF no sea aplicable a todos los Estados miembros. En efecto, existe un Protocolo anejo al tratado, el n° 30 que, de forma expresa, excluye a Polonia y al Reino Unido (nada menos que a dos de los seis Estados más grandes de la UE) de la aplicación de la CDF. La razón es que estos dos países siguen un modelo dualista de relación entre el Derecho Internacional y el Nacional y la entrada

<sup>30</sup> He tratado de estas cuestiones en mi libro, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Dere-*

*chos Humanos. Un estudio sobre la relación entre el Derecho Nacional y el Internacional*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 72 ss.



en vigor del Tratado de Lisboa significaría, necesariamente, que la CDF pasaría a entrar en vigor como Derecho interno de esos Estados. De ahí que este Protocolo se incluya como único medio de evitar que la CDF pueda tener efectos internos en el Derecho nacional de estos Estados. El artículo 1.1 del Protocolo nº 30 dice:

*«La Carta no amplía la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ni de ningún otro órgano jurisdiccional de Polonia o del Reino Unido para apreciar que las disposiciones legales o reglamentarias o las disposiciones, prácticas o acciones administrativas de Polonia o del Reino Unido sean incompatibles con los derechos, libertades y principios fundamentales que reafirma».*

Lo dispuesto en los arts. 1.2 y 2 de este Protocolo abunda en la misma idea. Es más, el art. 1.2 de este Protocolo constituye un rechazo claro al reconocimiento de los «derechos sociales» que se incluyeron en el capítulo IV de la CDF.

Añádase como «guinda» que la República Checa, el último Estado que ratificó el Tratado de Lisboa-2007 también lo hizo bajo condición de quedar parcialmente excluida de la CDF (en relación con el derecho de propiedad).

La conclusión es que ni la CDF es una Carta que establezca los mismos derechos en toda la UE ni la inclusión de los derechos sociales en el capítulo IV de la misma ha contribuido a la integración europea. Y todo esto nos da la medida del tremendo fracaso de la UE en su proceso de integración política. En la teoría constitucional, los derechos fundamentales constituyen uno de los elementos básicos de integración de la unidad política<sup>31</sup>. Cuando esa unidad política es un Estado federal, la Constitución federal contiene lo

que se han denominado «garantías expresas de homogeneidad» entre las que se incluye la previsión de que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución federal son de respeto obligatorio por las Constituciones de los Estados federados<sup>32</sup>. La conclusión es que la CDF no proporciona un status material único, común, a todos los ciudadanos europeos. Esto significa que el intento de lograr una unión política se debe tener por fracasado en uno de sus pilares fundamentales.

## 5. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIÓN

El proceso de integración política europea se inició tímidamente, en 1949-1950 con la aprobación del Estatuto del Consejo de Europa y la elaboración en su seno del CEDH. Estos documentos no colmaron las aspiraciones europeístas y suscitaron la búsqueda de la apertura de otra vía en el camino de la integración europea en la que la unión política sería la coronación de un proceso previo de integración económica y social. Así nació la CECA. El éxito de este proceso de integración económica hizo creer a sus promotores que era posible la integración política entre ellos incorporando los derechos del CEDH. Aquel proceso fracasó en 1954 con la negativa de Francia a ratificar el tratado estableciendo la «Comunidad Europea de Defensa». Ese fracaso llevó a volver al proceso de integración económica para profundizarlo aún más. Pero algunos, principalmente en el seno del Tribunal de Justicia de las Comunidades, quisieron superar la frustración del proceso de integración política a espaldas de lo dispuesto en los tratados. Uno de los elementos utilizados para alcanzar esa integración política fue la de incorporar los derechos fundamentales al Derecho comunitario, y ello en un momento el que el sistema de protección de los derechos humanos en el Consejo de Europa no se había

<sup>31</sup> RUDOLF SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, traducción de JOSÉ MARÍA BENEYTO, CEC, Madrid, 1983 (1ª ed. 1928), p. 230-231.

<sup>32</sup> CARL SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, traducción de FRANCISCO AYALA, Alianza, Madrid, 1982 (1ª ed. 1928), p. 356-357.

consolidado. Pero el camino elegido, al margen de los tratados y de la voluntad de los Estados fue equivocado y no podía sino fracasar. Y mientras el Tribunal de Justicia intentaba inútilmente lo imposible, el sistema de protección de derechos del Consejo de Europa se consolidó.

Las Comunidades Europeas, en 1992 decidieron iniciar un camino de integración política con el Tratado de la Unión Europea. Allí se abrieron varias vías: una era la de converger hacia el CEDH, la otra fue la de crear un sistema de derechos propio, la «ciudadanía europea» que tenía un contenido ambiguo y mal precisado: algunos de los derechos que creaba tenían sólo validez «comunitaria» mientras otros tenían validez más allá de las relaciones jurídicas comunitarias. La UE intentó seguir ambas vías, pero lo hizo mal.

Por un lado, el TJ bloqueó la posibilidad de que las Comunidades ratificaran el CEDH y los tratados subsiguientes al de 1992 (Amsterdam-1997 y Niza-2001) no decidieron apostar por esa ratificación. Sólo el Tratado de Lisboa-2007, quince años después del Tratado de Maastricht-1992, se ha decidido, por fin, a dar los pasos hacia esa convergencia.

Por otro lado, el Tratado de Ámsterdam-1997 intentó, con el establecimiento de un mecanismo de vigilancia del respeto de los derechos fundamentales en el Derecho interno de los Estados llevar a sus últimas consecuencias la idea inicial de una «ciudadanía europea». Pero ese mecanismo se aplicó de forma precipitada y desafortunada y hubo de corregirse en el Tratado de Niza-2001. Para colmo no se volvió a reconocer ningún nuevo

derecho en los Tratados que fuera aplicable más allá de las relaciones de Derecho comunitario.

En esta perplejidad, en 1999 la cumbre de Colonia de la UE intentó racionalizar el sistema de derechos reconocidos en el nivel comunitario. Pero la megalomanía del presidente de la Convención la condujo a un callejón sin salida. En lugar de cumplir el mandato de Colonia, la Convención adoptó en el año 2000 un texto, la CDF, con pretensiones de competir con el CEDH y ser incluso su alternativa. Esa tarea estaba condenada al fracaso...y fracasó.

El Tratado de Niza-2001 no quiso incorporar la CDF; el rechazado Tratado que aprobaba la «Constitución» europea incorporó la CDF a los tratados con un régimen jurídico confuso; y finalmente, el Tratado de Lisboa que trata de salvar del naufragio la mayor parte de la «Constitución» europea ha terminado por incorporar la CDF a los tratados. El resultado ha sido decepcionante, como no podía ser menos, teniendo ese punto de partida. La UE ha aprobado por fin la CDF, pero el precio ha sido alto: se aprueban derechos que no son aplicables en la UE; los derechos aplicables en la UE tendrán que interpretarse, como mínimo, de la misma forma que los derechos homólogos del CEDH; y dos de los Estados más importantes de la UE –Gran Bretaña y Polonia, a los que hay que unir Chequia– se descuelgan expresamente de la aplicación de la CDF. Y todo para que, en su caso, se ratifique el CEDH por la UE. Cuantos esfuerzos mal encaminados. Y qué caros han salido.

**RESUMEN** El proceso de integración política europea se inició tímidamente, en 1949-1950 con la aprobación del Estatuto del Consejo de Europa y la elaboración en su seno del CEDH. Estos documentos no colmaron las aspiraciones europeístas y suscitaron la búsqueda de la apertura de otra vía en el camino de la integración europea en la que la unión política sería la coronación de un proceso previo de integración económica y social. Así nació la CECA. El éxito de este proceso de integración económica hizo creer a sus promotores que era posible la integración política entre ellos incorporando los derechos del CEDH. Aquel proceso fracasó en 1954 con la negativa de Francia a ratificar el tratado estableciendo la «Comunidad Europea de Defensa». Ese fracaso llevó a volver al proceso de integración económica para profundizarlo aún más. Pero algunos, principalmente en el seno del Tribunal de Justicia de las Comunidades, quisieron superar la frustración del proceso de integración política a espaldas de lo dispuesto en los tratados. Uno de los elementos utilizados para alcanzar esa integración política fue la de incorporar los derechos fundamentales al Derecho comunitario, y ello en un momento en el que el sistema de protección de los derechos humanos en el Consejo de Europa no se había consolidado. Pero el camino elegido, al margen de los tratados y de la voluntad de los Estados fue equivocado y no podía sino fracasar. Y mientras el Tribunal de Justicia intentaba inútilmente lo imposible el sistema de protección de derechos del Consejo de Europa se consolidó.

Las Comunidades Europeas, decidieron iniciar un camino de integración política en 1992 con el Tratado de la Unión Europea. Allí se abrieron varias vías: una era la de converger hacia el CEDH, la otra fue la de crear un sistema de derechos propio, la «ciudadanía europea» que tenía un contenido ambiguo y mal precisado: algunos de los derechos que creaba tenían sólo validez «comunitaria» mientras otros tenían validez más allá de las relaciones jurídicas comunitarias. La UE intentó seguir ambas vías, pero lo hizo mal.

Por un lado, el TJ bloqueó la posibilidad de que las Comunidades ratificaran el CEDH y los tratados subsiguientes al de 1992 (Ámsterdam-1997 y Niza-2001) no decidieron apostar por esa ratificación. Sólo el Tratado de Lisboa-2007, quince años después del Tratado de Maastricht-1992, se ha dispuesto, por fin, a dar los pasos hacia esa convergencia.

Por otro lado, el Tratado de Ámsterdam-1997 intentó, con el establecimiento de un mecanismo de vigilancia del respeto de los derechos fundamentales en el Derecho interno de los Estados llevar a sus últimas consecuencias la idea inicial de una «ciudadanía europea». Pero ese mecanismo se aplicó de forma precipitada y desafortunada y hubo de corregirse en el Tratado de Niza-2001. Para colmo no se volvió a reconocer ningún nuevo derecho en los Tratados que fuera aplicable más allá de las relaciones de Derecho comunitario.

En esta perplejidad, en 1999 la cumbre de Colonia de la UE intentó racionalizar el sistema de derechos reconocidos en el nivel comunitario. Pero la megalomanía del presidente de la Convención la condujo a un callejón sin salida. En lugar de cumplir el mandato de Colonia, la Convención adoptó en el año 2000 un texto, la CDF, con pretensiones de competir con el CEDH y ser incluso su alternativa. Esa tarea estaba condenada al fracaso...y fracasó.

El Tratado de Niza-2001 no quiso incorporar la CDF; el rechazado Tratado que aprobaba la «Constitución» europea incorporó la CDF a los tratados con un régimen jurídico confuso; y finalmente, el Tratado de Lisboa que trata de salvar del naufragio la mayor parte de la «Constitución» europea ha terminado por incorporar la CDF a los tratados. El resultado ha sido decepcionante, como no podía ser menos, teniendo ese punto de partida. La UE ha aprobado por fin la CDF, pero el precio ha sido alto: se aprueban derechos que no son aplicables en la UE; los derechos aplicables en la UE tendrán que interpretarse, como mínimo, de la misma forma que los derechos homólogos del CEDH; y dos de los Estados más importantes de la UE se descuelgan expresamente de la aplicación de la CDF. Y todo para que, en su caso, se ratifique el CEDH por la UE. Cuantos esfuerzos mal encaminados. Y qué caros han salido.

**ABSTRACT** The European political integration process started timidly in 1949-50 with the passing of the Statute of the Council of Europe and, within it, the drafting of the European Convention on Human Rights (ECHR). These documents did not fulfil the Europeanist aspirations and brought about the search for another way towards European integration, a way in which political union would culminate a previous process of economic and social integration. This is how the European Coal and Steel Community (ECSC) was born. The success of this economic integration process led its promoters to believe that their own political integration was possible by incorporating the ECHR rights. That process failed in 1954 when France refused to ratify the treaty establishing the European Defence Community. This failure meant the return to the economic integration process to deepen it further. However, some, mainly within the Court of Justice of the European Communities, wanted to overcome the frustration of the political integration process behind the backs of what the treaties established. One of the elements used to achieve political integration was to incorporate fundamental rights into Community law at a moment in which the human rights protection system had not yet been consolidated in the Council of Europe. Regardless of the treaties and the will of the States, the chosen path was mistaken and could only fail. While the Court of Justice tried pointlessly, the rights protection system of the Council of Europe was consolidated.

In 1992, the European Communities decided to begin a path towards political integration with the Treaty on European Union. Several avenues were opened. The convergence towards the ECHR was one. A second one was to create their own rights system, i.e. the «European citizenship», whose content was ambiguous and ill-defined; some of the rights were only valid at a «community» level while others went over the communities legal relations. The EU tried to follow both paths but did so incorrectly.

On the one hand, the Court of Justice stood in the way of the Communities ratifying the ECHR and subsequent treaties after 1992 (Amsterdam-1997 and Nice-2001) did not support the ratification. It was not until the Treaty of Lisbon-2007, 15 years after the Treaty of Maastricht-1992, that steps were finally taken towards convergence. On the other hand, the Treaty of Amsterdam-1997 tried to take the initial idea of a «European citizenship» to its full extent through a mechanism to monitor respect of fundamental rights within the States internal law. But this mechanism was applied in a rushed and unfortunate way and had to be corrected in the Treaty of Nice-2001. To top it all, no further right was acknowledged in the Treaties which could be applied beyond the Community law relations.

In this perplexing scenario, EU's Cologne Summit in 1999 tried to rationalise the rights system acknowledged at the community level. But the Convention Chairman's megalomania drove it to a dead end. Instead of complying with Cologne's mandate, in 2000 the Convention adopted a text, the Charter of Fundamental Rights (CFR), with a view to compete with the ECHR and even be an alternative. This task was deemed to fail, and fail it did. The Treaty of Nice-2001 did not want to incorporate the CFR. The rejected Treaty, which approved the European «Constitution», incorporated the CFR into the treaties with a confusing legal regime. Finally, the Treaty of Lisbon, which tries to salvage most of the European «Constitution» from the wreckage, has incorporated CFR into the treaties. The result has been disappointing, as it could not have been otherwise, having as it did this starting point. The EU has finally approved the CFR but at a very high price: some rights are approved that cannot be applied in the EU; the EU-wide applicable rights will have to be interpreted, at least, in the same way as their equivalent ECHR rights; and two of the most EU important States opted specifically out of the application of the CFR. And all of the above so that the ECHR is ratified by the EU. So many efforts in the wrong direction, and at such a high cost.



# Los derechos fundamentales sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

EDURNE TERRADILLOS ORMAETXEA\*

---

## 1. EL LARGO CAMINO HASTA LA PROCLAMACIÓN DE UNA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE NATURALEZA JURÍDICA

Tras el Tratado de Ámsterdam en que se positivizan por primera vez los derechos sociales, se amplían notablemente las competencias de la UE y se prepara el camino de la ampliación de la UE, se apreció la urgente necesidad de crear un texto europeo relativo a los derechos fundamentales<sup>1</sup>. En junio de 1999, después de la celebración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, el Consejo Europeo de Colonia consideró oportuno recoger en una Carta los derechos fundamentales vigentes en la UE, que, sorprendentemente, todavía no se hallaban positivados en un texto jurídico de rango europeo. De

acuerdo con las expectativas de los Jefes de Estado o de Gobierno, esta Carta debía contener los principios generales recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) del Consejo de Europa de 1950, los derivados de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, los derechos fundamentales reservados a los ciudadanos de la Unión y los derechos económicos y sociales enunciados en la Carta social europea y en la Carta comunitaria de los derechos sociales y fundamentales de los trabajadores, así como los principios que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>2</sup>.

Fue el Gobierno alemán especialmente empeñado con el tema del reforzamiento de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea, quien impulsó la creación de un «insólito» órgano, denominado Convención (en honor a la Convención que redactó la Declaración francesa de los Derechos del Hombre de 1789), que trabajaría en el ímprobo objetivo de entregar un texto jurídico que

---

\* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Facultad de Derecho (UPV/EHU).

<sup>1</sup> Véase el estudio «Per l'affermazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea. È tempo di agire», *Relazione del gruppo di esperti in materia di diritti fondamentali* (dir. S. SIMITIS), Comisión Europea, febrero 1999.

<sup>2</sup> Véase el Preámbulo de la Carta. DOUE 2007/C 303/01, de 14.12.2007.

acogiera esos derechos<sup>3</sup>. La saludada labor realizada por el Tribunal de Luxemburgo en ese recorrido de protección de los derechos fundamentales cuando los Tratados contenían apenas<sup>4</sup> ninguna referencia a éstos y que empieza con la conocida como Sentencia *Stork*<sup>5</sup> se vería catapultado con la codificación de los derechos fundamentales en un texto de alcance político primero (Carta de Niza de 2000) y jurídico después (Carta de 2007)<sup>6</sup>.

Es conocido que en el Consejo Europeo de Niza de diciembre de 2000 se proclamó la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, texto de lucido título pero marcado por su ausente valor jurídico<sup>7</sup>. Al

<sup>3</sup> Vid., SCIARRA, S., «Derechos sociales: reflexiones sobre la Carta Europea de Derechos Fundamentales», *Temas Laborales*, n.º 62, 2001, p. 10.

<sup>4</sup> En lo que se refiere a los derechos fundamentales sociales, el principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor, actualmente en el art. 157 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) se encuentra en los Tratados desde la constitución de la CEE en 1950.

<sup>5</sup> S. 4 de febrero de 1959, *Stork* c. Haute Autorité, I-58, 1958-9.

<sup>6</sup> MANGAS MARTÍN, *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Fundación BBVA, 2008, pp. 33 y ss.

<sup>7</sup> Para más profundidad, véanse ALONSO SOTO, F., «Alcance y límites de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Documentación Social*, n.º 123, 2001, pp. 161-191; GARCÍA MARÍN, J., «De la Convención Europea de Derechos Humanos a la Carta de Derechos Fundamentales de Niza», *Documentación social*, n. 123, 2001, pp. 77-96; ESPADA RAMOS, M.ª L., «Los derechos sociales de la Unión Europea: mercado o justicia», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 35, 2001, pp. 23-58; SCIARRA, S., «Derechos sociales...», *op. cit.*, pp. 9-30; CORRIENTE CÓRDOBA, J.A., «La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Anuario de derecho europeo*, n.º 2, 2002, pp. 117-135; GARCÍA SILVERO, E.A., «Los derechos sociales en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Relaciones Laborales*, n.º 2, 2002, pp. 1169-1188; ZACHERT, U., «Los derechos fundamentales de los trabajadores en la Carta Europea de los Derechos Fundamentales», *Temas laborales*, n.º 65, 2002, pp. 9-28; BERMEO GARCÍA, R./FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., «Los derechos

textos acompañaban unas denominadas «Explicaciones» que, elaboradas bajo la autoridad del *Praesidium* de la Convención que redactó la Carta de Niza y actualizadas bajo la responsabilidad de aquél, fueron calificadas de instrumentos interpretativos<sup>8</sup>. En ellas se señalaba el origen o fuente de inspiración que habían tomado en consideración los participantes en la Convención a la hora de efectuar la redacción de cada artículo<sup>9</sup> que

sociales en la Carta de Derechos Fundamentales», en *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: una perspectiva pluridisciplinar* (coord. HERRERO DE LA FUENTE), 2003, pp. 93-111; RUIZ MIGUEL, C., «El largo y tortuoso camino hacia la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista europea de derechos fundamentales*, n.º 2, 2003, pp. 61-90; ALEGRE MARTÍNEZ, M.A., «Los derechos sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales* (COORD. JIMENA QUESADA, L.), 2004, pp. 63-111; RALLO LOMBARTE, A., «Las garantías jurisdiccionales de los Derechos Fundamentales reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en *Comentarios a la Constitución Europea* (coord., AA.VV.), vol. 2, 2004, pp. 1629-1652; FUERTES LÓPEZ, J., «Los derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión Europea. Ciudadanía y carta de derechos fundamentales», *Derecho de la Unión Europea* (coord. ENERIZ OLAECHEA, F.J.), 2006, pp. 395-447; LINDE PANIAGUA, E., «El ámbito de aplicación: el talón de Aquiles de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista de derecho de la Unión Europea*, n.º 15, 2008, pp. 27-44; ROQUETA BUJ, M.R., «Los derechos sindicales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista de derecho de la Unión Europea*, n.º 15, 2008, pp. 197-210; ANDRÉS SAÉNZ DE SANTA MARÍA, P., «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en la práctica española», *Revista de derecho de la Unión Europea*, n.º 15, 2008, pp. 233-255; AA.VV. (dir. A. MANGAS MARTÍN, *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Fundación BBVA, 2008. PAREJO NAVAJAS, T., «La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea», en *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n.º 22, 2010, pp. 205-239.

<sup>8</sup> Publicadas en el DOUE C 303/02, de 14-12-2007.

<sup>9</sup> Para MANGAS, *Carta...*, *op. cit.*, p. 69, las «Explicaciones» son algo más que una guía práctica en la aplicación judicial. En opinión de ROQUETA BUJ, R., «Los derechos sindicales...», *op. cit.*, p. 205, las «Explicaciones» son «escasamente expresivas», a salvo de «alguna acotación significativa, casi siempre tendente a limitar la apli-

luego sería presentado ante las instituciones comunitarias para su examen.

La Convención II se constituyó el 28 de febrero de 2002 e introdujo alguna enmienda en el contenido del texto originario, especialmente en lo relativo a la aplicación e interpretación de la Carta, pero también incorporó nuevas «Explicaciones»<sup>10</sup>. Tras ello y en ese recorrido que debía culminar en la Constitución Europea, el *Praesidium* de la Convención II previó la integración de la Carta en el Derecho originario, de modo que formara parte de la Parte II del Tratado Constitucional<sup>11</sup>. Que se quería así terminar con las ambigüedades relativas a su valor jurídico es evidente. En ese momento también las «Explicaciones» se adaptan al nuevo texto y harán referencia al articulado previsto para el Tratado Constitucional. En un proceso constituyente como aquél que parecía incorporar de suyo la exigencia de reforzar la protección de los derechos fundamentales, se dieron las circunstancias propicias para que el texto de la Constitución Europea adoptado por la Conferencia Intergubernamental (CIG) en junio de 2004, incluyera consensualmente la Carta como Parte II del texto constitucional, añadiendo un nuevo apartado al artículo II-112 en el que se insistía en el papel interpretativo de las «Explicaciones».

Tras la conocida hecatombe del proceso que debería haber conducido a la ratificación por todos los Estados miembros del Tratado Constitucional de 2004, se reinicia la formu-

cación de la Carta en función del principio de atribución de competencias», *op. cit. ult. cit.* En similares términos, cfr. BALLESTER PASTOR, M.A., «Los derechos sociales en la Carta Comunitaria de derechos fundamentales en el Tratado de Lisboa (1), *Actualidad Laboral*, n.º 15, 2009, p. 1756, para quien «la virtualidad de las explicaciones es la consolidación y especificación de los criterios interpretativos que hasta la fecha había establecido el TJCE».

<sup>10</sup> De nuevo, DOUE 2007/C 303/02.

<sup>11</sup> FERNÁNDEZ TOMÁS, A.F., «La Carta de derechos...», *op. cit.*, p. 120 y ss. MANGAS, *Carta de los derechos...*, pp. 60 y ss.

lación de otro texto por la vía de convocar una nueva Conferencia Intergubernamental en 2007. Este órgano no sólo se limitó a cambiar las referencias al TUE, antes relativas al Tratado Constitucional, sino que aprovechó el momento para recalcar algunas declaraciones previas y aclarar cómo debía entenderse la Carta en un extenso art. 6 del TUE, y que se resumen en lo siguiente: la Carta no amplía las competencias normativas de la Unión y se informa sobre la existencia de unas «Explicaciones»<sup>12</sup>. Sin embargo, cuando el precedente inmediato hacía posible suponer la integración de la Carta dentro del TUE se produce un nuevo inconveniente: no hay consenso respecto de su naturaleza jurídica vinculante debido a la oposición de Polonia y el Reino Unido<sup>13</sup>. La Carta, por tanto, no puede incluirse en el TUE. Es precisa una solución de compromiso plasmada en una declaración de la propia CIG, según la cual «la Carta tiene carácter jurídicamente vinculante, aunque ni amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, ni crea ninguna nueva competencia para la misma, ni modifica las ya definidas por los Tratados»<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> MANGAS, *La Carta...*, *op. cit.*, p. 65.

<sup>13</sup> Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea - DECLARACIONES anejas al Acta Final de la Conferencia intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007 - C. DECLARACIONES DE ESTADOS MIEMBROS - 62. Declaración de la República de Polonia relativa al Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido *Diario Oficial* n° 115 de 09/05/2008 p. 0358 - 0358.

Más tarde, en noviembre de 2009 la República Checa también se incorpora al Protocolo y no ratifica la Carta. Véase la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea - DECLARACIONES anejas al Acta Final de la Conferencia intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007 - C. DECLARACIONES DE ESTADOS MIEMBROS - 53. Declaración de la República Checa relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *Diario Oficial* n° 115 de 09/05/2008 p. 0355 - 0356.

<sup>14</sup> FERNÁNDEZ TOMÁS, A.F. «La Carta de derechos...», *op. cit.*, p. 121.



Ahora bien, si no se incorpora al TUE por medio del Tratado de Lisboa, ¿cómo se dota a la Carta de ese «carácter jurídicamente vinculante» al que alude la declaración de la CIG? La fórmula finalmente empleada no es inédita en el Derecho de los tratados<sup>15</sup>: la Carta se incorpora por vía de referencia y ésta la efectúa el propio artículo 6.1 de la versión consolidada del Tratado de la Unión (TUE)<sup>16</sup>, afirmando que (La Carta) «tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados»<sup>17</sup>. Sin embargo, tras la evolución sufrida por el texto a lo largo de los casi siete años siguientes a su proclamación, el Parlamento Europeo<sup>18</sup> ha debido aprobar la Carta en su definitiva versión<sup>19</sup> incluidas las «Explicaciones».

## 2. LAS CLAVES DEL TEXTO APROBADO

Tras esta somera exposición de lo ocurrido, habría que avanzar hacia la situación en que quedan los derechos sociales fundamentales en un texto único que, *a priori*, no distingue entre distintos tipos de derechos. En el despeje de esta incógnita debe llamarse la atención sobre el papel que el Tribunal de Justicia (TJ) ha desempeñado como garante de los derechos fundamentales de la Unión. Si bien sea cierto y reconocido que el TJ ha

hecho una labor plausible en la incorporación de los derechos fundamentales al Derecho de la Unión y en su protección, no lo es menos que en la incipiente jurisprudencia de mediados del siglo pasado el Tribunal precisó que no todos los derechos fundamentales se verían afectados sino sólo aquellos que encajan en la «estructura y objetivos de la Comunidad»; luego el sistema de protección de los mismos se guiará —y así ha sido— por «la calidad de la solución»<sup>20</sup>. Además, en esa andadura emprendida por el TJ, éste, en la importante Sentencia *Nold* añadió otro marco jurídico a tener en cuenta en materia de protección de esos derechos, los convenios internacionales que vinculan a los Estados miembros, en especial el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Lo anterior unido a que no todos los derechos se aplican en ausencia de límites y que hay derechos que en «todas las Constituciones de los Estados miembros [...] lejos de aparecer como prerrogativas absolutas, deben ser considerados con vistas de la función social de los bienes y actividades protegidos» aporta bastantes claves de lo que se relatará a continuación.

A día de hoy, y tras medio siglo de proyecto europeo, ni siquiera puede hablarse propiamente de un Derecho del Trabajo a escala europea, de manera que se trataría ahora de visualizar el impacto que la Carta tendrá sobre la eficacia de los derechos sociales. Es decir, hasta la actualidad, el Derecho relativo a la Europa social —empleo incluido— ha estado gobernado por los Estados miembros y la Unión Europea ha carecido de posibilidades de actuación en materia de derechos fundamentales y libertades públicas relativas a ese ámbito. La incorporación de la Carta Europea de derechos fundamentales<sup>21</sup> al Tratado, y el hecho de que ésta vaya a compartir la

<sup>15</sup> ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., «La incorporación por referencia en el derecho de los tratados», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 37, n.º 1, pp. 7 y ss.

<sup>16</sup> DOUE C 115/13, 9.5.2008.

<sup>17</sup> Según FERNÁNDEZ TOMÁS, A.F., «La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*. Iustel, 2008, p. 123, (cuando todavía no se había aprobado el TUE), «la Carta será un auténtico tratado internacional, incorporado al derecho comunitario originario por vía de referencia».

<sup>18</sup> Decisión del Parlamento Europeo, de 29 de noviembre de 2007, DOUE 2007/2218 (ACI).

<sup>19</sup> Una crítica a la referencia hecha a la Carta de 2000, cuando la última versión fue consolidada por el Parlamento Europeo en noviembre de 2007, en FERNÁNDEZ TOMÁS, A.F., «La Carta de derechos...», *op. cit.*, p. 122-123.

<sup>20</sup> Se sigue a MANGAS, *Carta de derechos...*, *op. cit.*, pp. 36-39.

<sup>21</sup> Última versión publicada en el DOUE 2007/C 303/01, de 14.12.2007.

misma eficacia jurídica que aquél<sup>22</sup> es la clave de este trabajo. Alguna autora<sup>23</sup> ha llegado a apuntar que lo que hace la Carta «es explicitar los derechos que, de forma general, ya se hallan mencionados en el actual artículo 6 del TUE, que estipula en términos generales, en una fórmula extraída por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el respeto por parte de la Unión de los derechos fundamentales». Pero así el Tribunal de Justicia contará con un texto comunitario referente a los derechos fundamentales que hasta ahora no existía<sup>24</sup>.

En efecto la Carta categoriza, a todos, como «derechos fundamentales»<sup>25</sup>. Aunque se haya declarado que «la Carta se constituye así en el primer catálogo supranacional de

<sup>22</sup> No obstante, la Conferencia Intergubernamental que preparó el Tratado de Lisboa finalmente determinó que la Carta no formara parte del Tratado, «si bien queda plenamente preservado su carácter jurídicamente vinculante», *vid.* COBO SÁENZ, J.F., «La adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus efectos en la aplicación judicial del Derecho de la Unión», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 291, abril 2009, p. 69.

<sup>23</sup> PI LLORÉNS, M., en FERNÁNDEZ SOLA, N. (coord.), *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, Dykinson, 2004, p. 142. Asimismo, MANGAS, *La Carta...*, *op. cit.*, p. 68.

<sup>24</sup> Como es sabido, el TJ ha construido su doctrina relativa al amparo de los derechos fundamentales a partir de los principios constitucionales comunes a los Estados miembros, así como del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la jurisprudencia de su Tribunal de Estrasburgo, *vid.*, por todos ORDÓÑEZ SOLIS, D., «El Tratado de Lisboa...», *op. cit.*, p. 12.

<sup>25</sup> El profesor BERCUSSON, B., «Technical note on formulation of rights in the EU Charter», en BERCUSSON (ed.), *European Labour Law and the EU Charter of Fundamental Rights*, Nomos, 2006, p.109 y ss, facilita una clasificación de los derechos de la Carta dependiendo de que aparezca el «derecho» expresado en el título y en el texto; de que el «derecho» esté sólo recogido en el texto; o sólo en el título; de que los derechos sean garantizados; o las libertades respetadas y otras formulaciones. Para FERNÁNDEZ TOMÁS, «La Carta...», *op. cit.*, pp. 138 y ss, y citando a RODRÍGUEZ IGLESIAS, sin embargo, en el ámbito del derecho comunitario «el concepto de derecho fundamental no está dogmáticamente elaborado».

derechos que afirma la indivisibilidad de los derechos fundamentales, ya sean civiles, políticos o sociales»<sup>26</sup>, habrá que examinar en base a qué criterios ha distinguido la doctrina los principios de los derechos (apdo. III) para pasar, después (apdo. IV) a analizar detenidamente cómo se recogen los derechos sociales en el propio texto de la Carta. Sirva de adelanto que, según ha relatado la más autorizada doctrina<sup>27</sup>, en el debate que presidió la aprobación de la Carta se mostraron claramente dos opiniones respecto de los derechos fundamentales sociales: la de aquellos que apostaban por su tratamiento conjunto e inclusivo de todos los derechos y la de aquellos que deseaban excluir los derechos sociales y económicos de la Carta, que a su vez se dividían en dos subgrupos: por un lado, algunos deseaban que se separaran los derechos subjetivos o «justiciables» (protección de los niños y de los adolescentes, dignidad en el trabajo, protección frente al despido...) del resto de derechos, con naturaleza y efectos programáticos (protección sanitaria, trabajadores migrantes...); y por otro lado, la de aquellos otros que pretendían su exclusión porque esos derechos no forman parte del «acervo comunitario» existente o por quedar fuera de las competencias de la Unión. De ahí que el Consejo Europeo de Colonia de junio de 1999 se apresurara ya a definir los tres grupos o categorías de derechos que debía contener la Carta: derechos de libertad e igualdad y derechos procesales fundamentales, tal como se recogen en el CEDH y resultan de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros (derechos civiles y políticos); derechos de ciudadanía europea, reser-

<sup>26</sup> MENÉNDEZ, J., «Fundamentando Europa: el impacto de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea», en FERNÁNDEZ SOLA, N. (coord.), *Unión Europea...*, *op. cit.*, p. 105.

<sup>27</sup> BERCUSSON, B., «Interpreting the EU Charter in the context of the social dimension of European integration», en BERCUSSON (ed.), *European Labour Law...*, *op. cit.*, p. 36 y ss. Antes que él, HEPPLER, B., *Labour laws and global trade*, Oxford, 2005, p. 244 ss.

vados a los ciudadanos europeos; y los derechos económicos y sociales<sup>28</sup>.

Sin embargo, es cierto que finalmente la Carta se erige en una única lista de derechos fundamentales, que recoge no sólo los derechos civiles y políticos tradicionales sino también los derechos económicos, sociales y culturales. Pero también lo es que la Carta contempla una serie de cláusulas horizontales relativas al alcance e interpretación de los derechos que interfieren poderosamente en la rimbombante proclamación como «derechos fundamentales» de todas sus disposiciones. El propio art. 6 apdo. 1 del TUE propugna que «los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones». Como también declara el mismo artículo que «las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados».

Una imprescindible premisa sobre la que asimismo se debe partir es que el preámbulo de la Carta recoge expresamente el concepto «antropocéntrico» de la protección del individuo en Europa, preconizado por el Tribunal Constitucional Federal alemán y exportado a los países comunitarios, en esa línea de «creciente convergencia conceptual de la protección del individuo en Europa»<sup>29</sup>. No de otra manera debe entenderse el texto de su incipiente preámbulo cuando expresa que «la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se

basa en los principios de la democracia y el Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la *persona* en el centro de su actuación»<sup>30</sup>.

Con esta premisa y la tríada anunciada, esto es, la atención a las «Explicaciones» de la Carta, a sus cláusulas horizontales y al reparto de competencias entre la UE y los Estados miembros, se emprende el desarrollo de este trabajo.

### 3. CRITERIOS PARA CLASIFICAR LOS «DERECHOS FUNDAMENTALES» DE LA CARTA: CÓMO DIFERENCIAR ENTRE DERECHOS Y PRINCIPIOS

La primera cuestión que debe abordarse es qué engloba la categoría «derechos fundamentales»<sup>31</sup>. La Convención que se formó para la elaboración del fallido Tratado por el que se aprueba una Constitución Europea no lo aclaró. Según Rubio Llorente<sup>32</sup>, los derechos fundamentales de la Carta están divididos en dos grupos: derechos, en sentido estricto, y principios. Antes de proceder a distribuir los enunciados de carácter específicamente social en uno de esos dos apartados, o en los dos, convendría adelantar cuál es la diferencia entre derechos y principios.

Rubio Llorente<sup>33</sup> avanza una definición de los «principios» que, *a sensu contrario*, proporcionaría otra de «derechos». Los principios

<sup>30</sup> La cursiva es nuestra.

<sup>31</sup> Particularmente, sobre las dificultades para definir los derechos sociales fundamentales, así como sobre sus causas, *vid.* MOREAU, M.A, en *Les droits sociaux fondamentaux*, Bruylant, 2006, pp. 285 y ss, y bibliografía allí citada.

<sup>32</sup> RUBIO LLORENTE, F, «Mostrar los derechos sin destruir la Unión: consideraciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en GARCÍA DE ENTERRÍA, dir., *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas 2002, p. 193.

<sup>33</sup> RUBIO LLORENTE, F, «Mostrar los derechos...», *op. cit.*, p. 193 y doctrina allí citada.

<sup>28</sup> MANGAS, *La Carta... op. cit.*, p. 820-821.

<sup>29</sup> ARNOLD, R., «El desarrollo de la protección de los derechos fundamentales en Europa», en CORCUERA ATIENZA, J. (coord.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Dykinson, 2002, p. 33 y ss.

serían normas que imponen deberes no correlativos de derechos. Al lado de estos se situarían los «derechos de prestación», un *tertium genus* entre los derechos sociales y los principios. Pero, asimismo, parte de la doctrina prescinde de cualquier distinción entre unos y otros que atiende al contenido de los mismos y entiende por principios las «normas de determinada estructura, sea cual sea su contenido y que, en consecuencia, no pueden utilizar la categoría para establecer distinciones basadas en éste»<sup>34</sup>; normas que necesitarían de un desarrollo legislativo para tener efectos directos<sup>35</sup>.

Tradicionalmente ha corrido a cargo de la Filosofía del Derecho la elaboración de una teoría sobre los principios y reglas (o normas), y se ha hecho al cobijo de distintas teorías, que por los diferentes matices que encierran, pueden reconducirse a dos grandes corrientes: la teoría fuerte de los principios *versus* la teoría débil de los mismos<sup>36</sup>. La primera<sup>37</sup> se caracterizaría por reconocer que median notables diferencias entre principios y normas, mientras que la segunda tendería a asimilar ambos a partir del señalamiento de que los principios constituirían un tipo de normas, por los peculiares rasgos que los hacen

reconocibles, en mayor o menor medida, dependiendo del principio y del marco para su aplicación: la generalidad<sup>38</sup>, la fundamentalidad, su colocación en el sistema de fuentes.... En base a esta última corriente doctrinal, los principios se presentarían como «una noción relacional o comparativa, en la medida que nos hallamos ante un principio cuando tenemos presente otra norma o grupo de normas, respecto de las cuales aquélla se presenta como fundamental, general, etc.»<sup>39</sup>, diferencia ésta que carecería de relevancia<sup>40</sup>. Aunque es mayor el grado de garantía o tutela dispensado a los derechos «evolutivamente un principio tiende a convertirse en un derecho y también a veces las circunstancias históricas o económicas y sociales contribuyen a degradar un derecho fundamental hasta el punto de convertirlo en un mero principio»<sup>41</sup>.

Asimismo conviene aclarar que tradicionalmente la doctrina ha distinguido entre las funciones que los principios pueden desempeñar en el ámbito del Derecho y del razonamiento jurídico. A pesar de que son varias las teorías que abundan sobre la naturaleza funcional de los principios, la tesis más clásica clasifica los principios en normas primarias y secundarias. Como norma primaria, los principios pueden desempeñar una función integradora, cuando haya lagunas, del Derecho. De esa función es paladín el art. 1.4 del Código Civil, precepto que entre las fuentes del Derecho enumera a los principios generales del Derecho, cuya aplicación procederá en defecto de ley y/o costumbre aplicable.

Que los principios puedan disciplinar directamente un supuesto de hecho no es obstáculo para que su función primordial obedezca a permitir o contribuir a dotar de sentido a otra disposición normativa. Y así, como norma secundaria, los principios son criterios

<sup>34</sup> Bibliografía comentada en RUBIO LLORENTE, F., «Mostrar los derechos...», *op. cit.*, nota n.º 36.

<sup>35</sup> RUBIO LLORENTE, F., «Mostrar los derechos...», *op. cit.*, p. 192.

<sup>36</sup> Se sigue principalmente a PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 135 y ss, y bibliografía allí citada.

<sup>37</sup> La teoría fuerte de los principios ha sido especialmente defendida por DWORKIN, al sostener que mientras las reglas cuando valen, son aplicables de una manera del «todo-o-nada», los principios sólo contienen una razón que indica una dirección pero que no tiene como consecuencia necesariamente una determinada decisión, *vid.* ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 99. Para este autor, por el contrario, es posible introducir en las reglas una cláusula de excepción, por lo que, cuando esto ocurra, la regla pierde su carácter definitivo para la decisión del caso, *ibidem*.

<sup>38</sup> ALEXY, R., *Teoría...*, *op. cit.*, p. 103.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>40</sup> PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios, derechos*, Dykinson, 1998, p. 51.

<sup>41</sup> ORDÓÑEZ SOLÍS, *op. cit.*, p. 19.

que ayudan al intérprete a la hora de dotar de significado a una disposición legal, limitando o ampliando su significado lingüístico, o incluso anulándolo si resulta por completo incompatible con el sentido del principio<sup>42</sup>. De hecho, la utilización de los principios como normas primarias es bastante escasa<sup>43</sup> aunque esta práctica no es ajena a los «órganos de la UE». Recuérdese, si no, las primeras actuaciones del TJ dirigidas a la protección de derechos fundamentales que no estaban ni recogidos ni siquiera mencionados en los Tratados. Nos estamos refiriendo a las postrimerías de los años 60 cuando el TJ, ante la evidencia de que el Derecho de la Unión ignoraba, salvo alguna excepción, cualquier referencia a los derechos fundamentales acudió a los derechos fundamentales recogidos en las tradiciones constitucionales comunes y declaró que formaban parte del Derecho como principio general<sup>44</sup>.

Huyó el Tribunal de aplicar directamente las reglas del Derecho interno para resolver los casos presentados, y optó únicamente por «inspirarse en ellas para ver, eventualmente, la expresión de un *principio general de Derecho* susceptible de ser tomado en consideración para la aplicación del Tratado»<sup>45</sup> en una loable concepción de los derechos fundamentales como principio general del Derecho. Así se recogen, precisamente, por el art. 6.3 del TUE: «Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fru-

to de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales». También la Carta, al incluir los principios en su articulado, lo haría en esta primera utilización, la de servir como fuentes de aplicación del Derecho, sin perjuicio de las importantes matizaciones que se harán a continuación.

#### 4. INDICIOS APORTADOS POR LA CARTA PARA DETERMINAR EL ALCANCE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ESPECIAL REFERENCIA A LAS CLÁUSULAS HORIZONTALES Y A LAS EXPLICACIONES DE LA CARTA

Descendiendo al plano de la Carta, a pesar de que, a lo largo de su articulado no haga esa distinción conceptual entre principios y derechos, ya en el Preámbulo se señala que «Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los *valores* indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los *principios* de la democracia y el Estado de Derecho». También el último apartado del Preámbulo proclama que la Unión reconoce los *derechos, libertades y principios* que pasan a enunciarse en el cuerpo de la Carta. Aunque como bien se ha señalado no es unánime qué interpretación debe depararse a los Preámbulos de textos jurídicos, es lugar común que esa interpretación, caso por caso, debe realizarse conforme a las normas interpretativas del Derecho Internacional. Respecto del Preámbulo de la Carta y siguiendo a la mejor doctrina<sup>46</sup> «quien deba aplicar judicialmente las disposiciones de la Carta, encontrará en el Preámbulo una guía para interpretar y esclarecer la intención de los autores de estas normas, así como de su sentido». Por

<sup>42</sup> PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas...*, *op. cit.*, p. 155.

<sup>43</sup> Para PRIETO SANCHÍS, L., *Ley...*, *op. cit.*, p. 98, «Esto significa que las fuentes del Derecho no son en pie de igualdad la ley, la costumbre y los principios generales, sino más bien la ley, la costumbre y sus consecuencias interpretativas».

<sup>44</sup> STJCE 15 de julio de 1960, *Comptoirs de vente du Charbon de la Ruhr c. Haute Autorité*, p. 910.

<sup>45</sup> Otra vez, STJCE 15 de julio de 1960, *Comptoirs de vente du Charbon de la Ruhr c. Haute Autorité*, p. 910. La cursiva es nuestra.

<sup>46</sup> SOBRINO HEREDIA, J.M., «El Preámbulo de la Carta», en *Carta...* (dir. MANGAS MARTÍN), *op. cit.*, pp. 93 y ss.

eso es elocuente y debe aquí subrayarse que se encuentra en el Preámbulo un apartado que, tras insistir en que la Unión defiende y fomenta esos valores, también expresa a continuación que la Unión «trata de fomentar un desarrollo equilibrado y sostenible y garantiza la libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales, así como la libertad de establecimiento».

Respecto de las cláusulas horizontales de la Carta (arts. 51 a 54), éstas se hallan en el importante Título VII, relativo a las «disposiciones generales que rigen la interpretación y la aplicación de la Carta»<sup>47</sup>. La eficacia jurídica de los derechos no puede entenderse sin la lectura paralela de esas cláusulas que por su horizontalidad interfieren directamente en aquéllos. Esa lectura unida a la de las «Explicaciones» arrojará como resultado una mejor comprensión del alcance de los derechos fundamentales sociales.

#### 4.1. El ámbito de aplicación de la Carta

Normalmente cuanto más amplio es el ámbito de regulación de un derecho mayor eficacia jurídica se reconocerá a éste. El art. 51 tiene por objeto determinar el ámbito subjetivo de la Carta y viene conformado por dos planos, el de las instituciones y órganos de la Unión, por un lado, y el de los Estados miembros, por otro. Las disposiciones de la Carta vinculan a ambos pero con matices: las instituciones, órganos y organismos de la Unión deberán respetar el principio de subsidiariedad cuando apliquen las disposiciones de la Carta y los Estados sólo se vincularán a aquéllas cuando apliquen el Derecho de la Unión. De ahí que estos «respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas com-

petencias». El apdo. 2º del mismo insiste en que la Carta «no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas por los Tratados». Como recuerdan las «Explicaciones», se trata de mencionar explícitamente lo que lógicamente se infiere del principio de subsidiariedad y del hecho de que la Unión sólo disponga de competencias de atribución. En suma, la imperatividad que se supone de los derechos es muy distinta de la que pende sobre los principios –«observar»–, y este tratamiento diferenciado se refuerza con la cláusula relativa al «alcance e interpretación de los derechos y principios» (art. 52). De ahí que la doctrina<sup>48</sup> haya opinado que con esta alusión la Carta no apela a las autoridades de la UE para establecer un acervo europeo de reglamentación de derechos sociales fundamentales, contrastando elocuentemente con otras cartas relativas a los derechos sociales.

Volviendo de nuevo a las «Explicaciones» de la Carta, en la «Explicación» relativa al art. 51 se recuerda que «de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende inequívocamente que la obligación de respetar los derechos fundamentales definidos en el marco de la Unión sólo se impone a los Estados miembros cuando actúan en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión». A la hora de otorgar un significado al término «Derecho de la Unión», se apostaría por una interpretación extensiva que abarque también la normativa de transposición «por formar parte del bloque normativo aplicable al caso concreto»<sup>49</sup>.

Que el alcance de los *derechos* no debe interferir en la distribución de competencias entre la UE y los Estados miembros no es algo

<sup>47</sup> Llamadas «cláusulas horizontales» por ALONSO GARCÍA, R., «Las cláusulas horizontales de la Carta de los derechos fundamentales», en *La Encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas, 2001, p. 151.

<sup>48</sup> RODIÈRE, P., «Les droits sociaux fondamentaux face à la Constitution Européenne», en *Les droit sociaux fondamentaux*, op. cit., 239.

<sup>49</sup> LINDE PANIAGUA, E., «El ámbito de aplicación...», op. cit., p. 41.

distinto de lo que se contempla en relación con los *principios*. Es en la misma explicación de la Carta donde se sostiene que la promoción de los principios establecidos en la Carta «sólo se puede producir dentro de los límites de las citadas competencias». De lo anterior se deriva que la Carta no se aplicará en los espacios donde no llegue la competencia comunitaria, lo que dará lugar a problemas de difícil resolución; por ejemplo, el que las violaciones de los derechos fundamentales cometidas por los poderes públicos españoles, cuando apliquen el Derecho de la Unión Europea, sean enjuiciadas por el Tribunal Constitucional de acuerdo con la Constitución Española interpretada conforme a la Carta, si así se dispone ante el TJ, mientras que en todos los demás supuestos la revisión habría de solicitarse ante el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos<sup>50</sup>.

En conclusión, tanto los derechos como los principios serán efectivos en el marco de las competencias de la UE. Aunque se atisba una diferenciación de alcance con respecto de ambos («respeto» de los derechos y «observación» de los principios, así como «promoción» de estos últimos), esta primera cláusula horizontal insiste en la no alteración de las competencias repartidas entre los Estados miembros y la UE; más concretamente en que el respeto de los derechos fundamentales o la observación de los principios no lleve aparejado una extensión de competencias a favor de la UE.

#### 4.2. El alcance y la interpretación de los derechos y principios

La dicción del art. 52 de la Carta proporciona criterios que permiten realizar algunas

limitaciones de los derechos fundamentales que se recogen en su seno, así como concreta los estándares mínimos de los derechos alojados en el CEDH. El apartado 1 del precepto citado restringe la finalidad de cualquier limitación de los derechos y libertades –que no de los principios– cuando expresa que «Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el *contenido esencial* de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del *principio de proporcionalidad*, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general *reconocidos por la Unión* o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás»<sup>51</sup>.

De acuerdo con las «Explicaciones» de este artículo y con cita de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de 13 de abril de 2000, asunto C-292/97, apartado 45 «... según jurisprudencia consolidada, pueden establecerse restricciones al ejercicio de estos derechos, en particular en el ámbito de una organización común de mercado, siempre que dichas restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y no constituyan, teniendo en cuenta el objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la esencia misma de dichos derechos». Que las limitaciones de los *derechos* se hagan por ley y dejen siempre a salvo el reducto indisponible del contenido esencial de los derechos y que éstas no se contemplen respecto de los *principios* es bastante para determinar el tratamiento diferenciador deparado para unos y otros.

Repárese por otro lado en que en el texto de la Carta de 2000 se recogía que esos objetivos de interés general deberían ser *perseguidos* por la Unión, por lo que el texto actual amplía las posibilidades de limitación de los

<sup>50</sup> CASAS BAAMONDE, M. E., en AA.VV., *Los Derechos Sociales Fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, 2001, p. 111. Sobre la aplicación de la Carta en la práctica española, véase ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P. A., «La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea en la práctica española», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 15, 2008, pp. 233 y ss.

<sup>51</sup> La cursiva es nuestra.

derechos fundamentales<sup>52</sup>. Además, de acuerdo con las «Explicaciones» de la Carta y en la misma trayectoria de extender los límites de los derechos fundamentales, se expresa que «la mención de intereses generales reconocidos por la Unión abarca tanto los objetivos mencionados en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea como otros intereses protegidos por disposiciones específicas de los Tratados, como el apartado 1 del artículo 4 del Tratado de la Unión Europea, el apartado 3 del artículo 35 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y los artículos 36 y 346 de este mismo Tratado».

Por otra parte la mención del principio de proporcionalidad<sup>53</sup> y de los objetivos de interés general, así como de los derechos y libertades de los demás como parámetros de contención de la eficacia de los derechos de la Carta pone a los derechos fundamentales, y a los sociales muy en particular por el ámbito tan peculiar donde se ejercitan —el trabajo donde confluyen muchos y variados intereses— en una situación no ya de debilidad como de coyunturalidad, que no les protege frente a cualquier vulneración. Dado el supuesto de hecho de conflicto entre derechos y/o entre derechos y objetivos de interés general o libertades, finalmente será un juez quien dictamine qué derecho, libertad o interés debe prevalecer. Y lo hará en base a un triple examen de ponderación, que analizará si la medida en cuestión es idónea para el disfrute del derecho, si es necesaria o habría alguna medida menos onerosa y si es proporcional respecto del objetivo perseguido. Últimamente las conocidas sentencias de los casos *Laval*<sup>54</sup>,

*Viking*<sup>55</sup>, *Rüffert*<sup>56</sup> y *Comisión vs. Luxemburgo*<sup>57</sup> apuntan el camino que ha empezado a recorrer el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no otro que el de dar prioridad a las libertades comunitarias en detrimento de los derechos sociales fundamentales —quizás, y sin que se mencione la Carta en sus fundamentos jurídicos, en una soterrada sintonía con el equilibrio entre los valores de la Carta y las libertades del mercado que propugna el Preámbulo de aquélla. Sin embargo, el principio de primacía del Derecho comunitario —y las disposiciones de la Carta se arrojan ese efecto en tanto que normas jurídicas— no equivale automáticamente a subestimar el Derecho constitucional propio de los Estados miembros ante un eventual conflicto de normas. Al contrario, el Tribunal Comunitario debe ponderar las normas constitucionales y las del Derecho de la Unión, de la misma manera que lo haría el juez nacional<sup>58</sup> y no es extraña a la doctrina del TJ la decisión de priorizar un derecho previsto en una constitución nacional<sup>59</sup>.

De la lectura conjunta del apartado 1º con el 2º del mismo artículo, se deriva cierta conflictividad entre ambos, particularmente porque el apdo. 2 del art. 52<sup>60</sup> expresa que «los derechos reconocidos por la presente Carta que constituyen disposiciones de los Tratados se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos»<sup>61</sup>. Compárese este texto con su precedente inserto en la versión de la Carta de 2000 que decía: «los derechos reconocidos por la presente Carta

<sup>52</sup> De nuevo, BERCUSSON, «Horizontal provisions», en BERCUSSON (ed.), *op. cit.*, pág. 411. De todas formas, como se ha relatado, las Explicaciones del art. 52 siguen haciendo referencia a la jurisprudencia del TJ de 2000 donde se mencionaba el término «perseguir».

<sup>53</sup> SCIARRA, «Derechos sociales ... 2», *op. cit.*, p. 27 sostiene que este principio nos recuerda que la Carta aspira a ser un texto de vertiente constitucional.

<sup>54</sup> STJ (Gran Sala), de 18 de diciembre de 2007 (asunto C-341/05).

<sup>55</sup> STJ (Gran Sala) de 11 de diciembre de 2007 (asunto C-438/05).

<sup>56</sup> STJ (Sala Segunda) de 3 de abril de 2008 (asunto C-346/06).

<sup>57</sup> STJ (Sala Primera) de 19 de junio de 2008 (asunto C-319/06).

<sup>58</sup> MANGAS, *Carta...*, *op. cit.*, p. 842.

<sup>59</sup> Véase el caso *Albany* (s. de 21 de septiembre de 1999, C-66/99).

<sup>60</sup> Así, BERCUSSON, «Horizontal provisions», en BERCUSSON (ed.), *op. cit.*, pág. 408.

<sup>61</sup> La cursiva es nuestra.



que tienen *su fundamento* en los Tratados comunitarios o en el Tratado de la Unión Europea se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos». Las «Explicaciones» a este apartado abundan en lo que se desprende de la anterior comparación: «este apartado aclara que esos derechos siguen sometidos a las condiciones y límites aplicables al Derecho de la Unión en el que se basen, *tal como se establecen en los Tratados*<sup>62</sup>». Huelga insistir en que el cambio de redacción de ambas versiones de la Carta, del «fundamento en los Tratados» (2000) a «constituir disposiciones de los Tratados» (2007) se enmarca en la derivada adoptada por la Unión de restringir la virtualidad de algunos derechos de la Carta.

La explicación de todo estribaría pues en que el reconocimiento adicional de los derechos de la Carta en textos como los Tratados comunitarios o el TUE así como en el CEDH aporta a aquéllos una categoría proporcionalmente mayor a la de los derechos sin esa «doble condición»<sup>63</sup>. Veamos cómo y dónde se recogen los derechos sociales enumerados en la Carta.

Entre los derechos fundamentales de carácter social de la Carta que por estar regulados en los Tratados serán también garantizados por el TJ y, con ello, se revestirán de una mayor eficacia jurídica deben mencionarse los siguientes: la acción y negociación colectiva del art. 28 de la Carta, regulados actualmente en los arts. 153 y 155 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), respectivamente, con la importante matización de que el derecho a la negociación colectiva no se menciona así en el TFUE ni ha

sido desarrollado; el derecho a la vida profesional (art. 33) que aunque no recogido de esta forma en los Tratados, sus contenidos se incluyen y han sido desarrollados en el marco de la competencia compartida del 153 TFUE; el derecho a la seguridad social y ayuda social, del art. 34 de la Carta (art. 151 y ss TFUE) y, finalmente, el derecho a la protección de la salud del art. 35 de la Carta (art. 178 TFUE).

En el grupo de derechos sociales fundamentales de la Carta meramente mencionados en los Tratados destacaría el art. 1 relativo a la dignidad humana, mencionado en el art. 2 TUE como uno de los valores de la Unión. En tanto que «valor» sería eficaz sin el auxilio de desarrollo normativo. A este bloque pertenece también el art. 15 relativo a la libertad profesional y el derecho a trabajar, mencionados, aunque indirectamente, en los arts. 45 y ss TFUE. También deben incluirse aquí el art. 20 (igualdad ante la ley), el art. 21 (no discriminación) o el art. 23 (igualdad entre hombres y mujeres). Estos últimos han sido desarrollados por la normativa comunitaria de modo que su eficacia se corresponde con la de los derechos regulados en los Tratados. Sin embargo, en relación con la libertad profesional y el derecho a trabajar su alcance sería distinto: aunque cualquier limitación de ambos debería ser establecida por ley y respetar el contenido esencial de los mismos, caerían al contraponerse con objetivos de interés general reconocidos por la Unión o ante derechos y libertades de los demás regulados por la Unión y se corresponderían, en cuanto a la eficacia, a lo que se expone a continuación en relación con los derechos de la Carta que ni se regulan ni se mencionan en los Tratados.

La cuestión pendiente de resolución en relación con derechos fundamentales sociales como la libertad de reunión y asociación (art. 12 de la Carta) o el derecho a la libertad de empresa (art. 16) es la de qué eficacia jurídica poseen si ni se regulan ni se mencionan en los Tratados y si no existe competencia alguna atribuida a la Unión en relación con los

<sup>62</sup> La cursiva es nuestra.

<sup>63</sup> Para LINDE, «El ámbito de aplicación...», *op. cit.*, p. 31, del art. 52 se deduce la existencia de dos tipos de derechos. De una parte, los derechos de la Carta «mencionados» en los Tratados y, de otra, los derechos de la Carta «no mencionados» en los Tratados. Entre los mencionados cabe diferenciar al menos dos grados: el de los derechos regulados y los derechos no regulados.

mismos. A este bloque se derechos sociales pertenecen otros, señaladamente del título dedicado a la «Solidaridad» (arts. 27 a 38 de la Carta), a saber: los derechos de las personas mayores (art. 25 de la Carta), la integración de las personas discapacitadas (art. 26), derecho de acceso a los servicios de colocación (art. 29), la protección en caso de despido injustificado (art. 20), condiciones de trabajo justas y equitativas (art. 31), la prohibición del trabajo infantil y la protección de los jóvenes en el trabajo o la vida familiar y vida profesional (art. 33). De conformidad con lo expuesto en el art. 51, los Estados miembros los respetarán, si se trata de derechos, los observarán, en el caso de los principios y, también en relación con estos últimos, promoverán su aplicación. La cuestión vuelve a quedar en el plano de la actitud exigible a las instituciones y órganos de la Unión, el Tribunal de Justicia incluido, que no se verían afectados por lo previsto en el art. 51 en relación con los derechos citados aunque el derecho de reunión y asociación, recogido en el apdo. 1 del art. 12 se corresponde con el art. 11 del CEDH y tendría la protección que este Convenio le depara<sup>64</sup>, si bien su ámbito de aplicación se amplía al nivel de la Unión Europea<sup>65</sup>. Y, peor aún en lo que respecta a los derechos no regulados ni mencionados, la pugna en la que podrían verse implicados por concurrir con objetivos, derechos y libertades en un examen en términos de proporcionalidad se saldaría a favor de estos últimos, reconocidos por los Tratados.

Esa relación entre reconocimiento jurídico múltiple, por un lado y mayor protección y eficacia jurídica, por otro, también se deduce del texto del art. 52.3 de la Carta al declarar que «En la medida en que la presente Carta contenga derechos que corresponden a derechos garantizados por el Convenio Europeo para

la Protección de los Derecho Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio»<sup>66</sup>. Por «alcance» debe entenderse alegabilidad y es conocido que el Convenio carece de disposiciones relativas a los derechos sociales en sentido estricto, por lo que para una mejor protección de los mismos habría sido conveniente tomar como referentes el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales o la Carta Social Europea de 1961<sup>67</sup>. Que ese apartado acabe añadiendo que «esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa» no cambia nada lo anterior, ya que es conocida la escasa –o nula– protección que los derechos sociales, por lo menos, los llamados «específicos», han recibido del Derecho comunitario originario.

El siguiente apartado (4º) del art. 52 se encarga todavía de abundar en lo anterior: «En la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones». Es clara la distinción de planos que realiza esta cláusula horizontal y también lo son las consecuencias perjudiciales que se derivarían sobre derechos como el derecho de sindicación, por ejemplo. Como máximo, un derecho como el citado se *interpretará* en armonía con el planteamiento de las tradicio-

<sup>64</sup> SCIARRA, «Derechos sociales...», *op. cit.*, p. 23 y nota n.º 37, crítica la interpretación estrictamente restrictiva de este derecho por parte de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo.

<sup>65</sup> «Explicación» al art. 52.3 de la Carta.

<sup>66</sup> Lo expresado estaría en contradicción con lo querido por MATÍAS PORTILLA, F.J. (dir.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, p. 150, para quien «Desde un punto de vista general, la inclusión de la Carta de Niza en los Tratados debería hacer posible que cualquier norma o acto que fuera incompatible con ella fuera expulsado del ordenamiento jurídico de la Unión... Lo criticable es que la mera inclusión de la Carta en los Tratados no producirá este efecto, tan lógico como necesario... que se proyecta en el tenor dado a los párrafos 2º y, sobre todo, 3º del artículo 52 de la Carta».

<sup>67</sup> ROQUETA BUJ, R., «Los derechos sindicales...», *op. cit.*, p. 202-203 y bibliografía allí citada.

nes constitucionales comunes seguido por el Tribunal de Justicia; en palabras de las «Explicaciones» «en lugar de seguir un planteamiento rígido de ‘mínimo común denominador’, los derechos correspondientes recogidos en la Carta deben interpretarse de forma que ofrezcan un elevado nivel de protección que resulte *apropiado* para el Derecho de la Unión y esté en armonía con las tradiciones constitucionales comunes»<sup>68</sup>. De nuevo, ante un eventual conflicto entre derechos sociales fundamentales resultantes del constitucionalismo del Derecho comparado de los Estados miembros y el Derecho de la Unión, serán los primeros quienes deban someterse al *test* de la «idoneidad», esto es, al principio de proporcionalidad, en base, principalmente, a que derechos como la libertad de sindicación o el derecho a la negociación colectiva no suelen ser apropiados para el óptimo funcionamiento de las libertades fundamentales del mercado europeo<sup>69</sup>. Que sean aquellos derechos los que deban superar ese examen supone tanto como perder la partida de antemano. Luego se lastra en buena medida el principio de norma más favorable que rige en muchos ordenamientos jurídico-laborales del entorno europeo, el español incluido.

En efecto, si el principio de norma más favorable permite no transponer el Derecho de la Unión cuando la normativa interna resulte más favorable para el trabajador, resultará que la norma más favorable quedará residenciada en el Derecho del Estado miembro, despojada pues de la protección de estar reconocida en el «Derecho de la Unión», por muy ampliamente que se entienda este Derecho. Aquella referencia efectuada por las «Explicaciones» a que no se siguiera un planteamiento rígido de «mínimo común denominador» se debilita ante la exigencia de que el nivel de protección deparado a los derechos resulte *apropiado* para el Derecho de la

Unión, ordenamiento jurídico citado en las «Explicaciones» antes que «las tradiciones constitucionales comunes» y alusión también realizada en el Preámbulo de la Carta, tal como se expuso más atrás. Y, sin embargo, es conocido que esas tradiciones suelen soportar un avance doctrinal más sofisticado que el Derecho de la Unión, porque a fuerza del transcurso de los años y de los casos vistos en esos ordenamientos la doctrina jurisprudencial va progresando.

El último precepto (apdo. 5º) del art. 52 al referirse a las disposiciones que contengan principios, determina que «podrán aplicarse mediante *actos legislativos y ejecutivos* adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión», pero también «por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas».

Llama la atención el menor alcance deparado a los principios cuyo desarrollo no se reserva únicamente a la ley y cuya limitación parece posible sin la observación de los límites reservados para los derechos (desarrollo por ley y respeto del contenido esencial). También es patente cómo se rebaja el efecto directo de los principios en la propia Carta, toda vez que los principios «sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos» (art. 52.5, *in fine* Carta), expresión que recuerda la del art. 53.3 de la Constitución española. Es más, las propias «Explicaciones» de la Carta advierten que el apdo. 5 del art. 52 aclara la distinción entre «derechos» y «principios», además de que remiten a la distinción efectuada por el apdo. 1 del art. 51 (los derechos subjetivos deben respetarse mientras que los principios deben observarse).

En cuanto a qué valor y eficacia otorgar a ambos, no debe resultar llamativo que las «Explicaciones» se refieran sólo a los principios, porque esta referencia se hace en términos restrictivos y negativos en comparación

<sup>68</sup> La cursiva es nuestra.

<sup>69</sup> Me remito a las citadas sentencias *Laval, Viking, Ruffert* y *Luxemburgo*.

con lo ya determinado respecto de los derechos por el apdo. 1º del art. 52. En comparación con el desarrollo sólo legal contemplado para los derechos, los principios «pueden aplicarse mediante actos legislativos o ejecutivos» y, por consiguiente, «son importantes para los tribunales sólo cuando se trata de la interpretación o revisión de dichos actos». En un plano negativo, los principios «no dan lugar a derechos inmediatos de acciones positivas de las instituciones de la Unión o de las autoridades de los Estados miembros, lo que es coherente tanto con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia [...] como con el planteamiento de los sistemas constitucionales de los Estados miembros respecto de los ‘principios’, en particular en el ámbito del *Derecho social*». La cursiva pretende poner énfasis en la implícita declaración que esa equivalencia produce sobre los derechos fundamentales sociales que la Carta acoge en su seno. Esta «Explicación» huelga advertir sobre el tratamiento que debe deparársele a los derechos aunque la respuesta vendría dispuesta en los apartados anteriores del art. 52 de la Carta.

La Carta limita por tanto la eficacia directa de los principios ya que, en otras palabras, sólo podrán alegarse con el fin de dejar sin eficacia a una norma o acto nacional o comunitario contrario al principio contenido en la Carta, pero no con el resultado de aplicar directamente al particular el principio recogido en la Carta, de tal modo que sea capaz de crear un derecho subjetivo nuevo para quien lo alega<sup>70</sup>. Tanto el tratamiento de los derechos y de los principios en la Carta como la interpretación ofrecida de ellos por las «Explicaciones» avalan las reflexiones vertidas con ocasión de la llamada teoría débil de los principios (véase *supra*). Teoría que advierte de las frecuentes pasarelas existentes entre principios y derechos y de la frágil línea de diferenciación conceptual entre

ambos –de ahí quizás la falta de definición de los derechos en las «Explicaciones», por lo que deberíamos caracterizarlos a partir de los rasgos deparados a los principios. De esta forma, los principios suelen tender a constituirse en derechos y éstos, por circunstancias históricas, económicas y sociales pueden degradarse a la condición de principios. De hecho, en las «Explicaciones» se citan ejemplos de artículos de la Carta que pueden «incluir elementos que se derivan de un derecho y de un principio», en aquella línea esgrimida por los defensores de la teoría débil de los derechos. Esos artículos son el 23 relativo a la igualdad entre hombres y mujeres, el 33 de la vida familiar y vida profesional y el 34 concerniente a la seguridad social y ayuda social.

Asimismo, las «Explicaciones» aportan algunos ejemplos de principios incluidos en la Carta y no designados así, derechos a los que la Unión se compromete, invariablemente, a «respetar», «reconocer» o «garantizar». Pero interesa más en este momento atender a cómo se reconocen en textos jurídicos los principios citados ejemplificativamente en la Carta. Se trata de los artículos 25 –derechos de las personas mayores, 26 –integración de las personas discapacitadas y 37 –protección del medio ambiente. Si se compara con el TFUE y con el TUE, los dos primeros son derechos que ni siquiera son mencionados en los Tratados. En cuanto al tercero, si bien se menciona en el art. 191 TFUE, las únicas disposiciones que puede adoptar la Unión al respecto son «esencialmente de carácter fiscal» [art. 192.2 a) TFUE]. Una vez más se demuestra la relación entre la categoría más fuerte o más débil de un derecho o principio con el reconocimiento en el Derecho de la Unión o no, y por ende, con la distribución de competencias entre la UE y los Estados miembros.

Los últimos dos apartados del art. 52 (6º y 7º) se encargan de insistir en el respeto a las legislaciones y prácticas nacionales de conformidad con el principio de subsidiariedad, así como elevan a las «Explicaciones» en instrumentos a ser tenidos en cuenta por los

<sup>70</sup> FERNÁNDEZ TOMÁS, «La Carta...», *op. cit.*, p. 142.

órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros.

El resto de las cláusulas horizontales no requieren nuestra atención por no ser relevantes para las conclusiones que se pretenden alcanzar.

## 5. LAS DISPOSICIONES JURÍDICAS DE CONTENIDO SOCIAL DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES: ¿PRINCIPIOS O DERECHOS? CONCLUSIONES

La verdad es que es difícil encontrar en la Carta preceptos que, por una u otra vía, no sean reconocidos al «ciudadano-trabajador», pero no es tan fácil clasificar aquéllos en principios o derechos. Como se ha adelantado, según la doctrina citada *supra* nos encontramos ante un derecho cuando la disposición en cuestión prescinde de condicionar su eficacia al Derecho de la Unión, al de los Estados miembros o, incluso, a las «prácticas nacionales». En otras palabras, la disposición que alberga un derecho, ignora su proyección relacional, además de que el tenor del artículo suele contribuir a reforzar su indubitada condición de «derecho»: «se prohíbe el trabajo infantil...» (art. 32.1 Carta); o «se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón 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» (art. 21.1 Carta). En relación con el principio de igualdad, asimismo el art. 23 declara que «la igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución».

Otros ejemplos de «derechos» son los recogidos en el art. 29 que expresa que «toda persona tiene derecho a acceder a un servicio gratuito de colocación»; en el art. 32.2, que trata

de la protección de los jóvenes en el trabajo; pero también en el art. 33.2, que declara que «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»; o en el art. 47 relativo al derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial.

Otras veces el derecho es expresado de forma menos rotunda como, por ejemplo, el derecho del art. 8, cuya protección es más matizada desde el momento que se reconoce a toda persona el derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan (apdo. 1), aunque su tratamiento se pueden condicionar «en virtud de otro fundamento legítimo previsto en la ley» (apdo. 2). Lo mismo ocurre en el art. 15 donde se proclama la libertad profesional y el derecho a trabajar –que incluye la libre circulación de trabajadores y la igualdad de trato de los extranjeros autorizados para trabajar en los Estados miembros.

Puede asimismo observarse que, en ocasiones, la disposición en concreto define el alcance del derecho que contempla, por lo que *a sensu contrario* podría deducirse que lo que queda fuera de ese alcance quedaría extramuros de la protección del precepto. Así, por ejemplo, el apdo. 1 del art. 12, cuando expresa que «toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación en todos los niveles, especialmente en los ámbitos político, sindical y cívico, *lo que supone* el derecho de toda persona a fundar con otros sindicatos y a afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses»<sup>71</sup>; a pesar del tono extensivo,

<sup>71</sup> La cursiva es nuestra. Otros ejemplos en este sentido, pueden seguirse en el art. 10.1 (libertad de pensamiento, conciencia y religión), el art. 11.1 (libertad de expresión y de información) o el art. 14. 1º y 2º (derecho a la educación).

con todo, debe repararse en que la Carta incluye en su contenido un derecho, el de sindicación, relegado de las competencias de la Unión. Recuérdese, si no, el tenor del nuevo art. 153.5 TFUE, que sigue excluyendo de las competencias compartidas de la Unión el derecho de asociación y sindicación.

Siendo cierto que la Carta se refiere a todos los derechos que contempla como «derechos fundamentales», se ha demostrado que es conveniente analizar su naturaleza jurídica para proceder a una adecuada clasificación entre ellos en cuanto a su eficacia jurídica. Y ésta se ha realizado no tanto por el contenido de las normas, en sentido genérico, sino en base a la comprobada relación entre el grado o nivel de reconocimiento de los derechos y su eficacia jurídica. Cuanto más elevado sea el ámbito jurídico donde se protege el texto que reconoce un derecho fundamental, mayor será la protección que se le depare. Si se trata de un derecho reconocido por el CEDH recibirá la mejor protección posible y a menor ámbito de reconocimiento, por ejemplo, a escala del Estado miembro, la protección irá paralelamente en detrimento.

Para descifrar cuál será la eficacia jurídica de los derechos de la Carta también se ha atendido a una concepción relacional del principio, teoría que está muy cercana a la que considera a los principios como normas con una estructura «de andamiaje», esto es, que necesitan de apoyos legislativos para poder ser alegados. De ahí que mientras que el Tribunal competente atribuiría eficacia jurídica directa a las disposiciones de la Carta que sean consideradas suficientemente claras, precisas e incondicionales, efecto que puede ser aplicado o bien verticalmente (frente a los Estados miembros) o bien horizontalmente (frente a las personas y entes privadas), y es manifiesto con respecto de los arts. 8.2, 30 y 29.2 de la Carta, el efecto indirecto que se desprende de los principios obligará a los tribunales nacionales a interpretar la legislación nacional de acuerdo con el Derecho de la Unión («State liability»).

Esta reflexión conduce inexorablemente a una inequívoca conclusión: las remisiones realizadas, en particular, a las «legislaciones de los Estados miembros», pero también a las «prácticas nacionales» —que algún autor tacha de «desconcertante y enigmática» y que seguramente se refieran a los convenios colectivos de eficacia normativa contractual y limitada que se celebran en algunos países, sobre todo de corte anglosajón<sup>72</sup>— pretenden limitar la eficacia de los derechos de la Carta<sup>73</sup>. Y, si se mira bien, la mayoría de las referencias a la legislación nacional y prácticas nacionales están concentradas en el Título de «Solidaridad»<sup>74</sup>.

En otras palabras, aunque la Carta defina todos los derechos que proclama en su interior como derechos fundamentales —«derechos» como el de la información y consulta de los trabajadores en la empresa (art. 27)<sup>75</sup> es reconocido con rango de derecho fundamental por primera vez en la Historia<sup>76</sup>—, lo cierto es

<sup>72</sup> RUBIO LLORENTE, F., «Mostrar los derechos...», *op. cit.*, p. 192-193, nota nº 32 «*in fine*». En el mismo sentido, RODIÈRE, P., «Les droits sociaux fondamentaux face à la Constitution Européenne», en *Les droit sociaux fondamentaux*, *op. cit.*, p. 243.

<sup>73</sup> BERCUSSON, «The EU Charter of Fundamental Rights and national laws and practices», en BERCUSSON, *op. cit.*, p. 424. Véase esa misma obra (pp. 424 y ss), para una exhaustiva clasificación de los derechos fundamentales de la Carta en función de su remisión al Derecho y prácticas nacionales, o de su no remisión.

<sup>74</sup> BERCUSSON, «The EU Charter...», *op. cit.*, p. 432.

<sup>75</sup> El texto dice así: «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». Según las Explicaciones a la Carta, *cit.*, «La referencia a los niveles adecuados remite a los niveles previstos por el Derecho de la Unión o por el Derecho o las prácticas nacionales, lo que puede incluir el nivel europeo cuando la legislación de la Unión lo prevea». La «Explicación» relativa al artículo 27 constata, con todo, que el acervo de la Unión en el ámbito de la información y consulta es importante.

<sup>76</sup> DE LA VILLA GIL, L.E., «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 32, 2001, p. 31.

que apunta a continuar la tradición de los textos internacionales en el sentido de distinguir, *en cuanto a su implementación o desarrollo*, entre los derechos de primera, relativos a la vida y a los llamados derechos fundamentales del título privilegiado por la Constitución española (derechos humanos), y los derechos de segunda, particularmente, los reconocidos en el Pacto de Derechos Civiles, Económicos y Sociales de 1966, firmado en Nueva York. La línea apuntada estaría en consonancia con lo juzgado por los Tribunales de ámbito internacional, como el de Estrasburgo, más concienciado con la interpretación amplia de los derechos de vertiente individual y más reluciente con hacer lo propio respecto de derechos colectivos<sup>77</sup>.

Mientras que la primera categoría de derechos goza de una protección alta y serían plenamente alegables sin necesidad de un desarrollo ulterior, la otra, al deducirse que esos derechos participan de una naturaleza compartida con la de los «principios», recibiría una protección menos cualificada y, por tanto, su eficacia jurídica directa se vería postergada<sup>78</sup>. Sintomático es también que en la «Explicación» relativa al art. 52.5 se aluda a los «principios» del ámbito del Derecho social apartado que no debió introducirse ya que

<sup>77</sup> De nuevo, el trabajo de análisis de casos del TEDH en SCIARRA, «Derechos sociales...2, *op. cit.*, nota n.º 37. También véase el estudio «Per l'affermazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea. È tempo di agire *Relazione del gruppo di esperti in materia di diritti fondamentali* (dir. S. SIMITIS), Comisión Europea, febrero 1999, p. 16.

<sup>78</sup> Así también, NAZET-ALLOUCHE, «La Cour de Justice des Communautés européennes et les droit sociaux fondamentaux», en *Les droit sociaux fondamentaux*, Bruylant, 2006, p. 217 y bibliografía allí citada; RODIÈRE, P., «Les droit sociaux fondamentaux face à la Constitution Européenne», en *Les droit sociaux fondamentaux, op. cit.*, p. 235 y ss, autor que habla de una justiciabilidad «normativa», véase la cita n.º 8. Sobre los métodos para «motorizar» los derechos económicos y sociales, *vid.* BERCUSSON, B.; CLAUWAERT, S. y SCHÖMANN, S., «Legal prospects and legal effects of the EU Charter», en BERCUSSON, *op. cit.*, pp. 80 y 81.

distorsiona el contenido sustantivo de la Carta, además de que se reduce demasiado simplemente la distinción entre derechos en base a su justiciabilidad<sup>79</sup>. De hecho algún autor<sup>80</sup> repara en la diáfana división entre los Capítulos II y III de la Sección 1ª de la Constitución española para explicar la diferencia entre los derechos «justiciables» de la Carta y los principios o simples objetivos de la Unión. Y, en fin, con la doctrina<sup>81</sup>, la introducción de la distinción entre derechos y principios ha sido fruto de un compromiso entre los Estados miembros, lo que, a la postre, ha permitido rebajar la importancia de la pretendida indivisibilidad de los derechos fundamentales en la Carta.

No se menosprecia el esfuerzo realizado por el legislador en pos de reunir en un único documento a todos los derechos, en esa línea apuntada por los expertos de dotar de visibilidad y unicidad a todos los derechos<sup>82</sup>. No obstante, comoquiera que la implementación de todos los derechos no es la misma, tan sólo se puede ser moderadamente optimistas respecto de la ágil transformación de objetivos políticos abstractos en obligaciones concretas para el legislador y, por ende, respecto de la efectiva protección judicial de todos los derechos sociales, elemento crucial para la salvaguardia de los mismos. Aunque se ha tratado de aclarar cuál será el desarrollo normativo de los derechos sociales como su protección judicial, habrá que esperar a constatar cómo actúa el TJ para cerrar todos los interrogantes que la Carta deja abiertos. La amplia configuración de la UE, ente que reúne a 27 Estados miembros en su seno y con tradicio-

<sup>79</sup> DE BÚRCA, G., «Fundamental Rights and Citizenship», en B. de WITTE, *Ten Reflections on the Constitutional Treaty for Europe*. Florencia, European University Institute, 2003, p. 23-24.

<sup>80</sup> HEPPLÉ, B., *Labour laws...*, *op. cit.*, p. 244.

<sup>81</sup> RODIÈRE, P., «Les droit sociaux fondamentaux face à la Constitution Européenne», en *Les droit sociaux fondamentaux, op. cit.*, p. 238.

<sup>82</sup> Véase el estudio citado «Per l'affermazione...» (dir. S. SIMITIS), recomendaciones.

nes constitucionales tanto de edades distintas como de origen histórico desigual, ha podido pesar en las incertidumbres queridas e impresas en la Carta.

De todas formas, los derechos sociales recogidos dentro del apartado intitulado «Solidaridad» revelan una relación evidente con la dignidad humana<sup>83</sup>. Recuérdese si no el texto del Preámbulo de la Carta, sobre la indivisibilidad e universalidad de sus valores. Aunque no tengan valor jurídico, las propias «Explicaciones» sobre la Carta de los Derechos Fundamentales<sup>84</sup> –valioso instrumento de interpretación de la misma– recuerdan respecto del art. 1 (dignidad) que «la dignidad de la persona humana forma parte de la esencia de los derechos inscritos en la presente Carta». A mayor abundamiento, según la mejor doctrina<sup>85</sup>, la inclusión de muchos derechos sociales en una única Carta, compartiendo un solo espacio con derechos civiles y políticos, significa que no es posible interpretar ningún artículo aisladamente sin considerar los otros. No puede ser tan tajante la separación entre principios, de un lado y libertades y derechos, de otro, precisamente, por la interacción entre los primeros y los segundos. Así, por ejemplo, el art. 34 de la Carta al declarar 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, según

las modalidades establecidas por el derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales», advierte de que la remisión a las «modalidades...» es un indicador de que nos encontramos ante un principio. Sin embargo, a nadie escapa su relación con el principio de igualdad, de manera que cobra actualidad la jurisprudencia sentada por el TC<sup>86</sup> sobre acceso a la pensión de invalidez de una trabajadora a tiempo parcial; y la evidente relación entre las prestaciones sociales y los principios de igualdad y dignidad.

A partir de ahora se deberá prestar atención a la evolución jurídica como jurisdiccional de los derechos económicos y sociales en la Unión Europea a la par que se parte de la evidencia de que ni todos derechos sociales han sido regulados por los Tratados ni existe una copiosa jurisprudencia que en base a las tradiciones comunes de los Estados los haya aupado a derechos fundamentales fuertemente protegidos –porque tampoco la tradición es un aliado de los mismos,– ni apenas se positivizan en el CEDH. Los últimos ejercicios de «*opting out*» llevados a cabo por el Reino Unido y que se han traducido en la no ratificación de la Carta por este Estado revelan las sempiternas suspicacias de este país hacia los derechos sociales; dato que contribuiría a subrayar la brecha que separa a los

<sup>83</sup> Según SOBRINO HEREDIA, J.M., «El Preámbulo de la Carta», en *La Carta...* (dir. MANGAS MARTÍN), *op. cit.*, p. 124, la dignidad constituye el fundamento de todos los derechos humanos.

<sup>84</sup> DOUE 2007/C 303/02, de 14.12.2007.

<sup>85</sup> BERCUSSON, B.; CLAUWAERT, S. y SCHÖMANN, S., «Legal prospects and legal effects of the EU Charter», en BERCUSSON, *op. cit.*, p. 78. Así, por ejemplo, los autores citan la evidente relación entre el art. 27 (información y consulta) con el art. 31 (condiciones de trabajo justas y equitativas), que a su vez implica respeto a la dignidad, protegida en el artículo 1 (dignidad humana). (p. 78-79).

<sup>86</sup> Pleno. STC 253/2004, de 22 de diciembre de 2004, en concreto cuando declara que «pero lo que no aparece justificado es que se establezca una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial en cuanto al cumplimiento del requisito de carencia para el acceso a las prestaciones contributivas de Seguridad Social, diferenciación, por tanto, arbitraria y que además conduce a un resultado desproporcionado, al dificultar el acceso a la protección de la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, situación ésta que afecta predominantemente a las mujeres trabajadoras, como revelan los datos estadísticos, por lo que también desde esta perspectiva ha de concluirse que el párrafo segundo del art. 12.4 LET, en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, lesiona el art. 14 CE, al provocar una discriminación indirecta por razón de sexo» (FJ 9º).



Estados miembros en la defensa de los derechos sociales. En otro sentido pero totalmente relacionado con lo anterior, la última doctrina del TJ, representada en las sentencias citadas de 2008, no augura buenos tiempos para los derechos sociales no reconocidos en los Tratados. Esas sentencias, con gran asombro de la doctrina científica, elevan a las libertades comunitarias del mercado único al nivel de la intocabilidad en detrimento de los

derechos sociales fundamentales; quizás, como se decía más atrás, en esa búsqueda del equilibrio entre los valores de la Carta y las libertades del mercado que propugna el Preámbulo de ésta. La referencia explícita a los derechos sociales como ejemplo de principios en las «Explicaciones» de la Carta supone el enésimo lastre a la protección de estos derechos y a su reclamación, como se sabe, no exenta del consecuente gasto social.

**RESUMEN** Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se incorpora al mismo a través de una técnica jurídica no insólita en el ámbito del Derecho Internacional Público.

El cambio de una Carta «programática» a una Carta «dentro del Tratado» debería conllevar que todos los derechos que contempla tuvieran la misma eficacia jurídica directa. Sin embargo ni aquel hecho, ni la flamante nomenclatura que portan todos los derechos que en ella se recogen –«fundamentales»– permiten deducir esa conclusión.

El estudio, desde la óptica de la eficacia y garantías que reconoce la Constitución Española a los derechos fundamentales, analiza las razones y las explicaciones por las que no todos los derechos de la Carta tienen la consideración jurídica de «fundamentales».

**ABSTRACT** With the Treaty of Lisbon coming into force, the Charter of Fundamental Rights of the European Union is incorporated into it through a legal technique not unheard of within the Public International Law.

The change from a «programmatic» Charter to a Charter «within the Treaty» should lead to all rights having the same direct legal effectiveness. However, neither that fact nor the striking nomenclature with which all rights are described in the Charter –«fundamental»– allow to reach the aforementioned conclusion.

From the point of view of effectiveness and of the guarantees acknowledged by the Spanish Constitution to the fundamental rights, this paper analyses the reasons and the explanations why not all the rights in the Charter have the legal consideration as «fundamental».



# Las competencias de la Unión Europea en materia social: panorama y perspectivas de futuro

JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO\*

---

## EL SISTEMA COMPETENCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA TRAS EL TRATADO DE LISBOA

El Tratado de Lisboa ha intentado aclarar el panorama formal de la distribución de competencias entre la Unión y sus Estados miembros. El contenido de las bases jurídicas no ha sido, como regla general, objeto de la atención de la reforma, sino que la meta parece haber sido ofrecer un cuadro conceptual que ofrezca un catálogo más claro que el hasta ahora existente<sup>1</sup>.

Merece la pena resaltar, en primer lugar, la multiplicación de las menciones del principio atributivo. Éste es el fundamento del sistema de competencias de la Unión, expresando, en síntesis, que toda su capacidad de actuar se deriva de lo recibido de sus Estados miembros por obra de los Tratados, para la consecución de determinados objetivos. En el

primer párrafo del artículo 1 TUE se lee que «los Estados miembros atribuyen [a la Unión] competencias para alcanzar sus objetivos comunes». Nuevamente se define en el artículo 5.2 TUE, se puede ver claramente en el artículo 1.1 TFUE, en el artículo 7 TFUE y en numerosas apariciones en otros preceptos, protocolos y declaraciones anexas, ya sea formulado de forma positiva o negativa, activa o pasiva. Valorando el conjunto, parece que los Estados intentan crear un placebo jurídico que les reafirme en la seguridad de la posesión de sus competencias.

El esfuerzo de sistematización mencionado sigue la línea de la Constitución Europea. El Título I del TFUE reproduce, con los debidos ajustes terminológicos, el Título III de la Constitución, con un nuevo artículo 2 TFUE que recoge la triple clasificación de las competencias de la Unión: exclusivas, compartidas, y un tercer bloque heterogéneo de competencias complementarias donde prima el carácter secundario de la acción de la Unión, de coordinación económica y en empleo, en materia de política exterior y de seguridad común, y de apoyo, coordinación o complemento.

En el ámbito de las primeras, «sólo la Unión podrá legislar y adoptar actos jurídica-

---

\* Universidad de Santiago de Compostela.

<sup>1</sup> Para los antecedentes de todo lo que se expone a lo largo del artículo, mayor aparato bibliográfico y reflexiones omitidas, *vid.* mi propio libro, *Las competencias de la Comunidad Europea en materia social*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

mente vinculantes, mientras que los Estados miembros, en cuanto tales, únicamente podrán hacerlo si son facultados por la Unión o para aplicar actos de la Unión». El artículo 3 TFUE contiene una enumeración de las competencias exclusivas de la Unión que debe considerarse exhaustiva y cerrada: ninguna materia de contenido social puede encontrarse aquí. La Unión dispondrá también de competencia exclusiva para la celebración de un acuerdo internacional cuando dicha celebración estuviera prevista en un acto legislativo de la Unión, cuando fuera necesaria para permitirle ejercer su competencia interna o en la medida en que pudiera afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas.

El segundo párrafo del artículo 2 TFUE recoge a su vez la definición de las competencias compartidas, vocablo que se ha preferido al también manejado doctrinalmente «concurrentes». Tanto la Unión como los Estados miembros tienen potestad para legislar en los campos en los que existen. En primer lugar, se distinguen las competencias compartidas de las competencias en las que la Unión tiene meros poderes de coordinación. En segundo lugar, debe señalarse la plasmación, introducida mediante una enmienda, de una regla sobre el ejercicio efectivo, tanto en su variante positiva como negativa. En tercer lugar, las competencias compartidas se configuran en el primer párrafo del artículo 4 TFUE como un ámbito residual (aunque por número sea el más grande), ya que tendrán tal carácter todas aquellas que no estén recogidas en los artículos dedicados a las competencias exclusivas o a las de coordinación. Siendo así, es difícil justificar la inclusión de una lista, que sólo puede tener carácter ejemplificativo, donde aparecen listadas las competencias sobre el mercado interior (que afecta a la libre circulación de trabajadores), la política social «en los aspectos definidos en el presente Tratado»<sup>2</sup>, la

<sup>2</sup> Debe resaltarse que esta nueva aparición del principio atributivo sólo aparece en este apartado de toda la

cohesión económica, social y territorial, y el espacio de libertad, seguridad y justicia (donde encaja la política de inmigración).

La tercera heterogénea categoría incluye la coordinación y las competencias complementarias. En primer lugar, el artículo 5 TFUE plasma el carácter específico de la coordinación de las políticas económicas y de empleo. Supone el reconocimiento del método abierto de coordinación como estrella ascendente en el firmamento de la Unión, elevado a la dignidad de los Tratados y ya no construido únicamente sobre documentos de trabajo de la Comisión. En materia de empleo el método abierto se concibe como obligatorio, dejando a la Unión la iniciativa para desarrollarlo en el contexto de las políticas sociales de los Estados (artículo 5.2 y 5.3 TFUE). En el caso de las competencias complementarias, el papel de la Unión es en estos casos secundario<sup>3</sup>. Recogidas en el artículo 6 TFUE, se formulan como ámbitos de «apoyo, coordinación o complemento». En las materias incluidas, que deben ser interpretadas en sentido restrictivo, la competencia legislativa pertenecerá a los Estados miembros con carácter exclusivo. Su vertiente social viene determinada por las menciones a la formación profesional.

Por último, ya no en el campo de la atribución de competencias sino en el de su ejercicio, debe hacerse mención a los ajustes que ha

lista, poniendo de manifiesto el considerable interés de los Estados en mantener firmes las riendas de sus políticas sociales.

<sup>3</sup> Cfr. T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, *El sistema europeo de distribución de competencias*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, p.125: «Lo que caracteriza a estas competencias es que la Comunidad puede apoyar o complementar las medidas estatales pero su ejercicio por la Comunidad no conlleva en ningún caso la prevalencia de la norma comunitaria ni por tanto el desplazamiento de la norma estatal. En este caso la posible colisión que se pudiera provocar entre las normas de ambos niveles territoriales se resuelve a través del principio de atribución nunca a través del principio de primacía o prevalencia».

experimentado la formulación del principio de subsidiariedad, ahora recogido en el artículo 5.3 TUE. La nueva redacción es verdaderamente limitativa, al establecerse ahora que la Unión intervendrá «sólo en el caso de que» los objetivos no puedan ser alcanzados por los Estados. La acción europea se configura de forma irremediabilmente secundaria, añadiendo además una precisión sobre los distintos niveles de poder territorial dentro del Estado. Por último, se añade un nuevo apartado que potencia el papel de los Parlamentos nacionales en el control del respeto de este principio, como ya se había esbozado en la Constitución. El Protocolo nº 2, anexo al Tratado, recalca y desarrolla la aplicación efectiva del principio.

#### UNA PROPUESTA DE CLASIFICACIÓN DE LAS COMPETENCIAS DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA SOCIAL

Dado que el actual panorama normativo de los Tratados no obedece a un plan preconcebido, sino que más bien responde a una dinámica casi geológica de capas y etapas, de ello resulta que existe una gran variedad en las formas de plasmación de las competencias de la Unión Europea en materia social y en la intensidad de su puesta en práctica. Naturalmente, este rasgo es predicable, con carácter general, de todo el ordenamiento de la Unión, pero dadas las especiales características políticas de la materia social es especialmente cierto. Por un lado, a los fines proclamados se llega o se intenta llegar por numerosas vías, que pasan por el Derecho, la política, la gestión, la orientación o las puras actuaciones de fomento o financieras. Por otro lado, el sentido de la intervención no siempre coincide, pues se conjuga una terminología confusa e imprecisa, como unificación, aproximación de las legislaciones, colaboración, cooperación o coordinación.

En este marco, es obvio que no existe una única base jurídica para el desarrollo de la política social de la Unión Europea. Una de las causas de esta situación es que, en sí misma, tal política no responde a un único epígrafe o enunciado del Tratado de Funcionamiento, sino que es una categoría científica o política acuñada en el pasado para contemplar de forma relativamente homogénea la intervención comunitaria en el ámbito de lo social<sup>4</sup>. Aunque el actual Título X posea, en sí mismo, una cierta pretensión de erigirse en centro y núcleo de la actuación europea en este campo, la práctica demuestra que la realidad es más compleja, entre otras razones por su carácter expansivo. Fruto de su propia evolución histórica, la Unión Europea ha llegado a contar en su Derecho originario con un abundante repertorio de bases jurídicas específicas que, en su conjunto, la habilitan para intervenir en terrenos variados del campo social, a través de distintas vías. De ahí que sea menester abordar, desde el punto de vista académico, un intento de clasificación de las diversas herramientas de la Unión para actuar en el campo social.

Un primer bloque de competencias tiene como hilo conductor la regulación del incipiente mercado interior de trabajo. El indiscutido enfoque económico de las primigenias Comunidades Europeas marcó decisivamente el desarrollo de la materia social durante las primeras décadas de su existencia. Se concebía entonces una normativa social que se correspondería estrictamente con la regula-

<sup>4</sup> Cfr. J. GÁRATE CASTRO, *Transformaciones en las normas sociales de la Unión Europea*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010, p.1: «Considero normas sociales de la Unión Europea (...) aquellas que, con diverso origen o procedencia (título competencial o institución que las adopta) y también diverso grado de profundidad o concreción, amplitud de contenido e, incluso, carácter imperativo o fuerza vinculante, se ocupan de forma específica de la regulación de las materias que admiten la expresada calificación por referirse a aspectos que guardan una relación con el trabajo asalariado».

ción de un naciente mercado laboral común<sup>5</sup>, pero sin ir más allá. La libre circulación de trabajadores era el núcleo duro de esta normativa y sigue siéndolo, aunque el transcurso del tiempo haya hecho aparecer nuevos campos de actividad y superado ampliamente la concepción inicial. Lo que en un principio fueron aspectos instrumentales de la libertad fundamental, hoy han alcanzado casi una autonomía propia y parcelas de actividad que no fueron contempladas en el inicio se han asentado en este campo del ordenamiento de la Unión Europea.

Un segundo campo de competencia mira al interior de los Estados, pretendiendo una cierta armonización de sus legislaciones nacionales. El hecho de que el primitivo artículo 117 TCEE se refiriera a la equiparación «por la vía del progreso» que conduciría a la armonización de las legislaciones sociales, mención que se mantiene en el actual artículo 151 TFUE, sirvió para proclamar la especial significación de esta noción en el campo social y sus peculiares características frente a otros mecanismos similares en el marco del Tratado. De hecho, la mayor parte de los estudios generales sobre política social de la Unión Europea, bajo una u otra denominación, utilizan la armonización de las legislaciones nacionales como una de sus grandes categorías<sup>6</sup>. Carece de sentido apartarse de tan firme

<sup>5</sup> Vid. B. BERCUSSON, *European Labour Law*, Butterworths, Londres, 1996, p.12. También F. MANCINI, «Derecho comunitario y Derecho del Trabajo», *RL*, 1, 1986, p.1180: «Los estudiosos del Derecho comunitario del trabajo (...) tienden a presentar esta materia como constituida por dos grupos de reglas: a) aquellas directamente funcionales tendentes a la instauración de un mercado común del trabajo; b) aquellas dirigidas a definir una política social comunitaria que permita a dicho mercado, pero también y en primer lugar al mercado común *tout court*, funcionar correctamente».

<sup>6</sup> Con esta o similar terminología, J.-J. RIBAS *et al*, *Traité de Droit social européen*, Presses Universitaires de France, París, 1978; G. LYON-CAEN, *Droit social européen*, 1ª edición, Dalloz, París, 1969; P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union Européenne*, LGDJ, París, 2002; M. COLINA ROBLEDO *et al*, *Derecho social comunitario*, 2ª

uso, pues continúa siendo perfectamente actual y válido.

Es ésta la parte más grande de la política social de la Unión Europea y la que potencialmente ofrece más posibilidades de crecimiento, siempre condicionadas, eso sí, a la voluntad política. Mientras que las restantes categorías descritas son en sí mismas limitadas, la armonización de las legislaciones nacionales es la parte que puede concebirse en términos más amplios, con base en el Derecho originario. El principio atributivo ha dejado aquí abiertos numerosos campos para la actuación de la Unión, si bien no todos ellos han sido aún tratados, pero pueden serlo en el futuro. El amplio elenco de materias recogido en los artículos 153 y 156 TFUE refleja en buena medida los Derechos nacionales desde los que se ha construido cada precepto. Coherentemente con la condición de fin<sup>7</sup> y no sólo de herramienta técnica de la armonización, hallarán cabida en esta categoría actuaciones normativas y extranormativas de la más variada índole.

Como tercer bloque de materias se propone un apartado que tiene como núcleo la articulación de sistemas e instituciones legales. Otra de las aspiraciones de la Unión se cifra precisamente en eliminar los inconvenientes derivados de la existencia de los múltiples sistemas nacionales para una misma realidad social, actuando sobre la articulación entre ellos, no sobre su sustancia<sup>8</sup>. Paradóji-

edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995; A. MONTOYA MELGAR *et al*, *Derecho social europeo*, Tecnos, Madrid, 1994.

<sup>7</sup> Cfr. G. LYON-CAEN, *Droit social européen*, cit., pp.127-8: «Quant à la deuxième ligne de force, le rapprochement, l'harmonisation vers le haut des législations sociales, les rédacteurs du Traité y ont vu un moyen d'améliorer les conditions de vie et de travail, en alignant le Droit social européen sur la meilleure législation».

<sup>8</sup> Cfr. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho internacional privado*, 3ª edición, Civitas, Madrid, 1996, p.58: «La integración es también un universo de valores compartidos, y a veces, contradictorios. El respeto por la identidad cultural de los Esta-

camente, ésta es una de las líneas de actuación más antiguas y al mismo tiempo más modernas en el ámbito de la Unión, respectivamente en el ámbito de la Seguridad social y del Derecho del Trabajo. En este sentido, la *vis atractiva* del Derecho de la Unión Europea está modificando decisivamente el escenario europeo del Derecho internacional privado<sup>9</sup>.

El cuarto grupo de competencias se centra en lo que podría llegar a ser el sistema europeo de relaciones laborales. Determinadas cuestiones deben hallar una respuesta apropiada en el nivel de la Unión, con la progresiva juridificación de situaciones que se desarrollaron inicialmente al margen del ordenamiento europeo. Si se toma como punto de partida, con todas las precauciones, una concepción de un sistema de relaciones laborales nacional, se constatará la diferencia en la intensidad y envergadura de la intervención de la Unión sobre los variados aspectos del Derecho colectivo estatal: un procedimiento de ejercicio de competencias, una realidad casi ajurídica, una negación y una auténtica atribución de competencia. El papel de lo colectivo en el ordenamiento de la Unión es cada día mayor, aunque en el momento presente parezca atravesar por un cierto estancamiento. Pero esa situación es característica de la dinámica general del proceso de integración europea, cuyos puntos de atención varían a lo largo de las décadas.

dos participantes en el proceso de integración es también un principio de respeto a la identidad jurídica».

<sup>9</sup> Cfr. P-E. PARTSCH, *Le droit international privé européen. De Rome à Nice*, Larcier, Bruselas, 2003, p.457: «Un faisceau de circonstances porte à croire que nous ne sommes qu'au début des initiatives communautaires en la matière. Songeons notamment à l'émergence d'un droit privé d'origine communautaire, à la multiplication des situations transfrontières, à la globalisation et à la dématérialisation de l'économie, aux potentialités de la citoyenneté européenne. Un droit international privé propre à la Communauté viendra se loger entre les droits internationaux privés des Etats membres et les efforts d'unification impliquant davantage d'Etats».

El quinto bloque de competencias fundamenta su existencia en la utilización de técnicas blandas de coordinación, frente a lo que sucede en los anteriores, centradas en la firmeza del Derecho. La materia predominante en este apartado, en el campo social, es el empleo. El sistema diseñado a lo largo de los años 90 tiene una naturaleza especial, que se aparta de los estándares nacionales. La política de empleo en el ámbito de la Unión va a responder a criterios propios y va a exigir un nivel autónomo de análisis. Su indiscutible inspiración económica la aparta del tradicional perfil social que se ha otorgado a la materia, pero no por ello ha de quedar fuera del objeto de este trabajo. Antes bien, la presencia de este apartado enriquece considerablemente el estudio, por cuanto permite un notable contraste con las tradicionales actuaciones hasta ahora descritas, herederas de cinco décadas de construcción comunitaria. Es indiscutible que la técnica de la coordinación va ganando nuevos territorios y la protección social es en la actualidad el campo de expansión del método abierto de coordinación. Por lo tanto, se impone un estudio conjunto de estas materias, que debe quedar completado por la influencia en el campo social de otros ámbitos donde esta técnica se lleva a la práctica.

Queda por último el conjunto dedicado a la promoción de la ciudadanía social europea. Se ha colocado en esta posición porque, aunque el núcleo duro de las materias estudiadas tiene un claro matiz social, los actos sobre la ciudadanía social europea están empezando a traspasar estos umbrales<sup>10</sup>. A partir del

<sup>10</sup> Cfr. A. MARTÍN VALVERDE, «Los derechos de los trabajadores en el ordenamiento comunitario: del Tratado de Roma a la Constitución Europea», *AL*, 19, 2004, p.2289: «La comparación de las disposiciones directamente dedicadas a la libre circulación de trabajadores en el inicial Tratado de Roma y en el actual Tratado de Amsterdam pone de relieve una gran similitud –casi podríamos decir virtual identidad– de las mismas. Sin embargo, el contenido normativo de la institución ha experimentado transformaciones de gran importancia



núcleo duro inicial de la normativa sobre igualdad de trato por razón de la nacionalidad y entre mujeres y hombres, se está construyendo en este momento, o se pretende construir, un cuerpo de derechos fundamentales cuya posición, es objeto de grandes discusiones.

Por último, en cuanto a su presentación formal, hay que poner de manifiesto que este arsenal no es perfecto y algunas de estas bases, en especial las situadas en el artículo 153 TFUE, deberían ser reformadas para evitar solapamientos y deslindar claramente su contenido. La utilización de las bases jurídicas existentes para crear el Derecho derivado, por añadidura, se caracteriza por una considerable falta de rigor y de calidad en la técnica jurídica. Las instituciones de la Unión deberían cuidar más la plasmación de los preceptos habilitantes en sus actos, para proporcionarle la debida transparencia y reforzar así la legitimidad de su actuación.

### LOS ÁMBITOS EXCLUIDOS DE LA COMPETENCIA DE LA UNIÓN

Hasta ahora se ha esbozado la parte *positiva* de la competencia de la Unión, la existencia de facultades de actuar en el marco del principio atributivo. Aunque éste, en sí mismo, debería ser barrera suficiente para bloquear cualquier acción que no encaje en las competencias atribuidas, lo cierto es que pueden localizarse numerosas limitaciones

en los cuarenta años transcurridos de un texto a otro. Hasta tal punto han sido importantes estas transformaciones que se puede hablar de un verdadero cambio de función de la libre circulación de trabajadores que, de ser inicialmente un mero instrumento económico al servicio del mercado común del factor trabajo, ha desempeñado en la práctica histórica el papel de núcleo central en torno al que se ha formado el estatus del ciudadano en la Europa comunitaria».

expresas en el texto del Tratado<sup>11</sup>. Todos los apartados del Derecho originario donde se esboza una competencia de la Unión son un escenario apropiado para localizar estas trabas, que se plasman en una variedad de fórmulas tan extensa como la propia atribución de competencias. En las disposiciones de contenido social son especialmente abundantes y tienen carácter sustancial y procedimental, a veces concretas, a veces abstractas.

Las claves para la interpretación de estas cláusulas no se acomodan a las pautas generales del Derecho internacional público, que atendiendo a la soberanía de los Estados suelen optar por reglas estrictas de interpretación que implican una comprensión amplia de las excepciones<sup>12</sup>. Por el contrario, el Tribunal de Justicia, desde una postura finalista, ha desarrollado la doctrina del efecto útil, que implica una interpretación restrictiva de las excepciones, en especial cuando lo contrario vaciaría de contenido la disposición estudiada<sup>13</sup>.

Uno de los *recordatorios* más significativos se encuentra en el artículo 147.1 TFUE, donde se afirma que al poner en práctica la coordinación diseñada en materia de empleo «se respetarán las competencias de los Estados miembros». Es una precisión completamente innecesaria, pues ya se ha visto que los principios que inspiran toda la actuación de la Unión incluyen esta prescripción. El valor de esta declaración es puramente político y

<sup>11</sup> Cfr. J. M. GÓMEZ MUÑOZ, *Libre circulación de trabajadores en el empleo público*, CES, Madrid, 1996, p.157: «La lógica normativa comunitaria se hace eco del principio general de Derecho internacional según el cual las restricciones o limitaciones a los derechos reconocidos en un instrumento normativo internacional sólo pueden efectuarse a través del mismo instrumento que los recoge».

<sup>12</sup> Cfr. W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, «L'ordre juridique des Communautés Européennes et le Droit International», *RCADI*, 5, 1975, p.274.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p.280: «Le traité ou la disposition d'un traité que seraient démunis de toute signification ne réservent aucun choix à l'interprète».

no refleja más que el temor de los Estados a desprenderse de sus competencias en esta materia<sup>14</sup>. Todo ello es aplicable también a la cláusula similar contenida en el artículo 19 TFUE a propósito de la lucha contra la discriminación.

La más notoria de las prohibiciones materiales de actuación es la recogida en el artículo 153.5 TFUE, que excluye la aplicación de las disposiciones contenidas en ese precepto «a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal». Éstas no son, sin embargo, materias ajenas a la regulación internacional. Basta recordar la existencia de los Convenios de la OIT sobre salario o libertad sindical. Esta barrera apareció en el Protocolo social de Maastricht, como consecuencia directa de la incorporación de nuevos ámbitos competenciales<sup>15</sup>. Sobre su alcance, debe señalarse que no es una prohibición absoluta de actuación en el marco del Derecho de la Unión, sino una exclusión del uso de los procedimientos diseñados en el artículo 153 TFUE.

Este anatema se justifica, en parte, por la diversidad de tradiciones jurídicas entre los Estados miembros en materias especialmente delicadas. Ahora bien, la prohibición debe entenderse referida únicamente al núcleo duro de las instituciones jurídicas contempladas, a su existencia misma y su regulación

<sup>14</sup> Cfr. C. F. BERGSTROM, «L'Europa oltre il mercato interno: commento al Trattato di Amsterdam», *RIDPC*, 1, 1998, p.8: «Il richiamo politico secondo il quale vanno rispettate le competenze degli Stati membri illustra non solo la qualità del Trattato di Amsterdam come testo giuridico, ma anche le preoccupazioni nazionali che la formalizzazione dell'impegno comunitario nei nuovi settori politici non dia luogo a interferenze».

<sup>15</sup> Cfr. M. ROCCELLA y T. TREU, *Diritto del Lavoro della Comunità Europea*, Cedam, Padua, 1992, p.314: «La norma conferma la competenza esclusiva degli Stati membri, e quindi la non configurabilità di interventi regolatori delle autorità comunitarie (regolamenti/direttive), per gli aspetti interni delle dinamiche collettive».

central<sup>16</sup>, y no a aspectos colaterales, donde la consideración de las materias excluidas es accesoria, conforme al principio general *accessorium sequitur principale*<sup>17</sup>. Así, carecería de justificación una normativa de la Unión sobre cuantías salariales<sup>18</sup>, el contenido esencial de la libertad sindical o la regulación del derecho de huelga.

La redacción de la prohibición del artículo 153.5 TFUE no es original en modo alguno. El artículo 45.4 TFUE emplea la misma fórmula para prohibir la aplicación de las disposiciones sobre libre circulación a «los empleos en la administración pública» y así lo ha hecho des-

<sup>16</sup> STJCE de 13.09.07, *Del Cerro Alonso*, asunto C-307/05, Rec.2007, p.1-7109: «Por lo que se refiere más concretamente a la excepción relativa a las 'remuneraciones', establecida en el artículo 137 CE, apartado 5, encuentra su razón de ser en el hecho de que la fijación del nivel de los sueldos entra dentro del ámbito de la autonomía contractual de los interlocutores sociales a nivel nacional y corresponde a la competencia de los Estados miembros en la materia. En estas circunstancias, se ha considerado adecuado, en el estado actual del Derecho comunitario, excluir la fijación del nivel de los salarios de una armonización con arreglo a los artículos 136 CE y siguientes. Así, dicha excepción no puede extenderse a cualquier cuestión que tenga algún tipo de vínculo con la remuneración, so pena de vaciar de gran parte de su contenido a algunos de los ámbitos mencionados en el artículo 137 CE, apartado 1». También, STJ de 10 de junio de 2010, *Bruno y Pettini*, asuntos acumulados C-395/08 y C-396/08, pendiente de publicación en el Repertorio: «Dicha excepción debe interpretarse consiguientemente en el sentido de que se refiere a las medidas que, como las que uniforman todo o parte de los elementos constitutivos de los salarios y/o de su nivel en los Estados miembros o incluso las que establecen un salario mínimo comunitario, suponen una injerencia directa del Derecho de la Unión en la determinación de las retribuciones en ésta. Sin embargo, dicha excepción no puede extenderse a cualquier aspecto que guarde alguna relación con la remuneración, si no se quiere privar de gran parte de su contenido a algunos ámbitos contemplados en el artículo 137 CE, apartado 1».

<sup>17</sup> Vid. R. BLANPAIN, *European Labour Law*, 8ª edición, Kluwer, La Haya, 2002, p.122.

<sup>18</sup> Cfr. S. SCIARRA, «European Social Policy and Labour Law – Challenges and Perspectives», *CCAEL*, 4, 1, 1993, p.323: «As for pay, the exclusion should be referred to minimum wage regulation».

de la primera redacción del Tratado. Este límite responde a una clara postura de los Estados fundadores. Era diferente, a sus ojos, abrir las fronteras de su mercado laboral de dejar expedito el camino de sus Administraciones, de la manifestación física de su soberanía. Los Estados se reservan así la potestad de organizar libremente su personal, sin intervención europea programada. El alcance de esta disposición, con todo, ha sido y es polémico y discutido. El Tribunal de Justicia, en una cuantiosa serie de sentencias, ha establecido la necesidad de interpretar restrictivamente esta derogación del principio fundamental de libre circulación, lo que ha llevado a una lectura «funcional» del precepto<sup>19</sup>.

Existe otro orden de límites completamente diferentes, basado en el tipo de sujetos afectados por las normas, localizado en el artículo 153.2.b TFUE, en el marco de la adopción de disposiciones mínimas. Éstas «evitarán establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas». Se trata de un límite en el ejercicio, no en la atribución. El alcance de la disposición es indiscutiblemente oscuro y difícilmente mesurable<sup>20</sup>. Tanto es así que el control por el Tribunal de Justicia ha demostrado ser bastante abstracto y la verdadera eficacia de esta regla está aún por demostrar<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Vid. P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union Européenne*, cit., pp.230 y ss.

<sup>20</sup> Cfr. G. y A. LYON-CAEN, *Droit social international et européen*, 7ª edición, Dalloz, París, 1991, p.285: «C'est l'éternelle question: trop de protection, c'est trop de charges, et trop de charges nuit l'emploi. On risque de voir surgir une sécurité à deux vitesses».

<sup>21</sup> Vid. F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 1994, p.55. El Acta Única contenía además una Declaración anexa donde se afirmaba que «la Comunidad no tiene la intención de discriminar a los trabajadores de las pequeñas y medianas empresas de una forma que no se justifique objetivamente». Sobre la interpretación de esta Declaración, vid. A. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, *Vicisitudes y extinción de la relación de trabajo en las pequeñas empresas*, CES, Madrid, 2007, pp.95 y ss.

De índole financiera son las limitaciones recogidas en el artículo 153.4 TFUE, donde se dice, en un primer inciso, que las disposiciones adoptadas conforme al procedimiento del apartado 2 de ese mismo precepto, «no afectarán a la facultad reconocida a los Estados miembros de definir los principios fundamentales de su sistema de seguridad social, ni deberán afectar de modo sensible al equilibrio financiero de éste». Esta precisión fue añadida por el Tratado de Niza al reordenar el artículo 137 TCE y es otra traba más para el desarrollo de una legislación de la Unión en materia de Seguridad social.

El Tratado de Lisboa ha añadido al artículo 48 TFUE un nuevo inciso final, que quizás habría sido más acertado construir como apartado segundo, y que guarda un ligero parecido con esta cautela. En efecto, conforme a este nuevo texto, un Estado podrá remitir al Consejo Europeo, para su examen, los proyectos de actos legislativos que perjudiquen a aspectos importantes de su sistema de Seguridad social, como su ámbito de aplicación, coste o estructura financiera, o cuando afecte a su equilibrio financiero. De esta forma, se otorgará un derecho de re-examen a los Estados, en la más intergubernamental de las instituciones comunitarias, en tan delicadas materias.

Entre las trabas de carácter formal destacan las variadas prohibiciones de armonización que se encuentran en el texto del Tratado. El artículo 19 TFUE, que sirve como base jurídica para la aprobación de normas contra la discriminación por diversos motivos, incluye en su apartado 2 una de ellas en lo referente a las medidas de estímulo en ese ámbito de actuación. Otra se encuentra en el artículo 149 TFUE, a propósito de las medidas de fomento de la cooperación entre los Estados miembros en materia de empleo. La tercera es la recogida en el artículo 153.2.a TFUE, a propósito de la cooperación en la política social de los Estados miembros. Los artículos 165.4 y 166.4 TFUE, dedicados respectivamente a Educación y Formación profesional,

también incluyen una prohibición de este tipo. Todas ellas tienen en común que se formulan a propósito de actos carentes de contenido legislativo, con una naturaleza de actuación material. Con ello, claramente, se busca impedir una armonización subrepticia o *de facto*, como la que la Comisión pudo intentar en los años 60 a través de las recomendaciones basadas en el antiguo artículo 118 TCEE.

Una de las más radicales prohibiciones de actuar en materia social se halla, por último, en el segundo apartado del artículo 114 TFUE. La cláusula auxiliar de construcción del mercado interior contiene en su segundo apartado la prohibición de su utilización para regular «los derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena». Es la única aparición de esta terminología en todo el Tratado, lo cual habla una vez más de las imprecisiones en el lenguaje empleado en el Derecho originario.

Casi idéntica prohibición, pero atendiendo al criterio de la remuneración en lugar de a la ajenidad, aparece en las disposiciones sobre Industria del Título XVII, en el artículo 173.3 TFUE. En este precepto, que remite al procedimiento ordinario, se establece que «no constituirá una base para el establecimiento por parte de la Unión de medidas que puedan falsear la competencia o incluyan disposiciones fiscales o relativas a los derechos e intereses de los trabajadores asalariados». Con ello se evita el empleo de una base jurídica más genérica que las comentadas específicamente sociales, que podría servir como atajo para la aprobación de determinada normativa atrapada en los rigores de procedimientos especiales que implican una votación por unanimidad.

## LA REALIZACIÓN DE UN MERCADO INTERIOR DE EMPLEO

Un primer bloque de competencias de la Unión en materia social se refiere a la regulación del mercado interior de empleo. Esta

regulación no es completa ni perfecta, sino que está en constante desarrollo, ya que se trata en realidad de la configuración progresiva de un mercado transnacional que aspira a ser un mercado interior como el existente en otros campos. A imagen de lo que sucede con carácter general se alternan en esta realización fases en las que la intensidad de la actuación varía de un campo a otro. En esta línea, el régimen de la libre circulación fue el primer gran logro y, de hecho, continúa siendo el nervio de este mercado de empleo<sup>22</sup>, aunque en la actualidad otras materias comparten la atención de la Unión.

Las normas sobre libre circulación no conceden, en buena medida, derechos tradicionalmente considerados como laborales, sino que, por el contrario, son en un grado considerable normas de doble negación: prohíben discriminaciones, garantizando el acceso al mercado de trabajo y al empleo en igualdad de condiciones. Si el artículo 18 TFUE, relativo a la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad, es el ejemplo descollante de las competencias de la Unión que suponen más una limitación del poder de los Estados que la imposición de un deber de colaboración<sup>23</sup>, los actuales artículos 45 y 46 TFUE son su traslación específica al campo social<sup>24</sup>. Recuerde-

<sup>22</sup> Cfr. L. E. DE LA VILLA GIL, «La promoción y defensa del principio de libre circulación en la Unión Europea», *RMTAS*, 12, 1998, p.223: «El principio de la libre circulación de trabajadores ha sido, es y seguirá siendo absolutamente fundamental en la constitución y desarrollo de las Comunidades Europeas hasta el punto que, por su defensa, se han sacrificado normalmente otros valores de amplia trascendencia social».

<sup>23</sup> Vid. V. CONSTANTINESCO, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés Européennes*, LGDJ, París, 1974, p.233.

<sup>24</sup> Cfr. L. MENGONI, «La libera circolazione dei lavoratori nella CEE», *DdL*, 1970, p.171: «Sotto questo profilo essa si inquadra nel principio generale di non discriminazione enunciato dall'art 7 del trattato (...). L'art.48 è una delle disposizioni particolari fatte salve dall'art 7, le quali applicano il principio in una determinata maniera, precisandone il contenuto e insieme assoggettandolo ad alcune condizioni limitative».

se que, dejando a un lado las cláusulas de *Standstill*, esas competencias se manifiestan de dos formas, en prohibiciones de hacer y con la imposición de conductas a los Estados. Ambas categorías están presentes en el Derecho originario relativo a la libre circulación y ambas se recogen en los contenidos del Derecho derivado, directamente encaminadas a la creación de un mercado económico general<sup>25</sup>.

En el Derecho originario, la libre circulación de trabajadores se caracteriza por su estabilidad, frente a la volatilidad que ha marcado los últimos veinte años en otras partes de los Tratados. El artículo 45 TFUE somete la aprobación de directivas o reglamentos, expresamente nombrados como posibles instrumentos, al procedimiento ordinario, previa consulta al Comité Económico y Social Europeo. Debe tenerse en cuenta, no obstante, lo dispuesto en las diferentes Actas de Adhesión de los Estados, que fijan reglas de carácter transitorio que tienden a limitar temporalmente los derechos derivados de la libre circulación<sup>26</sup>.

El contenido material de la competencia de la Unión sobre libre circulación aparece delimitado en los artículos 45 y 46 TFUE, donde se exponen los componentes esenciales de la libertad fundamental<sup>27</sup>. Su núcleo se encuentra en el artículo 45.2 TFUE, donde se proclama «la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al

empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo». El apartado 3 del mismo artículo recoge las denominadas libertades instrumentales<sup>28</sup>, que no forman parte propiamente de la libre circulación pero la hacen factible<sup>29</sup>: los derechos a responder a ofertas efectivas de trabajo, el derecho de libre desplazamiento, el derecho de libre residencia y el derecho a mantener la residencia tras haber desempeñado un empleo, a los que el Derecho derivado añadió tempranamente el derecho a hacerse acompañar por la propia familia. El artículo 46 TFUE, por el contrario, recoge obligaciones de los Estados, de carácter más administrativo que personal, orientadas a la colaboración, la eliminación de trámites y plazos, etc.

La construcción de un mercado interior de empleo implica de por sí el levantamiento de barreras comunes frente al exterior, tanto comerciales como humanas. No en vano uno de los aspectos integrantes de la Política social, con carácter general, es la regulación del trabajo de extranjeros, con todo lo que ello conlleva, desde las propias condiciones de trabajo y empleo de éstos hasta los requisitos para su entrada y permanencia en el país de acogida. Las disposiciones sobre la libre circulación de trabajadores y toda la normativa que se desarrolló con ella como núcleo son, en sustancia, un cuerpo jurídico destinado a regular la migración interior comunitaria. Pero pronto la herramienta diseñada empezó a ser insuficiente, dadas las nacionalidades

<sup>25</sup> Vid. V. CONSTANTINESCO, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés Européennes*, cit., p.236.

<sup>26</sup> Para las adhesiones de 2004, por ejemplo, vid. S. GIUBBONI, «Allargamento dell'Unione Europea e libera circolazione dei lavoratori», *DdL*, 2003, pp.331 y ss.

<sup>27</sup> Cfr. J.-J. RIBAS, *La politique sociale des Communautés Européennes*, Dalloz, París, 1969, p.112: «Est un article de principe, impératif. Le paragraphe 1 dépassant le stade du simple objectif, rend son instauration obligatoire pour les Etats membres, au plus tard à l'expiration de la période de transition. Si la procédure prévue par l'article 49 ne réalisait pas cet objectif, les Etats membres devraient le réaliser de façon autonome parce qu'il est prévu au Traité avec précision et force obligatoire».

<sup>28</sup> Vid. A. MARTÍN VALVERDE, «El contenido instrumental del derecho de libre circulación de los trabajadores: del Tratado de Roma al Tratado de Amsterdam», en VV.AA. (J. J. HERVÁS ORTIZ, dir.), *Libertad de circulación de trabajadores. Aspectos laborales y de seguridad social comunitarios. Presente y futuro*, CGPJ, Madrid, 2002, pp.77 y ss.

<sup>29</sup> Vid. M. COLINA ROBLEDO et al, *Derecho social comunitario*, cit., p.127. Cfr. J. B. ACOSTA ESTÉVEZ, «La libre circulación de trabajadores en la Comunidad Europea», *AL*, I, 1991, p.79: «Aquellos derechos que, sin formar parte del núcleo básico de tal libertad, posibilitan la práctica de la misma en la realidad social comunitaria».

de los trabajadores que en realidad se desplazaban, en su mayor parte ciudadanos extracomunitarios.

Tras el Tratado de Lisboa, el segundo capítulo del Título V del Tratado de Funcionamiento se ocupa de las políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración. Dentro de ese gran diseño del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia tienen también cabida los aspectos sociales. Siguiendo el procedimiento ordinario, Parlamento y Consejo pueden regular la política común de visados y permisos de residencia de corta duración, las condiciones de libre circulación de los nacionales de terceros países y medidas para el establecimiento progresivo de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores (artículo 77 TFUE). En el marco de la gestión de los flujos migratorios, el artículo 79 TFUE habilita, en las mismas condiciones procedimentales, para la regulación de las condiciones de entrada y residencia y las normas relativas a visados y permisos de residencia; la definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residen en Estados miembros; y la aprobación de medidas para fomentar y apoyar la integración de los nacionales de terceros países. Hay que resaltar una cautela específica en estas cuestiones, recogida en el artículo 79.5 TFUE, que refuerza las competencias estatales, quizás de forma innecesaria: estas atribuciones de competencia no afectan al derecho de los Estados de establecer volúmenes de admisión en su territorio.

Por añadidura, la pretensión de la Unión Europea de construir un mercado ha obligado, lógicamente, a prestar atención a la mano de obra, a su formación y a su movilidad. Coadyuvan a ello razones económicas, productivas, políticas y sociales. La plasmación de los instrumentos de ayuda a la movilidad de los trabajadores comunitarios en el Tratado de Funcionamiento es doble: el Fondo Social Europeo (regulado en el Título XI) y la política común de formación profesional (a partir del Tratado de Lisboa, en un Título XII

propio, separado del Fondo). «Principal herramienta financiera que posee la Unión Europea para desarrollar [los recursos humanos]»<sup>30</sup>, el artículo 164 TFUE otorga al Consejo y al Parlamento, conforme al procedimiento ordinario, el poder de aprobar, previa consulta al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, los reglamentos de aplicación del Fondo Social Europeo. A su vez, el artículo 166 TFUE regula la actividad complementaria de la Unión en materia de formación profesional, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6 TFUE sobre este ámbito competencial.

## LA ARMONIZACIÓN DE LAS LEGISLACIONES SOCIALES NACIONALES

Aspecto clásico de la política social de la Unión Europea, al hacer referencia a las legislaciones nacionales, se está evocando un doble contenido. En primer lugar, con el significado más obvio, se está centrando el objeto del estudio en actos de la Unión que van a tener como consecuencia la modificación en una misma dirección de las legislaciones de los diferentes Estados miembros<sup>31</sup>. Pero el segundo contenido de «nacionales» sitúa la atención sobre el hecho de que son instituciones jurídicas internas, propias de cada ordenamiento estatal, y que no van a más allá de sus fronteras. Lo aquí recogido es la armoni-

<sup>30</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social sobre el apoyo prestado por el Fondo Social Europeo a la estrategia europea de empleo, COM (2001) 16 final de 16.01.2001.

<sup>31</sup> Cfr. J. GARCÍA MURCIA, «Introducción», en VV.AA. (J. GARCÍA MURCIA, dir.), *La transposición del Derecho social comunitario al ordenamiento español*, MTAS, Madrid, 2005, p.18: «Éstas otras normas, en efecto, tienen como razón de ser el establecimiento de algún punto de conexión entre los ordenamientos nacionales, ya sea con el objetivo concreto de proceder a su armonización progresiva, ya sea con el fin de conectar las correspondientes normas e instituciones».

zación de las figuras clásicas de los diferentes Derechos nacionales, que pueden existir, o no, en todos y cada uno de ellos y que podrían existir sin que el Derecho de la Unión Europea modificara su regulación. El actual Título X del Tratado de Funcionamiento, heredero del Título XI del Tratado de la Comunidad Europea, sucesor éste a su vez del primigenio Título III de la Tercera Parte, es su soporte fundamental, sin que por ello se descarte el recurso a otras bases jurídicas a lo largo del Tratado.

La primera de las categorías materiales propuestas toma como centro de gravedad la relación laboral y sus vicisitudes. Varias bases jurídicas habilitan a la Unión Europea para actuar en este campo. Pueden señalarse los artículos 153.1.b, 153.1.d, 153.1.g y 156 TFUE, junto con el eventual recurso, más frecuente en el pasado, a las bases jurídicas genéricas de los artículos 115 y 352 TFUE.

El artículo 153.1.b TFUE, sometido al procedimiento legislativo ordinario, recoge «las condiciones de trabajo» como materia competencia de la Unión Europea. Esta noción debe interpretarse de forma amplia, dando cabida a numerosos aspectos de la regulación del trabajo por cuenta ajena<sup>32</sup>, siendo tan amplio y difuso que ha merecido severas críticas<sup>33</sup>, pero

<sup>32</sup> Cfr. F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, cit., p.114: «Razón por la que es presumible se pretenda utilizar este precepto como cajón de sastre». Cfr. R. BLANPAIN, *European Labour Law*, cit., pp.123-4, excesivamente detallista y en ocasiones haciendo caso omiso de la jurisprudencia y de la existencia de otras bases jurídicas: «Working conditions is a notion with a rather broad content and relates to all the conditions under which work in subordination by an employee is performed for the benefit of an employer, such as: - the different categories of workers: blue-collar, white-collar, commercial travellers, seamen, student workers... - the individual labour contracts, including contracts for an indefinite period, fixed term contracts, temporary work, the trial clause as well as the form and the content of the contracts; also the ability to conclude a labour contract (for e.g. minors and migrant workers); - rights and duties of the parties during the employment contract, thus the

también elogios por las posibilidades que ofrece<sup>34</sup>. Podría decirse que las restantes bases jurídicas más específicas van desgajando materias a las condiciones de trabajo y ésta se configura como una categoría residual. Tal sería el caso de la extinción de la relación labo-

---

duties of the worker, like the execution of orders, the responsibility for damages, etc. Equally the duties of the employer: the obligation to provide the employee with work in accordance with the individual agreement, the responsibility of the employer for the belongings of the worker, the ability to change the conditions of work...; - working time, including hours of work, part-time, overtime, night-, shift- and Sunday work; as well as annual vacation and holidays; - incapacity to work in case of illness, of an accident at work, of military service, of an act of God. This includes the consequences as to the obligation to work and whether the execution of the (individual labour) contract is suspended or not in case of incapacity to work; - protection of certain categories of workers, protection against discrimination in employment: this refers to young, elderly, handicapped and female workers, mothers, to measures to promote equal treatment regarding jobs, promotion and vocational training...; - covenants of non-competition: this contract clause relates to the stipulation preventing the employee from engaging in a business or an employment contract competing with his employer also when the individual labour contract has been terminated or has come to an end; - conditions regarding inventions by employees».

<sup>33</sup> Cfr. R. BIRK, «Grundlagen des Europäischen Arbeitsrechts», en VV.AA. (R. RICHARDI y O. WLOTZKE, eds.), *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, 2ª edición, Verlag C.H. Beck, Munich, 2000, §41: «Es gibt wenig nichtsagendere Begriffe als denjenigen der Arbeitsbedingungen. Abstrakt, ohne Rücksichtnahme auf seine konkrete Verwendung, läßt sich das gesamte Arbeitsrecht unter ihn subsumieren. Es liegt auf der Hand, daß diese Sichtweise nicht zutreffen kann (...). An keiner Stelle ist klar, welchen Inhalt er in jeweiligen Zusammenhang haben soll».

<sup>34</sup> Cfr. M. WEISS, «The Significance of Maastricht for European Community Social Policy», *IJLLIR*, 8, 1, 1992, p.7: «The fact is that there remains ample scope for matters to be placed under the broad term *working conditions*, so as to limit the principle of qualified majority voting for the few remaining subjects of individual labour law. So far as issues such as the hiring-out of workers, temporary employment contracts, job-sharing or working time are concerned, there is no longer any need to discuss what tricks of interpretation might be indulged in as a justification for claiming majority legislative powers under the guise of working environment matters».

ral o del tiempo de trabajo, que se rige por la base jurídica de seguridad y salud.

El artículo 153.1.d TFUE, sometido en cambio a un procedimiento legislativo especial de consulta al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones y votación por unanimidad en el Consejo, recoge la competencia de la Unión sobre «la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral». La utilización en castellano del término «rescisión» está en la línea de la «risoluzione» italiana y la «résiliation» francesa, que parecen delimitar estrictamente el ámbito de actuación. La formulación alemana «Beendigung des Arbeitsvertrags» y la inglesa «where their employment contract is terminated», sin embargo, parecen apuntar hacia una concepción amplia de esta categoría<sup>35</sup>, que debe entenderse como la más apropiada. Esta cláusula ha de abarcar tanto el despido individual como el colectivo, o cualesquiera otras formas de extinción del contrato de trabajo, redacción que sería de deseable introducción en el Tratado. Ahora bien, por el juego de la exclusión del artículo 153.5 TFUE, se ha defendido que esta base jurídica sólo ampararía la aprobación de actos de carácter procedimental o referidos a los sistemas públicos de Seguridad social<sup>36</sup>, dado que el Tribunal de Justicia considera salario las indemnizaciones por despido. Por otra parte, sería deseable un ajuste de la redacción de la cláusula, sustituyendo la actual por una «extinción del contrato de trabajo», más precisa técnicamente.

<sup>35</sup> Cfr. R. BIRK, «Grundlagen des Europäischen Arbeitsrechts», cit., §47: «Zwar steht der Kündigungsschutz hier sicher im Mittelpunkt, jedoch werden auch die anderen Fälle der Beendigung, wie die Befristung oder der Eintritt bzw. Ausfall einer Bedingung, miteinbezogen. Das gleiche gilt für die möglichen Ansprüche bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses, wie die Wiedereinstellung des gekündigten Arbeitnehmers und die Frage möglicher Abfindungen».

<sup>36</sup> Vid. F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, cit., p.116.

Queda, por último, la base jurídica del artículo 153.1.g TFUE, que incluye como competencia de la Unión «las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Comunidad», estando sometida a un procedimiento especial de consulta al Parlamento y a los Comités, con votación por unanimidad en el Consejo. La mención procede del Protocolo de Maastricht y nunca ha sido llevada a la práctica, ni siquiera como refuerzo de la Directiva 2003/109/CE, como habría sido oportuno. De manera similar, la propuesta de Directiva del Consejo relativa a las condiciones de entrada y estancia de los nacionales de países terceros con fines de empleo o de una actividad económica por cuenta propia<sup>37</sup> no incluyó ninguna referencia a esta base jurídica, optando por el artículo 63.3.a TCE: «la regulación de la inmigración con el fin de realizar actividades por cuenta ajena o por cuenta propia es la piedra angular de la política de inmigración y no se puede desarrollar una política de inmigración comunitaria coherente sin abordar las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países por razones de trabajo por cuenta ajena y actividades económicas por cuenta propia». La letra (a) del apartado 3 del artículo 63 es, en consecuencia, la base jurídica apropiada para esta propuesta». Constatada así la capacidad de la Unión para aprobar normativa sobre el trabajo de extranjeros con base en el antiguo artículo 63 TCE, queda abierta la incógnita de para qué sirve en realidad la mención recogida en el Título X.

La segunda categoría propuesta dentro del ámbito de la armonización se refiere de la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores. Esta materia<sup>38</sup>, donde coexisten el Derecho y la técnica bajo una misma

<sup>37</sup> COM (2001) 386 final de 11.06.2001.

<sup>38</sup> La dicción literal del artículo 137.1.a TCE es «la salud y la seguridad», invirtiendo el orden usual. Se debe, probablemente, a un excesivo seguidismo del «health and safety» inglés.



denominación<sup>39</sup>, tiene la especial significación de haber sido la primera que contó con una base jurídica específica en el ámbito de la armonización social. Hoy el artículo 153.1.a TFUE recoge como competencia de la Unión Europea «la mejora, en concreto, del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores», sometida al procedimiento ordinario. No debe pasarse por alto, además, la utilidad, aunque menor, del artículo 114 TFUE en esta materia, pues ha servido de base en el pasado para la normativa relativa a las fases de concepción y diseño de los equipos de trabajo<sup>40</sup>, con las mismas reglas de procedimiento y votación. La noción de «entorno de trabajo» procede del ámbito escandinavo<sup>41</sup> y ha sido mucho más discutida que la de «seguridad y salud». El hecho de que durante unos años el artículo 118 A TCEE fuera la *solista* de las bases jurídicas del Título de política social provocó una considerable cantidad de interpretaciones doctrinales<sup>42</sup>, radicalmente enfrentadas en algunos casos, siendo especialmente estéril la polémica sobre la articulación con el artículo 100 A TCEE<sup>43</sup>. Fue tildada de «desgraciadamente imprecisa»<sup>44</sup>, mientras que otros vieron en ella, de forma un tanto voluntarista, la vía

para la armonización de cualesquiera condiciones de trabajo<sup>45</sup>. La incorporación al Tratado de otras bases jurídicas en el actual Título X ha vaciado en buena medida esta polémica de su contenido original y centrado el contenido de esta base jurídica exclusivamente en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo<sup>46</sup>, donde, eso sí, ha de ser interpretada de forma holgada, incluyendo el tiempo de trabajo en su ámbito, como ya se señaló.

La tercera categoría de materias que se propone en el ámbito de la armonización de las legislaciones nacionales tiene como telón de fondo la empresa. Esta categoría no se refiere al trabajador individualmente considerado o a la prestación de trabajo en sí misma, sino que por el contrario atiende a la situación y a la implicación de los trabajadores en la vida de la organización. Las letras e) y f) del artículo 153.1 TFUE se refieren a «la información y consulta a los trabajadores» y «la representación y defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5», rigiéndose la aprobación de normas sobre la primera materia por el procedimiento ordinario, y las segundas por un procedimiento especial rigiendo la unanimidad con consulta al Parlamento Europeo, mediando en ambos casos una consulta al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Hay que recordar que la prohibición de actuación del artículo 153.5 TFUE continúa incidiendo directamente sobre la segunda de las materias, recortando así las posibilidades de actuación de la Unión en materia de asociación, sindicación, huelga y cierre patronal.

<sup>39</sup> Cfr. R. BLANPAIN y J-C. JAVILLIER, *Droit du travail communautaire*, LGDJ, París, 1991, p.158: «Faute de définition communautaire, il convient de leur donner une signification normale. Les mots doivent conserver un sens précis qu'ils sont à l'habitude. Ici encore, il en va de la crédibilité et du devenir même du droit communautaire».

<sup>40</sup> Cfr. B. RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, *Responsabilidades de los fabricantes en materia de prevención de riesgos laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2005, p.54.

<sup>41</sup> Vid. R. NIELSEN, *European Labour Law*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2000, pp.368-9. También R. BIRK, «Grundlagen des Europäischen Arbeitsrechts», cit., §40.

<sup>42</sup> Una síntesis en F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, cit., pp.50 y ss.

<sup>43</sup> Entre otros, R. BLANPAIN y J-C. JAVILLIER, *Droit du travail communautaire*, cit., p.158.

<sup>44</sup> Vid. G y A. LYON-CAEN, *Droit social international et européen*, cit., p.285.

<sup>45</sup> Por todos, vid. E. VOGEL-POLSKY, «Quel futur pour l'Europe sociale après le sommet de Strasbourg?», *DS*, 2, 1990, p.223.

<sup>46</sup> Como ya defendían F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, cit., p.52, y R. BLANPAIN y J-C. JAVILLIER, *Droit du travail communautaire*, cit., p.158.

La existencia de dos bases jurídicas que traen aparejadas dos regímenes de aprobación opuestos obliga a preguntarse por sus respectivos alcances y significados. Parece claro, en primer lugar, que la información y la consulta tienen menor calado que la representación y la defensa colectiva de intereses<sup>47</sup>, lo que justifica el régimen agravado de aprobación de actos sobre la segunda<sup>48</sup>. La información sería el estadio más básico de implicación de los trabajadores en la empresa, «la transmisión de datos por el empresario a los representantes de los trabajadores para que puedan tener conocimiento del tema tratado y examinarlo» conforme a la Directiva 2002/14/CE<sup>49</sup>. Le seguiría en el escalafón la consulta, «el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre los representantes de los trabajadores y el empresario», según la misma directiva<sup>50</sup>, dejando a éste la capacidad íntegra de decisión<sup>51</sup>.

El tercer escalón en la implicación de los trabajadores en sus empresas lo constituye la participación. Ésta aparece definida en la Directiva 2001/86/CE como «la influencia del órgano de representación de los trabajadores o los representantes de los trabajadores en una sociedad mediante el derecho de elegir o designar a determinados miembros del órga-

no de administración o de control de la sociedad; o el derecho de recomendar u oponerse a la designación de una parte o de todos los miembros del órgano de administración o de control de la sociedad». Eso sí, no hay referencia alguna a la participación en el texto del Tratado de Funcionamiento. El artículo 153.1.f TFUE se refiere, eso sí, a «la representación y defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5». Ahora conviene centrarse únicamente en la mención a la cogestión, pues es la que permite encajar la participación en ella. Permite encajarla teóricamente, puesto que la realidad política va a cuestionar esta asignación, como se verá al analizar las directivas sobre implicación en los tipos societarios europeos. El procedimiento indicado es un procedimiento especial de consulta al Parlamento, incluyendo también al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Se exige unanimidad en el Consejo, lo que arroja un panorama bastante dificultoso para la utilización de esta base.

La representación y la defensa colectiva de intereses, más allá de este encaje de la participación, deben ser consideradas con las limitaciones impuestas por el artículo 153.5 TFUE. Como se señaló anteriormente, esta excepción debe ser interpretada de forma restrictiva conforme a la práctica internacional y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. La remisión a ella no puede vaciar de contenido esta base jurídica, aunque sea la única que tiene una conexión expresa de entre las recogidas en el número 1 del artículo 153 TFUE. Carecería de sentido haber creado un precepto inútil y de ahí que deba aceptarse que existe un cierto margen de actuación para la aprobación de normativa de la Unión<sup>52</sup>.

<sup>47</sup> En esta línea, R. DEL PUNTA, «Organismi di rappresentanza», en VV.AA. (A. BAYLOS GRAU et al, eds.), *Dizionario di Diritto del Lavoro Comunitario*, Monduzzi, Bologna, 1996, p.486, las califica respectivamente de formas débiles y fuertes de participación. También R. BIRK, «Grundlagen des Europäischen Arbeitsrechts», cit., §42: «Nur ein einfaches Betriebsverfassung (...) gehört zum Gegenstand des Art.137 Abs.1 EGV».

<sup>48</sup> En esta línea, vid. A. MONTÓYA MELGAR et al, *Derecho social europeo*, cit., p.90. Según C. BARNARD, «A Social Policy for Europe: Politicians 1 : 0 Lawyers», *IJCLLR*, 8, 1, 1992, p.29, la inclusión de este punto en las negociaciones del Tratado de Maastricht despertó grandes reticencias en el gobierno británico, lo que llevó al bloqueo de la reforma.

<sup>49</sup> Sustancialmente, la noción en las Directivas sobre implicación en los tipos societarios europeos es la misma.

<sup>50</sup> La Directiva 94/45/CE recoge una noción similar.

<sup>51</sup> Vid. R. BLANPAIN, *European Labour Law*, cit., p.124.

<sup>52</sup> Cfr. W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, «L'ordre juridique des Communautés Européennes et le Droit International», cit., p.280: «Le traité ou la disposition d'un traité que seraient démunis de toute signification ne réservent aucun choix à l'interprète».

La exclusión del derecho de sindicación y asociación afecta directamente a las posibilidades de elaborar normativa de la Unión sobre representación de los trabajadores, que debería tener un carácter no sindicalizado para ser conforme al Tratado de Funcionamiento. Se centra así inicialmente el ámbito de aplicación de la base jurídica en el marco de la empresa, donde es fácilmente concebible una representación de esta naturaleza<sup>53</sup>. Se ha defendido, no obstante, que esta cláusula ampara la aprobación de normas que regulen la representación de trabajadores y empresarios a cualquier nivel<sup>54</sup>.

El alcance de la mención a la defensa colectiva de intereses ha sido valorado de formas muy dispares. Se ha considerado tanto que está vacía de contenido<sup>55</sup> o que se centra en la negociación colectiva<sup>56</sup> como que goza de un alcance potencialmente explosivo<sup>57</sup>. No debe pasarse por alto, en cualquier caso, que existen mecanismos de conflicto colectivo distintos de la huelga y del cierre patronal y que las soluciones extrajudiciales de conflictos pueden quedar amparadas sin dificultad alguna bajo esta base jurídica<sup>58</sup>. En cuanto a la negociación colectiva, debe reafirmarse la validez indiscutible de esta base jurídica en el marco de la empresa. La duda se plantea sobre su aplicabilidad para el ámbito supraempresarial, donde normalmente estas cuestiones son tratadas mediante mecanismos colectivos

con un claro componente sindical y de asociacionismo empresarial. La duda se plantea sobre la consideración como derecho de asociación y sindicación de las reglas sobre representatividad en la negociación colectiva o cualesquiera otras que se pronuncien sobre el papel de asociaciones de este tipo. Atendiendo a la necesaria interpretación restrictiva de las excepciones, puede defenderse que tales actuaciones están excluidas del núcleo duro del derecho y por tanto cabría una normativa de la Unión que fijara reglas sobre las situaciones señaladas y también el establecimiento de normas sobre negociación colectiva por sujetos sindicales en el ámbito de la empresa<sup>59</sup>.

El último bloque de materias susceptibles de armonización se caracteriza por su finalidad de protección, pero ya no exclusivamente de los trabajadores, sino de un espectro más amplio de sujetos. Las menciones del artículo 151 TFUE a la protección social adecuada y a la lucha contra las exclusiones proporcionan en este caso el fin adecuado al que se dirigen, encajando también la mejora de las condiciones de vida y de trabajo entre las finalidades de esta norma.

El artículo 153 TFUE recoge un considerable catálogo de materias de competencia comunitaria como «la seguridad social y la protección social de los trabajadores» (153.1.c TFUE), «la integración de las personas excluidas del mercado laboral, sin perjuicio del artículo 150» (153.1.h TFUE), «la lucha contra la exclusión social» (153.1.j TFUE) y

<sup>53</sup> En este sentido, F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, cit., p.117.

<sup>54</sup> Cfr. R. BLANPAIN, *European Labour Law*, cit., p.126.

<sup>55</sup> Cfr. F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, cit., p.117.

<sup>56</sup> Vid. R. BLANPAIN, *European Labour Law*, cit., p.126. En contra LORD WEDDERBURN, «Consultation and Collective Bargaining in Europe: Success or Ideology?», *IndLJ*, 26, 1, 1997, p.29.

<sup>57</sup> Cfr. S. SCIARRA, «European Social Policy and Labour Law – Challenges and Perspectives», *CCAEL*, 4, 1, 1993, p.326.

<sup>58</sup> Vid. R. BLANPAIN, *European Labour Law*, cit., p.126.

<sup>59</sup> Cfr. R. BIRK, «Grundlagen des Europäischen Arbeitsrechts», cit., §48: «Aus der Erwähnung der Mitbestimmung kann hier geschlossen werden, daß es sich nicht allein um gewerkschaftliche, sondern auch um gewerkschaftsunabhängige Interessenvertretung handelt; denn in fast allen Mitgliedstaaten bestehen auch mehr oder gewerkschaftsunabhängige Vertretungsgruppen der Arbeitnehmer, meist auf betrieblicher Ebene. Die Interessenvertretung ist dabei auf allen Ebenen angesprochen (Betrieb, Unternehmen, Konzern, Staat) wie auch die Mitbestimmung».

«la modernización de los sistemas de protección social, sin perjuicio de la letra c)» (153.1.k TFUE). La primera base se rige por un procedimiento especial de consulta al Parlamento y votación por unanimidad en el Consejo, mientras que la segunda implica el procedimiento ordinario, para la aprobación de directivas, consultando en ambos casos al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Las dos últimas materias no pueden ser objeto de disposiciones vinculantes basadas en el artículo 153.2.b TFUE, y están limitadas a las acciones del artículo 153.2.a TFUE.

«Seguridad social» es una denominación clásica y así aparece recogida esta materia en numerosas obras sobre esta parte del acervo social de la Unión e incluso en el Repertorio de la legislación vigente. La expresión está presente en los Tratados, si bien coexisten con ella otras formas de intervención, que en repetidas ocasiones remiten a la «protección social». De esta literalidad podría extraerse una primera conclusión sobre la diferencia, en especial fundada sobre la oposición explícita en el artículo 153.1.c TFUE. Tal resultado no es admisible, pero conviene resaltar de qué modo la inercia contribuye a llegar hasta él, puesto que Seguridad social es una categoría consolidada en los Derechos nacionales, cuando aún no se habían desarrollado apenas otras modalidades protectoras, mientras que la «protección social» todavía está imponiéndose en el mismo marco como categoría conceptual.

Ahora bien, el artículo 9 TFUE recuerda que en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, se buscará garantizar «una protección social adecuada», heredando el antiguo objetivo contenido en el artículo 2 TCE. Numerosos documentos emplean «protección social» como un ámbito más amplio en el que quedan incluidas numerosas figuras que van desde la Seguridad social hasta la inclusión de ciudadanos marginales. La denominación adoptada por el organismo específico en el ámbito de la Unión para estas

cuestiones también sigue esta tendencia. Por todo ello se ha optado por emplear esta terminología para abarcar a diversas formas de protección, no únicamente de los trabajadores sino también de quienes no forman parte del mercado laboral.

Fijadas las palabras, queda determinar el contenido material de la categoría. La protección social en el ámbito de la Unión no va a coincidir con la que se maneja en escenarios nacionales y de la terna habitual<sup>60</sup> quedará excluida la protección de la salud. A pesar de la existencia del Título XIV, dedicado a la Salud pública, las hipotéticas medidas de armonización contempladas en él tienen un contenido más científico que prestacional<sup>61</sup>.

Un primer elemento es evidentemente la normativa sobre Seguridad social interna, quedando fuera de este apartado las normas sobre articulación de los regímenes de Seguridad social, que por sus aspectos transnacionales serán estudiadas en un epígrafe posterior. La previsión social complementaria, con los mismos matices, también aparece recogida aquí, en cuanto el contenido de las normas afecte a instituciones nacionales. Así mismo, y con el fundamento de la base jurídica del artículo 153.1.j TFUE, se admitirá que la Unión Europea puede elaborar actos sobre asistencia social. Su régimen jurídico es señaladamente diferente a lo anteriormente descrito. La materia está excluida de la aprobación de directivas que contengan disposiciones mínimas, en virtud del artículo 153.2.a TFUE, como ya se ha señalado. Sin embargo, dado el carácter abierto con el que hay enten-

<sup>60</sup> Cfr. L. E. DE LA VILLA GIL, «El modelo constitucional de protección social», en VV.AA. (A. V. SEMPERE NAVARRO, dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, MTAS, Madrid, 2003, p.69: «El espacio público de protección social se compone, cuando menos, por los sistemas de Seguridad Social, nacional de salud y asistencia social».

<sup>61</sup> Sobre el contenido de este Título, *vid.* las notas de F. LAFAY en el Comentario del TUE dirigido por V. CONSTANTINESCO *et al*, *Economica*, París, 1995, p.378.

der la mención del artículo 153.1.c TFUE a la protección social, ésta es la vía abierta para la armonización de las legislaciones nacionales en la materia. Ahora bien, es poco probable que se produzca.

Por último, debe reseñarse la competencia de la Unión para intervenir en la integración de las personas excluidas del mercado laboral. El alcance de la cláusula del artículo 153.1.h TFUE viene condicionado por la referencia al artículo 166 TFUE, donde se contienen las competencias complementarias de la Unión en materia de formación profesional. Por razones de economía competencial, el contenido de esta base jurídica debe referirse por lo tanto a actuaciones de inserción que no tengan carácter formativo. Con un carácter mixto entre la asistencia social y el incentivo al empleo, esta base jurídica ha recibido una atención mínima por parte de la doctrina<sup>62</sup> y su empleo por las instituciones de la Unión es muy limitado.

## LA ARTICULACIÓN DE SISTEMAS E INSTITUCIONES

Una competencia de cierta tradición en la Unión Europea es la que contempla la articulación de sistemas legales e instituciones nacionales. No aparece recogida estrictamente como competencia principal, sino como un apoyo para la efectividad de otros ámbitos. Aspira a crear un Derecho europeo de conflicto de leyes único, en un amplio campo de materias que no se limita, ni mucho menos, a lo social<sup>63</sup>. En este ámbito concreto la activi-

<sup>62</sup> Cfr. R. BIRK, «Grundlagen des Europäischen Arbeitsrechts», cit., §43: «Berufliche Eingliederung und Wiedereingliederung bedeutet, daß Problemfälle des Arbeitsmarktes (Nichtqualifizierte Jugendliche, Behinderte, Langzeitarbeitslose) als ausgegrenzte Personen von der Gemeinschaft zum Gegenstand von Mindestregelungen in Form von Richtlinien gemacht werden können».

<sup>63</sup> Cfr J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho internacional privado*, cit., pp.160-2:

dad se centró inicialmente en las cuestiones de Seguridad social, directamente vinculadas con la libre circulación, que es en buena medida la causa última de todo el sistema. Sin embargo, a semejanza del resto del acervo, su terreno de actuación se ha ido ensanchando con el paso del tiempo.

Estas actuaciones, de singular naturaleza, forman parte de la esencia misma de la Unión Europea, puesto que sirven para crear el entramado necesario para permitir el engranaje de las relaciones jurídicas transnacionales. El panorama se caracteriza por una singular evolución desde un plano paralelo a las Comunidades, en un momento inicial, a la plena inserción en éstas, en la actualidad<sup>64</sup>. Es natural que la Unión Europea se haya interesado por esta materia: el impacto de la libre circulación de trabajadores o de las otras libertades fundamentales se ha hecho sentir por fuerza en el ámbito de la determinación de la ley aplicable o del foro competente. De ahí la aparición de esta normativa<sup>65</sup>, cuyas bases jurídicas específicas han sido situadas en un Título dedicado, precisamente, a «otras políticas relativas a la libre circulación de personas».

El ámbito más tradicional de articulación comunitaria, como se ha apuntado, es el de la

---

«Nos encontramos con normas conflictuales de origen comunitario, cuya función es remitir determinadas situaciones incardinadas en el marco de integración a la aplicación de un determinado Derecho estatal (...). La mayor parte del DIPr comunitario se sitúa en el Derecho derivado. En él podemos encontrar normas conflictuales directamente aplicables, en virtud de su inclusión en actos normativos que despliegan dicho efecto».

<sup>64</sup> Cfr. P.-E. PARTSCH, *Le droit international privé européen. De Rome à Nice*, cit., p.458: «Aussi regrettables soient-ils, les imperfections de l'article 65 CE et les rapports obscurs entre les bases juridiques étudiées dans la seconde partie de cette étude ne doivent pas occulter l'évolution fondamentale que commence à connaître le droit international privé en Europe».

<sup>65</sup> Vid. P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, «Criterios para la determinación del foro y de las normas aplicables», en VV.AA. (J. GARCÍA MURCIA, dir.), *La transposición del Derecho social comunitario al ordenamiento español*, cit., p. 711.

Seguridad social. Centro de este sistema es la base jurídica del artículo 48 TFUE. Establece que el Parlamento y el Consejo, con arreglo al procedimiento ordinario, adoptarán, en materia de Seguridad social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la base jurídica para la articulación de los regímenes nacionales de Seguridad social ya no se limita a «los trabajadores», sino que tiene una redacción más precisa: «trabajadores migrantes, por cuenta ajena y por cuenta propia». Con ello se gana en precisión técnica y se facilita el procedimiento, al pasar esta materia al procedimiento legislativo ordinario y a la votación por mayoría cualificada. Recuérdese la cautela financiera añadida por el Tratado de Lisboa, ya comentada anteriormente.

A diferencia de lo descrito para la Seguridad social, no existe un soporte específico en el Tratado de Funcionamiento para la articulación de las formas privadas o complementarias de garantía. Su relevancia en el acervo de la Unión es considerablemente menor que la que tiene la protección pública<sup>66</sup> y ello ha condicionado probablemente el desarrollo del Derecho derivado, que ha sido muy limitado<sup>67</sup>.

La articulación actúa también en el terreno del reconocimiento de las cualificaciones profesionales de los ciudadanos de la Unión y puede considerarse como un campo dotado de

una cierta solera en el acervo. Con este fin específico, el artículo 53 TFUE establece que con el fin de facilitar el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, el Parlamento y el Consejo, con arreglo al procedimiento ordinario, adoptarán directivas para el reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos. El mismo artículo permite regular también para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al acceso y ejercicio de las actividades por cuenta propia. Sobre esta base jurídica se aprobó en su momento la Directiva 96/71/CE<sup>68</sup>.

Varios preceptos del Título V, consagrado al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, tienen incidencia en la elaboración de normas de conflicto de posible contenido social. El más relevante es el artículo 81 TFUE, que dispone que el Parlamento y el Consejo pueden adoptar, conforme al procedimiento legislativo ordinario, medidas para garantizar, entre otras materias, el correcto funcionamiento del mercado interior, lo cual incluye fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción.

---

<sup>68</sup> Cfr. J. GÁRATE CASTRO, «La transposición al Derecho español de la Directiva 96/71/CE», en *Desplazamientos transnacionales de trabajadores. La Directiva 96/71/CE y su transposición a los ordenamientos nacionales*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2011: «La base jurídica de la Directiva no es alguna de las que atribuyen a la Unión competencia para la intervención en materia social; como explicita su exposición de motivos, la aludida base jurídica reside en los arts. 57.2 y 66 del TCE. No estamos, pues, ante una Directiva social. Su contenido no forma parte, según he tenido oportunidad de señalar, de la libre circulación de trabajadores; tampoco forma parte de las materias propias de la política social. Sin duda, sus prescripciones representan una protección de los intereses de los trabajadores; aun así, su objetivo principal no es esa protección, sino el impedir que la dispensada por el Estado de destino pueda obstaculizar la libre prestación de servicios, como recuerda el TJCE».

---

<sup>66</sup> Con carácter panorámico, L. LÓPEZ CUMBRE, «La protección social complementaria en el ámbito de la Unión Europea», *RMTAS*, 7, 1998, pp.137 y ss.

<sup>67</sup> Cfr. G. LYON-CAEN, *Droit social européen*, cit., p.297: «Le règlement n° 3 ne concerne pas les régimes complémentaires (...). C'est là semble-t-il une des causes de faiblesse du règlement n° 3. Un jour ou l'autre il faudra s'attaquer à la coordination européenne des régimes complémentaires ; car si le salarié ou le cadre perd ses droits à la pension vieillesse complémentaire que lui versent les organismes professionnels ou interprofessionnels qui gèrent les caisses complémentaires de retraite, cela constitue un frein puissant à la mobilité du travailleur».

## LA COORDINACIÓN DE POLÍTICAS SOCIALES Y DE EMPLEO

Como ya se adelantó, el Tratado de Lisboa ha supuesto la consagración formal del papel del método abierto de coordinación<sup>69</sup>. Ésta, como es sabido, se caracteriza por una huida del Derecho en sentido estricto y el uso predominante de instrumentos no vinculantes jurídicamente, sino en una dimensión política. Su mayor potencial de innovación reside en la configuración abierta de los artículos 149, 153 y 156 TFUE y de la Estrategia de Lisboa. El recurso a las difusas «medidas» permite una mayor flexibilidad y es el rasgo que se presenta de forma destacada como la virtud última de este método<sup>70</sup>. Frente a la acción en pos de la armonización, que ha adoptado normalmente la forma de una medida concreta de carácter legislativo que ocasionalmente puede ser reformada, la coordinación se configura como un proceso en renovación constante. Así, podría decirse que la armonización, que en sí misma se concibe de forma progresi-

<sup>69</sup> Sobre las consecuencias del uso poco riguroso del término «coordinación», *vid.* mi propio trabajo «El estadio previo: algunos problemas terminológicos de la seguridad social comunitaria», en VV.AA. (C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, coord.), *El Reglamento comunitario 1408/71. Nuevas cuestiones, viejos problemas*, Laborum, Murcia, 2008.

<sup>70</sup> Para una síntesis de sus méritos, *cfr.* J. CABEZA PEREIRO, «Estrategia Europea, Estado Autonómico y Política de Empleo», en VV.AA., *XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2007, pp. 27-8: «En primer lugar, debe destacarse que pretende abordar dificultades concretas y no cuestionar concepciones políticas generales. Se trata de una aproximación a los problemas sumamente pragmática que pretende la apertura de nuevas vías para la mejora de resultados, las cuales merecen difundirse de unos sistemas a otros (...). Pero más allá de la simplificación mediante un punto de vista más analítico y secuencias, se evitan los problemas derivados de la difícil convivencia entre varias opciones políticas. Bajo el techo común de un método, pueden convivir en armonía autoridades gubernamentales y regionales de muy distinto color político, sin que el trasvase de pequeñas fórmulas de unas a otras produzca el rechazo propio de las opciones más complejas y generales».

va, se lleva a cabo con acciones estáticas, mientras que la coordinación implica un dinamismo esencial, una renovación constante de componentes<sup>71</sup>.

En el terreno social, dos son los campos principales donde se despliega el método abierto de coordinación: el empleo y la protección social. No obstante, potencialmente todas las materias recogidas en el artículo 153.1 TFUE son susceptibles de intervenciones de la Unión desde la perspectiva del método abierto de coordinación. No parece sin embargo que se vaya a extender este mecanismo a los ámbitos donde la armonización, en mayor o menor medida, pervive como objetivo y planteamiento. Avala esta interpretación el hecho de que la Agenda Social de la Comisión no haga referencia alguna a esta posibilidad y restrinja las actuaciones al ámbito de la protección social.

En el Tratado de Funcionamiento dos preceptos son fundamentales a la hora de considerar la coordinación en materia de empleo: los artículos 148 y 149 TFUE. Éste establece la posibilidad de que el Consejo y el Parlamento, a través del procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones, adopten una serie de acciones de fomento. El artículo incluye una lista de actuaciones posibles, que algunos han considerado como un *numerus clausus*<sup>72</sup>, consideradas, en su mayor parte, acciones experi-

<sup>71</sup> *Cfr.* S. REGENT, «The Open Method of Coordination: A New Supranational Form of Governance», *ELJ*, 9, 2, 2003, p.191: «The OMC is not just a provision, but is, in addition, a process. It provides a soft framework for hard law interventions and has its own methods of sanctioning. It is flexible enough to be adapted to complex realities, but, at the same time, establishes a follow-up system that significantly limits the scope for circumvention. Its innovative character therefore also potentially provides a new model of governance».

<sup>72</sup> *Vid.* R. ILLESCAS ORTIZ, «La política de empleo», en VV.AA. (M. OREJA AGUIRRE, dir.), *El Tratado de Amsterdam. Análisis y comentarios*, MacGraw Hill, Madrid, 1998, p. 232.

mentales<sup>73</sup>, procedimientos de intercambio de información herederos de los diseños de Essen, que aportan una nueva visión más dinámica y que encarnan a la perfección el método abierto.

El artículo 148 TFUE, el más extenso del Título IX y sin lugar a dudas el más relevante, recoge un detallado procedimiento de coordinación y control, concebido en un principio de forma independiente pero después enroldado en las filas del método abierto. Todo el sistema se inspira en el método seguido para la convergencia económica, *mutatis mutandis*, salvando las diferencias que existen entre los dos ámbitos y entre las situaciones particulares de cada uno de los Estados miembros. Pero ello es una confirmación, una más en la lista, de la clara interdependencia e influencia mutua entre estas dos políticas de la Unión y de sus Estados miembros.

Dentro del precepto, hay que destacar el artículo 148.2 TFUE, que contiene la importantísima regulación de las orientaciones del Consejo en materia de empleo. Tal importancia se deriva en primer lugar por todos los sujetos que en su elaboración intervienen. Es la Comisión la que realiza la propuesta, en sentido estricto, teniendo en cuenta las conclusiones del Consejo Europeo, pero también deben ser consultados los distintos Comités y el Parlamento Europeo. La consulta a los Comités no plantea duda alguna: sus opiniones son preceptivas, pero no vinculantes. La consulta del Parlamento se sitúa en el marco del procedimiento más clásico de intervención en la actividad legislativa de la Unión. Aunque también carece de fuerza vinculante, teniendo sus opiniones más carácter político que jurídico, este trámite constituye una formalidad sustancial cuya violación entraña la nulidad del acto concreto. Tras su aprobación por el Pleno, las opiniones del Parlamento

<sup>73</sup> Vid. P. L. GOMIS DÍAZ, *La política social y de empleo en el Tratado de Ámsterdam*, CES, Madrid, 1999, p.106.

Europeo quedan recogidas en un dictamen, que debe ser emitido en tiempo útil para la decisión del Consejo, dentro del deber de cooperación leal que vincula a ambas instituciones. Corresponde entonces al Consejo, por mayoría cualificada, adoptar las orientaciones generales. El referente es claro y ya ha sido puesto de manifiesto varias veces: las orientaciones generales en política económica, de las que son «una versión mejorada»<sup>74</sup>.

Tal es el mecanismo que consta en el Tratado de Funcionamiento. Sin embargo, el Consejo Europeo, desde su posición de rector político de la Comunidad, modificó este sistema durante la anterior vigencia del Tratado de la Comunidad Europea. La Comisión, en una Comunicación de 2002<sup>75</sup>, consciente de las complejidades que estaba engendrando la puesta en práctica de la Estrategia Europea de Empleo y el naciente método abierto, había propuesto una simplificación de los procedimientos. Se buscaba con ello «mejorar la coherencia, la transparencia y la eficacia de la coordinación política, preservando al mismo tiempo la autonomía de los procesos de coordinación basados en el Tratado». Las medidas concretas propuestas apuntaban hacia una racionalización del calendario de puesta en práctica, pero la apuesta más relevante, por cuanto suponía contradecir al Tratado, era el cambio de la periodicidad de las orientaciones. Pasarían a ser trienales, si bien se mantendrían unas ciertas formalidades, como su aprobación anual, para salvar el respeto a la letra del Tratado.

Frente a esta posición de autonomía dentro del Tratado, la competencia en materia de

<sup>74</sup> Vid. S. CAFARO, «Il rapporto tra gli orientamenti in materia di occupazione, introdotti con il Trattato di Amsterdam, e gli indirizzi di massima per le politiche economiche degli Stati membri e della Comunità», *DUE*, 2-3, 1998, p. 555.

<sup>75</sup> Comunicación de la Comisión relativa a la racionalización de los ciclos anuales de coordinación de la política económica y de la política de empleo, COM (2002) 487 final de 03.09.2002.



protección social se enclava en el marco del Título X relativo a la política social. El artículo 153.2.a TFUE, base procedimental del método abierto de coordinación fuera del campo del empleo, se rige por las mismas reglas que el ya comentado artículo 153.2.b TFUE para la aprobación de directivas. Están sometidas al procedimiento ordinario, con consulta al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, las medidas de fomento de la cooperación para la lucha contra la exclusión social (153.1.j TFUE) y para la modernización de los sistemas de protección social (153.1.k TFUE). En cambio, las medidas sobre Seguridad social y protección social de los trabajadores (153.1.c TFUE), cuyo ámbito material es el mismo que el señalado a la hora de estudiar la base jurídica oportuna para aprobar directivas, se rigen por un procedimiento especial de consulta al Parlamento con votación por unanimidad.

Las expresiones «exclusión social» y su reflejo «inclusión social» parecen llamadas a sustituir en el vocabulario de la Unión a la menos eufemística «pobreza». Como ha señalado una Comunicación de la Comisión<sup>76</sup>, «la exclusión social va más allá de las cuestiones del desempleo y el acceso al mercado de trabajo. Se manifiesta a través de privaciones y obstáculos de diverso tipo que, solos o combinados, impiden una participación plena en ámbitos como la educación, la salud, el medio ambiente, la vivienda, la cultura, el ejercicio de derechos o el acceso a las ayudas familiares, así como a la formación y a las oportunidades de empleo». La categoría no se corresponde con las tradicionales actuaciones en materia de asistencia social, sino que abarca campos como la regeneración económica y social de las ciudades y de los barrios en crisis con el fin de fomentar un desarrollo urbano sostenible.

<sup>76</sup> Comunicación de la Comisión «Construir una Europa que fomente la integración», COM (2000) 79 final de 01.03.2000.

La segunda materia que puede ser abordada exclusivamente a través del método abierto de coordinación es la modernización de los sistemas de protección social. Esta base jurídica, recogida en el artículo 153.1.k TFUE, parece superponerse con lo dispuesto en el artículo 153.1.c TFUE, al que hace mención expresa. Ahora bien, la realidad de su puesta en práctica, una vez comprobadas las virtudes del método en el campo del empleo y consideradas propicias las circunstancias políticas<sup>77</sup>, señala que esta base jurídica se ha empleado casi en exclusiva en relación con las pensiones, puesto que nada se ha hecho sobre desempleo u otras contingencias protegidas.

Novedad destacada del Tratado de Lisboa ha sido la introducción de un nuevo inciso final en el artículo 156 TFUE que describe nuevas funciones de la Comisión: proponer iniciativas tendentes a establecer orientaciones e indicadores, organizar el intercambio de mejores prácticas y preparar los elementos necesarios para el control y la evaluación periódicos. De todo ello se informará periódicamente al Parlamento Europeo. Esta modificación debe entenderse como una muestra más de la recepción solemne del método abierto de coordinación en el cuerpo de los Tratados, superando así las vacilaciones que se habían planteado en el seno de la Convención con motivo de la elaboración de la Constitución Europea.

## ¿HACIA UN SISTEMA EUROPEO DE RELACIONES LABORALES?

Al acercarse al terreno de las relaciones colectivas, la Unión Europea suele utilizar

<sup>77</sup> Cfr. V. PÉREZ MENAYO, «El método abierto de coordinación en la Unión Europea: su aplicación a las pensiones», *NUE*, 222, 2003, p.58: «Si lo comparamos con el empleo, la protección social ha sido un *invitado de segunda categoría* en la política social del entorno comunitario en la última década. Parecía llegado el momento que el debate que se estaba desarrollando a nivel nacional sobre los retos futuros y la necesidad de adecuar y modernizar los sistemas de protección social, también alcanzara el nivel europeo».

una terminología singular. La más frecuente es «diálogo social y participación de los trabajadores» como categoría básica<sup>78</sup>, en un probable intento de distanciarse de las figuras nacionales para configurar una noción propia. Al incluir el artículo 136 TCE, con motivo del Tratado de Ámsterdam, una mención sobre el diálogo social como uno de los objetivos de la Comunidad y los Estados<sup>79</sup>, se dio simbólicamente el gran paso para la juridificación y la institucionalización plena de la participación de los agentes sociales en la vida comunitaria, tras un largo proceso de evolución<sup>80</sup>.

Con todas las precauciones, puede partirse para abordar la situación europea de un sistema de relaciones laborales nacional<sup>81</sup>. Éste debería incluir cuatro grupos de normas o conjuntos institucionales, sobre convenios y acuerdos colectivos, sindicatos y asociaciones empresariales, medidas de conflictos colectivos y medios de solución de éstos, y la participación y representación de los trabajadores en la empresa. Ante este panorama, resulta obvio que este contenido no está contemplado por la política social de la Unión más que en un grado mínimo y de las formas más diversas.

<sup>78</sup> En la base de datos SCADPLUS y en diversos documentos de trabajo de la Comisión. El repertorio de la legislación comunitaria vigente, sin embargo, coloca algunas de las normas aquí consideradas bajo el epígrafe «Relaciones laborales» mientras que otras aparecen en «Protección de los trabajadores».

<sup>79</sup> Cfr. M. C. AGUILAR GONZÁLEZ, *La negociación colectiva en el sistema normativo comunitario*, Lex Nova, Valladolid, 2006, p.75: «Su enfoque como objetivo del Derecho comunitario y de los Derechos nacionales se deriva de la gran importancia que se le reconoce en la construcción de un espacio social comunitario, sobre todo desde que existe la doble dimensión del principio de subsidiariedad y se defiende la participación de los interlocutores sociales en la elaboración de las normas».

<sup>80</sup> *Ibidem*, pp.82 y ss., para una exposición pormenorizada de esta evolución.

<sup>81</sup> Vid. A. MARTÍN VALVERDE et al, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 14ª edición, 2005, p.54.

El diálogo social, una expresión que tiene origen comunitario, ha trascendido estos límites y se ha extendido por los diversos ordenamientos nacionales, a pesar de ser una noción incierta y difusa<sup>82</sup>. Ha de entenderse como el modo de iniciar la construcción institucionalizada de un sistema transnacional de relaciones laborales. Es parte de la dimensión colectiva del mercado interior de empleo que se pretende configurar, pero también una herramienta de armonización de las legislaciones nacionales.

Todo ello, sin embargo, no debe llevar a pensar que exista una competencia de la Unión en materia de negociación colectiva en el ámbito supranacional<sup>83</sup>. Por el contrario, los propios Estados, empleando la misma soberanía en virtud de la cual otorgan poderes a las instituciones, han diseñado un procedimiento alternativo para el ejercicio de las competencias de la Unión en materia social<sup>84</sup>. El diálogo social se concibe así como un ins-

<sup>82</sup> Cfr. B. BERCUSSON, *European Labour Law*, cit., p.73: «The concept of social dialogue incorporates a principle critical in the EC context. It stipulates a relationship between collective bargaining and law which assumes a multiplicity of forms within Member States and is extremely flexible in its application within the context of Community social policy. Social dialogue does not simply equate with collective bargaining. It implies a flexible relationship between social dialogue at all levels and Community and national institutions».

<sup>83</sup> Cfr. F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, cit., p.136: «El artículo 4 del Acuerdo no es, sin embargo, un marco jurídico regulador de la negociación colectiva europea. Constituye un mero reconocimiento por parte del Ordenamiento comunitario de la autonomía de los interlocutores sociales, al que se refuerza con previsiones normativas destinadas a garantizar la efectividad de los acuerdos que se alcancen».

<sup>84</sup> Cfr. F. VALDÉS DAL-RÉ, «La contratación colectiva europea: más que un proyecto y menos que una realidad consolidada», *RL*, II, 1997, p.73: «El APS ha transformado el alcance del diálogo social, instituyendo unas nuevas reglas que, al revalorizar la autonomía contractual, reorganizan los poderes normativos de las instancias comunitarias. De tener un contenido débil, el diálogo social ha pasado a tener un contenido fuerte. O en otras palabras, de configurarse como una modalidad de

trumento más al servicio de los fines recogidos en los Tratados.

Dentro de ese procedimiento reglado, los agentes sociales son casi un apriorismo dentro del ordenamiento de la Unión. No hay competencia o poder alguno en los Tratados que permita expresamente la creación o identificación de agentes sociales europeos o la regulación de sus facultades, garantías, facilidades o capacidades. Por el contrario, el derecho de asociación y sindicación es una materia excluida del funcionamiento del artículo 153 TFUE, aunque abierta a la colaboración entre los Estados por la vía del artículo 156 TFUE. Ahora bien, los Tratados reconocen a los sujetos colectivos en los artículos 154 y 155 TFUE un importante papel, confirmado tras Lisboa con la introducción de una declaración general en el artículo 152 TFUE, y les otorgan funciones, pero sin precisar quiénes son los concretos destinatarios. Esta situación responde tanto a la comentada renuencia de los Estados a ceder sus competencias en materias especialmente delicadas como a las tradiciones jurídicas de algunos de ellos que consideran que el papel del poder público en esta materia ha ser muy limitado.

Sobre las medidas de conflicto colectivo pesa la ya señalada prohibición del artículo 153.5 TFUE. Se ha señalado que la configuración del modelo europeo de diálogo social como una colaboración antes que como un enfrentamiento lleva consigo la exclusión de la huelga<sup>85</sup>. Ha habido, no obstante, propues-

participación ajena al proceso de formación del Derecho comunitario, se ha transformado en una institución pre-normadora, capaz de actuar, al tiempo y ahora sí, como antesala para el ejercicio de la autonomía negociada».

<sup>85</sup> Cfr. B. BERCUSSON, *European Labour Law*, cit., p. 540: «The logic to this auto-exclusion is, perhaps, that the current state of EC level social dialogue is qualitatively different in that the normal means of pressure –strikes– are not (yet) operational at Community level». En esta misma línea, cfr. J.-M. DENIS, «Les mobilisations collectives européennes: de l'impuissance à la nécessité

tas de creación de mecanismos de solidaridad transnacional con motivo de huelgas nacionales, pero no han sido tenidas en cuenta. Es, ciertamente, un campo donde en virtud del principio de subsidiariedad tendría sentido una regulación de la Unión, pero las perspectivas políticas de éxito son muy escasas. En la realidad sí han tenido lugar algunos conflictos colectivos que han superado las fronteras estatales, pero se han resuelto conforme a la ley de cada país, sin intervención europea alguna<sup>86</sup>.

La implicación de los trabajadores en la empresa, por último, es el único de los sectores del Derecho colectivo nacional tomado como modelo de partida del que se puede afirmar con rotundidad que está incluido dentro del ámbito de la competencia de la Unión Europea. La base jurídica ya comentada del artículo 153 TFUE sirve también para la aprobación de actos genuinamente europeos en su contenido, referidos a instituciones de representación en modelos societarios cuya regulación surge del Derecho de la Unión. Encajan así perfectamente en la intención de elaborar un sistema supranacional de relaciones laborales, pues crean respuestas europeas a cuestiones supranacionales. Por ese motivo se ha elegido encuadrarlas en este epígrafe, ya que significan un paso más allá de los Derechos nacionales.

Tales son los elementos que componen, en diversos grados, el germen de lo que puede llegar a ser un sistema europeo de relaciones

d'alliance», *DS*, 6, 2006, p.675: «D'abord, la CES privilégierait la carte de l'institutionnalisation, sa volonté acharnée de se voir reconnue comme l'interlocuteur privilégié de la Commission européenne et de l'UNICE s'effectuant au détriment d'une orientation plus mobilisatrice et combative».

<sup>86</sup> *Ibidem*, p.674: «Or, ce ne sont pas les conflits défensifs qui permettent la création d'une solidarité à large échelle. Lorsqu'il y a des licenciements collectifs dans différents pays d'Europe, chaque salarié souhaite qu'ils aient lieu dans le pays voisin. La solidarité n'est ni spontanée ni naturelle et l'unification du salariat a historiquement toujours été une tâche ardue».

laborales<sup>87</sup>. Así, se contemplan un procedimiento de ejercicio de competencias, plasmado en los artículos 154 y 155 TFUE; una realidad casi ajurídica, los agentes sociales europeo; una negación, el conflicto colectivo; y una auténtica atribución de competencia en materia de implicación de los trabajadores en empresas transnacionales, localizada en el artículo 153 TFUE. La única conclusión que se puede ofrecer es que el Derecho colectivo de la Unión Europea, de existir como tal, es una figura, una vez más, de perfiles distintos a las instituciones jurídicas nacionales<sup>88</sup>.

Las bases jurídicas que permiten la intervención de la Unión en la última materia mencionada son las mismas que las contempladas para la armonización de las legislaciones nacionales sobre implicación de los trabajadores. El artículo 153.1.e TFUE recoge la posibilidad de aprobar directivas que contengan disposiciones mínimas mediante el procedimiento ordinario sobre «la información y consulta a los trabajadores», con consulta al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones.

La puesta en práctica de esta base jurídica para regular instituciones transnacionales desafía buena parte de las convenciones usuales de la política social de la Unión. A pesar de que el artículo 153 TFUE define la acción de la Unión como un simple apoyo y complemento de la estatal, es claro que aquí el protagonismo corresponde a la organiza-

ción internacional. Se está procediendo a crear algo completamente nuevo, no a adaptar instituciones nacionales ya existentes, como es la lógica mayoritaria cuando se pretende la armonización. Esta situación hace que deba cuestionarse el sentido de la categoría de las competencias exclusivas. Los Estados en modo alguno podrían crear por sí solos la normativa aquí alumbrada, puesto que su soberanía termina con sus fronteras, y menos aún podrían transferir ese poder. Únicamente la Unión, en virtud de la atribución de competencias que realizan los Tratados, puede acometer esa tarea. Sin embargo, nadie se ha atrevido a caracterizar estas competencias como exclusivas. El uso de la directiva en lugar del reglamento revela en parte el miedo de los Estados a la criatura creada, cuya influencia intentan limitar a través de esa forma jurídica.

### LAS BASES PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA CIUDADANÍA SOCIAL EUROPEA

La Comunidad Económica Europea original no tenía una preocupación directa por los derechos humanos. De ahí que el Tratado de Roma no incluyera tabla alguna de derechos fundamentales ni una base jurídica para regularlos entre sus contenidos<sup>89</sup>, aunque algunos ya estuvieran en ciernes, como la igualdad. Reconocía, sin embargo, el rango de libertades fundamentales, agrupadas bajo el título de «fundamentos de la Comunidad», a

<sup>87</sup> Cfr., tajante, J. ROJOT, «Un sistema di relazioni industriali europeo?», *DRI*, 3, 2001, p.388: «Non esiste né un sistema di Relazioni Industriali europeo, né ne esiste uno in essere, almeno per il momento. Allo stato dell'arte, ciò probabilmente varrà per un lungo periodo e per il prossimo futuro».

<sup>88</sup> Cfr. F. VALDÉS DAL-RÉ, «Presentación», en VVAA. (F. VALDÉS DAL-RÉ, dir.), *Libertad de asociación de trabajadores y empresarios en los países de la Unión Europea*, MTAS, Madrid, 2006, p.34: «Las relaciones laborales colectivas constituyen una materia que se ha evidenciado particularmente refractaria a la influencia del Derecho comunitario».

<sup>89</sup> Cfr. P. PESCATORE, «Les droits de l'homme et l'intégration européenne», *CDE*, 1968, pp.629-30: «Un trait régressif d'un document par ailleurs progressiste». Cfr., sin embargo, L. MARCOUX, «Le concept de droits fondamentaux dans la CEE», *RIDC*, 4, 1983, p.695: «En effet, il est clair que le traité et les documents s'y rapportant, malgré l'absence d'une liste des droits fondamentaux, se préoccupent de certains d'entre eux (...): niveau de vie suffisant, libre circulation, emploi, non-discrimination, droit à réparation, respect du droit, contrôles démocratiques, garanties procédurales».

unos derechos de marcado carácter económico, vinculados al desplazamiento entre Estados miembros. Con el tiempo, estas libertades serían el germen de la evolución de algunos derechos genuinamente europeos<sup>90</sup>. A medida que el proyecto se fue consolidando, el interés por lo estrictamente económico fue dando paso a una concepción más amplia de la integración, tal y como habían pronosticado Schuman y Monnet. En la actual redacción de los Tratados vigentes, pueden identificarse varias atribuciones de competencias a la Unión en materia de derechos fundamentales que dan forma a una incipiente ciudadanía social.

Actualmente, la Segunda Parte del Tratado de Funcionamiento se dedica de forma exclusiva a regular el principio de no discriminación y la ciudadanía de la Unión. Ésta se recoge en los artículos 20 a 25 TFUE, incluyendo bajo tal rótulo los derechos de libre circulación, sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales y al Parlamento Europeo, protección diplomática ante terceros Estados allí donde el Estado del que se es nacional no esté representado y derechos de petición ante el Parlamento Europeo y de recurso al Defensor del Pueblo Europeo. De entre esos preceptos, merece la pena destacar el artículo 21 TFUE, pues es una auténtica base jurídica. Cuando una acción de la Unión resulte necesaria para alcanzar el objetivo de la libre circulación y la libre residencia, y a menos que los Tratados hayan previsto los poderes de acción al respecto, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio de tales derechos. Otra de las novedades del Tratado de Lisboa ha sido la modificación del tercer párrafo, que permite al Consejo, salvo que los

<sup>90</sup> Extensamente, P. OLIVIER, «Les quatre libertés et les droits fondamentaux», en VV.AA. (G. VANDERSANDEN y A. DE WALSCHE, coords.), *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruselas, 2003, pp. 355 y ss.

Tratados establezcan poderes de actuación para ello, adoptar, con arreglo a un procedimiento legislativo especial, medidas sobre Seguridad social o protección social. El Consejo se pronunciará por unanimidad previa consulta al Parlamento Europeo.

A pesar de su planteamiento general, sin embargo, tiene carácter residual<sup>91</sup>, como sucede también a propósito del principio de no discriminación por razón de nacionalidad. El procedimiento indicado es el ordinario. Su verdadera utilidad parece limitarse a amparar a quienes se desplazan por motivos no económicos<sup>92</sup>. De ahí su utilización como base jurídica de apoyo, nunca en solitario, en el Derecho derivado.

Más allá de esta ciudadanía de la Unión, solamente pueden distinguirse bases jurídicas expresas para regular un derecho fundamental en el medio laboral, la igualdad de trato y la prohibición de discriminación. A propósito de los derechos sociales fundamentales más clásicos se encuentran, como ya se ha visto, prohibiciones de intervención que, no obstante, no se traducen en un completo alejamiento de la órbita de la Unión de estos derechos.

Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, se ha introducido el artículo 10 TFUE donde se pide a la Unión que trate de luchar, en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convic-

<sup>91</sup> Más optimista, cfr. las notas de Y. GAUTIER en el Comentario del TUE dirigido por V. CONSTANTINESCO et al, cit., p. 140: «Il est incontestable que l'article 8 A (...) permet de clarifier la situation de point de vue des personnes bénéficiaires du droit d'accès et de séjour (...). Désormais, le droit d'accès et de séjour des ressortissants des Etats membres est susceptible d'être fondé et à titre principal, sur l'article 8 A».

<sup>92</sup> STJCE de 18.01.2007, *Comisión contra Suecia*, asunto C-104/06: «En lo que atañe a las personas que ya no ejerzan una actividad económica, se impone la misma afirmación por motivos idénticos a los expuestos al examinar la imputación relativa al artículo 18 CE».

ciones, discapacidad, edad u orientación sexual. A estas declaraciones generales de principios corresponderían después las apropiadas bases jurídicas. Pueden distinguirse tres ámbitos capitales de aplicación de este principio: la igualdad entre sexos, la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad y una concepción más amplia que rebasa estas dos causas tradicionales y también los límites de la relación laboral. La competencia de la Unión en este campo abarcará la definición de los conceptos básicos, la prohibición de discriminaciones y la identificación de los márgenes en los que es posible la diferencia y el establecimiento de mecanismos e instrumentos aptos para procurar la difusión y aplicación efectiva del principio de igualdad y no discriminación<sup>93</sup>. En cuanto a su naturaleza, en todos los casos se trata de competencias compartidas<sup>94</sup>. En lo que a la acción normativa se refiere encajarían perfectamente en lo que se señaló anteriormente a propósito de la armonización de las legislaciones sociales<sup>95</sup>. A pesar de haber optado por un estudio separado de estas cuestiones, la igualdad es, en cierta paradójica manera, el campo donde la armonización ha alcanzado cotas más altas. El impacto de la actuación europea sobre las legislaciones nacionales es indiscutible<sup>96</sup>.

<sup>93</sup> Vid. J. GARCÍA MURCIA, «Impacto y perspectivas del principio comunitario de igualdad de trato: la experiencia española», *JL*, 26, 2006, págs. 16-7.

<sup>94</sup> G. ARRIGO, *Il Diritto del lavoro dell'Unione europea*, vol. II, Giuffrè, Milán, 2001, p. 42, considera, aisladamente, que el artículo 141 TCE atribuye una competencia exclusiva a la Comunidad.

<sup>95</sup> En contra, F. KESSLER y J-P. LHERNOULD, *Droit social et politiques sociales communautaires*, Liaisons, París, 2003, p. 114: «Deux fondements juridiques coexistent par conséquent dans le Traité CE, l'article 141 CE et l'article 13 CE. Mais seul ce dernier confie une possibilité d'action pour créer un droit harmonisé».

<sup>96</sup> Sobre esta cuestión, detalladamente y con perspectiva transnacional, M-C. ESCANDE-VARNIOL, «Rapport de synthèse transnational sur le thème de l'égalité», en VV.AA. (A. JEAMMAUD, coord.), *Impact et perspectives des normes sociales européennes*, CRDS – Université Lumière-Lyon 2, Lyon, 2006.

Actualmente, también enclavado en la Segunda Parte del Tratado de Funcionamiento, el artículo 18 TFUE, en su segundo párrafo, dispone que «el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrá establecer la regulación necesaria para prohibir dichas discriminaciones [basadas en la nacionalidad]». El artículo 7 TCEE original fue señalado como el ejemplo paradigmático de la tipología de competencias comunitarias que implica antes una limitación del poder de los Estados que la imposición de un deber de colaboración<sup>97</sup>. Tal afirmación viene reforzada por el hecho de que el Tribunal de Justicia haya señalado en repetidas ocasiones su efecto directo<sup>98</sup>. Hay que señalar que, por su formulación general, su uso ha sido subsidiario frente a bases más específicas, como es el caso concreto de la libre circulación de trabajadores. Tal situación ha llevado a la paradoja de que la afirmación general se ha transformado en la base jurídica residual, invocada únicamente bien como refuerzo o como complemento para extender la regulación allí donde las bases específicas no pueden ser utilizadas.

Este artículo, bajo sus múltiples numeraciones a lo largo de la Historia, ha sido objeto de abundantes sentencias del Tribunal de Justicia, que han precisado su verdadero alcance. La redacción del precepto limita la prohibición de discriminación al ámbito del Tratado. Existe además una limitación por razón de los sujetos afectados, que son quienes tienen la nacionalidad de alguno de los Estados miembros. Dentro de estas pautas, el Tribunal ha declarado que «los actos adoptados en virtud del párrafo segundo del artículo 7 del Tratado no deben necesariamente limitarse a la regulación de los derechos deriva-

<sup>97</sup> Vid. V. CONSTANTINESCO, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés Européennes*, cit., p. 233.

<sup>98</sup> Entre otras, por la STJCE de 28.06.1978, *Kenny*, asunto 1/78, Rec.1978, p.1489, en combinación con el artículo 28 TCEE, y de forma independiente a partir de la STJCE de 29.10.1980, *Boussac*, asunto 22/80, Rec.1980, p.3427.

dos del párrafo primero del mismo artículo, sino que pueden tener asimismo por objeto aspectos cuya regulación se considere necesaria para el ejercicio efectivo de tales derechos»<sup>99</sup>.

A su vez, el artículo 19 TFUE, que le acompaña en esa breve Segunda Parte del Tratado de Funcionamiento, establece que «sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad, por un procedimiento legislativo especial y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual». La redacción anterior, merece ser destacado, sólo exigía una tibia consulta al Parlamento, y no su conformidad. En el segundo párrafo, se permite al Parlamento y al Consejo adoptar medidas de estímulo, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, para apoyar las acciones de los Estados miembros emprendidas con el fin de contribuir a la consecución de los objetivos enunciados en el apartado 1, empleando el procedimiento ordinario.

Merece la pena poner de manifiesto la acotación del ámbito del artículo 19 TFUE al recalcar el principio atributivo, circunscribiendo la actuación comunitaria a «los límites de las competencias atribuidas a la Unión»<sup>100</sup>. La enumeración que contiene ha sido considerada como un *numerus clausus*, atendiendo a la redacción del precepto<sup>101</sup>. Por su con-

tenido esta base jurídica tiene un carácter más promocional de la igualdad, ya no tanto una obligación de no hacer para los Estados como una obligación positiva de hacer<sup>102</sup>.

En tercer lugar, se encuentra la competencia sobre la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Lo que empezó siendo una cláusula de igualdad salarial impuesta por Francia para evitar un *dumping* social que perjudicaría claramente a su economía y la dejaría en desventaja competitiva frente a sus socios se ha convertido hoy en día en una de las principales líneas de actuación y orientación de la Unión. Testimonio de esta importancia, el artículo 8 TFUE establece un objetivo general de eliminación de las desigualdades entre el hombre y la mujer en todas las acciones de la Unión.

Actualmente, tres bases jurídicas pueden sostener una intervención en esta materia. En primer lugar, el ya comentado artículo 19 TFUE. En el Título X, en el marco de la Política Social, el artículo 153.1.i TFUE dispone que «para la consecución de los objetivos del artículo 151, la Comunidad apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos (...): i) la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo». El artículo 157.3 TFUE, por último, fija que con arreglo al procedimiento ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, se adoptarán medidas para garantizar la aplicación del principio de

<sup>99</sup> STJCE de 07.07.1992, *Parlamento contra Consejo*, asunto C-295/90, Rec.1992, p. I-4193.

<sup>100</sup> Cfr. P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union Européenne*, cit., p. 154: «Ces limitations se comprennent à partir du principe que le droit communautaire n'a pas pour objet de protéger les droits de l'homme, mais l'exercice des libertés économiques ou l'attribution des droits sociaux».

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 154.

<sup>102</sup> Cfr. J. GARCÍA MURCIA, «Impacto y perspectivas del principio de igualdad de trato: la experiencia española», cit., pag.16: «La evolución de este principio ha ido unida, por otra parte, a la progresiva adhesión de la Comunidad Europea a la política global de lucha contra el racismo y la xenofobia, de promoción de la igualdad de oportunidades y de integración social de todas las personas, tanto en el mundo profesional como en el acceso a los servicios y bienes sociales (...). Como dijimos, el principio de igualdad y no discriminación es hoy en día un arma esencial en la lucha contra la marginación y la exclusión social».

igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

No es habitual, ni mucho menos, la existencia de dos bases jurídicas específicas consagradas a la misma materia. Tan excepcional situación obliga a intentar deslindar el contenido de los artículos 153.1.i y 157.3 TFUE. De sus redacciones no es posible extraer conclusión alguna sobre el contenido diferente entre una y otra. Procedimentalmente sólo se diferencian en la falta de intervención del Comité de las Regiones en el artículo 157 TFUE. Ahora bien, la base jurídica del artículo 157 TFUE responde a una lógica de ordenación del Tratado inexpugnable, que es la creación de un precepto central<sup>103</sup>, dotado de efecto directo y que funciona como base jurídica, para la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el ámbito laboral. En cambio, la base del artículo 153 TFUE es más bien un residuo de la Historia, puesto que permanece en parecida situación a la que tenía en el Acuerdo de Maastricht, mantenida por la inercia de las conferencias intergubernamentales. El hecho de que siempre se haya optado por el antiguo artículo 141 TCE a la hora de elaborar disposiciones comunitarias es un poderoso indicio para otorgar primacía a este precepto<sup>104</sup> y relegar el artículo 153 TFUE a una presumible desaparición, falto de efectos. La interpretación doctrinal inmediatamente posterior a Amsterdam, sin embargo, consideraba que el artículo 137.1.h TCE sería el centro del sistema y el artículo 141.3 TCE su complemento. Tal interpretación no carecía de lógica y respondía a la sis-

temática del artículo 137 TCE, que sería la base legislativa general para toda la política social, frente al artículo 141 TCE, que podría ser visto como una base para intervenciones de fomento más concreta<sup>105</sup>.

## UN ESBOZO DE CONCLUSIÓN

En el momento actual, la política social de la Unión puede caracterizarse, en definitiva, como el sector del acervo que se ocupa de regular aspectos materiales y formales de las relaciones laborales y el empleo, tanto en el interior de sus Estados miembros como en su dimensión transnacional, incidiendo en su funcionamiento y en sus consecuencias, sin pretensión actual de globalidad y con una orientación de progreso. Con el transcurso del tiempo la política social ha perdido buena parte de su subordinación a la política económica, ganando una cierta autonomía que aún no ha fraguado del todo. Constituye un complejo sistema jurídico que no alcanza las cotas de perfección técnica que serían deseables, pero no puede afirmarse que tales defectos sean exclusivos de este sector.

Las bases jurídicas existentes actualmente permiten un amplio desarrollo de la intervención de la Unión Europea en materia social. No es de esperar, por lo tanto, una modificación considerable del Derecho originario. El futuro de la política social se decidirá en su puesta en práctica, ya sea a través de la creación de Derecho derivado, ya sea mediante intervenciones de fomento o de coordinación. Pero no puede olvidarse que la Unión es un instrumento al servicio de los Estados. Los intereses políticos y estratégicos estatales son los verdaderos motores de la integración europea y la política social no queda al margen de esa realidad. Los elementos técnicos para vertebrar esa política están

<sup>103</sup> Cfr. R. NIELSEN, *European Labour Law*, cit., p.191: «The single most important provision».

<sup>104</sup> La base de datos SCADPLUS avala inconscientemente esta posición, al señalar que «la lucha contra las discriminaciones puede basarse en los artículos 13 y 141 del Tratado CE», olvidando la existencia del artículo 137 TCE.

<sup>105</sup> En este sentido, G. ARRIGO, *Il Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, vol.II, cit., pp. 40-2, y R. BIRK, «Grundlagen des Europäischen Arbeitsrechts», cit., §55.



presentes de forma suficiente en el ordenamiento de la Unión. La extensión *horizontal* es considerable, pero no se advierte un deseo de *profundizar* en su implantación. Falta,

parafraseando a Jean Monnet, tomar la decisión última sobre su función: si se quiere que la política social de la Unión Europea *sea alguien o haga algo*.

**RESUMEN** No ha habido en el campo social cambios de gran trascendencia en la reforma operada por el Tratado de Lisboa. Las competencias de la Unión en este sector de la actuación de los poderes públicos siguen abarcando un amplio espectro de materias, relativas a lo laboral y a la protección social, conceptos que, por cierto, no coinciden exactamente en el Derecho Europeo con las correspondientes delimitaciones nacionales del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

La descripción de las competencias de la UE en materia social y laboral se puede hacer por referencia a determinados objetivos y a determinados instrumentos institucionales predisuestos para su consecución. Con este enfoque cabe identificar seis grandes tipos de competencias, cada uno de ellos con características propias: 1) la construcción de un mercado de empleo supranacional, principalmente a través de la libre circulación de trabajadores; 2) la armonización de las legislaciones nacionales, mediante la elaboración de una política social común; 3) la articulación o conexión de los ordenamientos nacionales en materia de protección social, especialmente en el campo de la Seguridad Social; 4) el establecimiento de las bases de un sistema europeo de relaciones laborales; 5) la coordinación de las políticas de empleo de los Estados, a través del ya mencionado método abierto; y 6) la creación de una ciudadanía de la Unión, mediante el reconocimiento y refuerzo de derechos fundamentales y derechos cívicos o de ciudadanía.

**ABSTRACT** No significant change in the social arena has been brought about by the reform enacted by the Treaty of Lisbon. The competences of the UE at this level of public action still comprise a wide range of labour and social related topics which, incidentally, do not exactly coincide in European Law with national limitations of Labour and Social Security Law.

The competences of the EU in the social and labour field can be described in reference to specific objectives and institutional instruments predisposed towards their achievement. With this approach, six main types of competences can be identified, with characteristics of their own: 1) building of a supranational labour market, mainly through the free movement of workers; 2) harmonisation of national legislations through a common social policy; 3) articulation or connection of national laws in the social protection field, especially in the social security area; 4) establishing the foundations of a European system of labour relations; 5) coordination of the States' employment policies through the aforementioned open method, and 6) creating a EU citizenship by acknowledging and strengthening fundamental rights and civic or citizenship rights.



# El diálogo social, ¿una herramienta para el futuro?

M<sup>a</sup> CRISTINA AGUILAR GONZÁLVEZ\*

---

## 1. INTRODUCCIÓN

«**D**ialógico social» constituye hoy en día una expresión familiar que va unida a las técnicas políticas más actuales, y cuyo rodaje nos permite afirmar que se ha consolidado como instrumento propicio para regular materias de política social y de empleo, incluso en sustitución de las instituciones legislativas comunitarias<sup>1</sup>. En todos los ámbitos, desde el internacional en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), donde el diálogo social se ha erigido como principio fundamental de funcionamiento connatural al tripartismo desde la Declaración relativa a los fines y objetivos de la OIT (conocida como Declaración de Filadelfia) en 1944, pasando por el comunitario de la Unión Europea (UE) en el

que se trata de un instrumento existente desde la creación de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (el artículo 18 TCECA establecía un comité consultivo que funciona en base al tripartismo), a nivel nacional<sup>2</sup>, en las Comunidades Autónomas y en la dimensión local, se recurre a esta técnica en parte por su fluidez y dinamismo, en parte porque es la puesta en práctica de «la buena gobernanza» como sinónimo de participación de los agentes sociales que serán quienes adopten una posición ante la materia objeto de diálogo, lo que garantiza la cercanía con la realidad social necesitada de pronunciamiento/regulación y a su vez asegura un mayor grado de cumplimiento de lo así decidido<sup>3</sup>.

---

\* Doctora en Derecho. Universidad de Cádiz.

<sup>1</sup> Resulta muy gráfico el título «el diálogo social, ya mayor de edad», en VV.AA. «El ordenamiento laboral comunitario», JESÚS CRUZ VILLALÓN, MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ, M<sup>a</sup> CRISTINA AGUILAR GONZÁLVEZ y EMILIA CASTELLANO BURGUILLO, en «La Constitución Europea y las relaciones laborales», ROSA QUESADA (coordinadora), Monografías de Temas Laborales nº 18, 2004, pág. 31.

---

<sup>2</sup> Sin ir más lejos, en materia de política de empleo hemos de destacar el llamamiento que se hace a los Estados miembros, en la directriz nº 7 sobre el «aumento de la participación en el mercado de trabajo y la reducción del desempleo estructural», en el sentido de que deberían aumentar el diálogo social con el fin de abordar la segmentación del mercado de trabajo con medidas encaminadas a paliar el empleo temporal y precario, el subempleo y el no declarado, en EUROPEAN COMMISSION, «Integrated guidelines for the economic and employment policies of the Member States», pág. 21.

<sup>3</sup> COMISIÓN EUROPEA, «Libro Blanco sobre la gobernanza europea: profundizar en la democracia de

El diálogo nace de forma espontánea movido por la necesidad que lo provoca, o deriva de una consulta formulada por parte del poder público a los sujetos interesados en el asunto a tratar que gozan de legitimidad suficiente para ofrecer una respuesta; el significado y aplicabilidad del resultado dependerá del grado de reconocimiento que quienes dialogan hayan alcanzado, pudiendo haber llegado hasta el nivel normativo y coexistir así el diálogo social con otras técnicas o procedimientos legislativos, con la misma o distinta eficacia, pero erigiéndose los dialogantes en colegisladores.

Se trata de un recurso que contiene una variedad de mecanismos que se adecuan muy bien a las distintas necesidades: desde provocar un simple debate que ayuda a tomar conciencia de un asunto o a que adquiera madurez, pasando por la adopción de acciones conjuntas, y llegando incluso a la negociación de acuerdos que pueden ser de aplicación obligatoria; desde las variadas técnicas de *soft law* hasta normas imperativas tradicionales bajo la forma de Directivas comunitarias<sup>4</sup>.

El impulso del diálogo social desde el poder público corresponde a la Comisión Europea<sup>5</sup>

---

la Unión Europea», SEC (2000) 1547/7 final, de 11 de octubre de 2000.

<sup>4</sup> Sobre *soft law* véanse, entre otros, JEAN MICHAEL SERVAIS, «El complicado equilibrio de la promoción del crecimiento, el empleo y la competitividad con la defensa del Estado social», en «Estudios sobre la estrategia europea de la flexiseguridad: una aproximación crítica», JUAN PABLO LANDA ZAPIRAÍN (coordinador), Bomarzo-Colección Estudios, 2009, pág. 47; FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ, «La Europa social: debates y embates», Relaciones Laborales, nº 23-24, 2009, págs. 43-45; VV.AA., «El ordenamiento laboral comunitario», JESÚS CRUZ VILLALÓN, MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ, M<sup>a</sup> CRISTINA AGUILAR GONZÁLEZ y EMILIA CASTELLANO BURGUILLO, *opus citada*, págs. 96-101.

<sup>5</sup> Comunicaciones de la Comisión Europea dedicadas específicamente al diálogo social: COMISIÓN EUROPEA, «Comunicación relativa a la aplicación sobre el Protocolo de Política Social, presentada al Consejo y al Parlamento Europeo», COM (93) 600 final, de 14 de diciembre; «Comunicación relativa al desarrollo del diá-

logo social a escala comunitaria», COM (96) 448 final, de 18 de septiembre; «Comunicación sobre la adaptación y fomento del diálogo social a escala comunitaria», COM (1998) 322 final, de 20 de mayo; «Comunicación sobre el diálogo social europeo, fuerza de modernización y cambio», COM (2002) 341 final, de 28 de junio.

Desde 1998 la Comisión Europea ha creado cuarenta comités de diálogo social sectorial que representan a 145 millones de trabajadores en Europa en sectores muy relevantes, tales como transporte, energía, agricultura, pesca, política marina, servicios públicos, educación, comercio, metal, industrias químicas, etc.; y que han producido más de 500 textos de distinta repercusión en el terreno legal, como opiniones conjuntas, declaraciones, respuestas a consultas, herramientas como *websites*, directrices, e incluso acuerdos de eficacia general o limitada.

No cabe duda que los resultados que se han venido produciendo derivados del diálogo social en el ámbito europeo han sido muy significativos y han contribuido a la mejora de las condiciones de trabajo de millones de personas<sup>8</sup>.

---

logo social a escala comunitaria», COM (96) 448 final, de 18 de septiembre; «Comunicación sobre la adaptación y fomento del diálogo social a escala comunitaria», COM (1998) 322 final, de 20 de mayo; «Comunicación sobre el diálogo social europeo, fuerza de modernización y cambio», COM (2002) 341 final, de 28 de junio.

<sup>6</sup> Dentro del apartado dedicado al diálogo social, como uno de los tres mensajes clave que contiene, figura el respeto a la autonomía de los interlocutores sociales en [www.businesseurope.eu](http://www.businesseurope.eu).

<sup>7</sup> CONVENCION EUROPEA, «Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa», CONV 850/03, 18 de julio de 2003, publicado en DOUE C nº 169, art. I-48.

<sup>8</sup> COMISIÓN EUROPEA, Social Agenda, nº 24, July 2010, págs. 24-25.

El Tratado de Lisboa ha aportado al desarrollo del diálogo social la inserción de un nuevo artículo dedicado al mismo (art. 152 TFUE), y al dotar de carácter vinculante a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 6.1 de la versión consolidada del TUE<sup>9</sup>) en la que se recogen los derechos que pueden implicar la proyección de los resultados del mismo en la esfera normativa comunitaria, da un impulso al recurso al diálogo social con garantía de su repercusión en la misma con mayor o menor eficacia según el tipo de texto acordado.

Es nuestra intención centrarlos en el diálogo social que se desarrolla en el ámbito comunitario para, a la vez que dar a conocer la figura en toda su extensión y valorar la incidencia sobre ella del Tratado de Lisboa, analizar los resultados vigentes desde el enfoque de las perspectivas de futuro que ofrece para la política social y de empleo.

## 2. UNA APROXIMACIÓN AL DIÁLOGO SOCIAL: INSTRUMENTO Y OBJETIVO COMUNITARIO

La Comisión Europea en 1996 define el diálogo social a nivel europeo como «deliberaciones entre los interlocutores sociales europeos, sus actuaciones conjuntas y sus posibles negociaciones, así como los intercambios entre los interlocutores sociales y las instituciones de la Unión Europea»<sup>10</sup>.

De dicha definición es de destacar su amplitud, tanto en lo que a sujetos como a

resultados se refiere: en cuanto a los dialogantes, puesto que puede ser a dos bandas, esto es, sólo entre interlocutores sociales, o a tres bandas, cuando las instituciones se sientan con ellos en la mesa de diálogo; en cuanto a los resultados, hasta desembocar en «las posibles negociaciones entre los interlocutores sociales europeos», esto es, la producción de acuerdos comunitarios.

Sin embargo el diálogo social, antes de que la Comisión Europea se pronunciara ofreciendo dicha definición, llevaba ya una andadura de más de diez años, habiendo sido considerado «objetivo» de la Comunidad desde su introducción en el art. 118 B Tratado de la Comunidad Económica Europea (TCEE) por el Acta Única Europea (AUE) en 1986. En 1992 pasa a ser objetivo tanto de la Comunidad como de los Estados miembros en el art. 1 Acuerdo de Política Social (APS), y hoy continúa bajo esta concepción en el art. 151 TFUE, si bien su formulación ha sido impulsada mediante la inserción del art. 152 TFUE en el sentido de revalorizar su importancia en el modelo europeo, reiterando su consideración de objetivo, insistiendo en quiénes lo han de desarrollar en un contexto marcado por la diversidad, bajo la atenta pero respetuosa mirada de la UE, quien parte de su reconocimiento y su deber de apoyo a través de una labor promocional<sup>11</sup>.

Una primera valoración de la aparición en escena del diálogo social conecta con su función de vehículo de regulación imprescindible por la necesidad de un mayor grado de democratización en la elaboración y toma de decisiones en política social, esto es, movida por el fin último de suplir el déficit democrático, que es introducido gracias a la doble dimensión del principio de subsidiariedad<sup>12</sup> y que a su

<sup>9</sup> Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea, DOUE C/83/19, de 30/3/2010. Declaración relativa a la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, DOUE C/83/19, de 30/3/2010 pág. 337.

<sup>10</sup> COMISIÓN EUROPEA, Comunicación relativa al «desarrollo del diálogo social a escala comunitaria», *opus* citada, pág. 1. En COMISIÓN EUROPEA, Comunicación relativa a «la aplicación del protocolo sobre la política social», *opus* citada, pág. 8, se define como «debates e intercambios de puntos de vista sobre cuestiones de interés común».

<sup>11</sup> Véanse comentarios en JOSÉ M<sup>ª</sup> MIRANDA BOTO, «Las competencias de la Comunidad Europea en materia social», Aranzadi, 2009, pág. 296.

<sup>12</sup> M<sup>ª</sup> DEL MAR RUIZ CASTILLO, «El diálogo social en el ámbito de la Unión Europea», *Civitas*, n<sup>º</sup> 85, 1997, págs. 710-711.

vez se pone de manifiesto en la exigencia de representatividad a los interlocutores sociales (principio de legitimidad democrática)<sup>13</sup>.

La primera concepción por tanto se refiere al diálogo social como medio de regulación, como instrumento más que como posible resultado. Esto último significa que el diálogo social no era un fin en sí mismo, sino que su razón de ser se encuentra en su funcionalidad en la labor de producción de normas comunitarias<sup>14</sup>.

En segundo lugar, no cabe duda que el recurso al diálogo social ha desbloqueado propuestas normativas que no avanzaban. Desde el momento en que se presenta por tanto como alternativa a los métodos de producción normativa, en una materialización y expresión más pura del principio de subsidiariedad horizontal, se erige en la respuesta hallada en la búsqueda de nuevos instrumentos de regulación más eficaces, y ello hace que lleve al carácter de objetivo a ser alcanzado.

Por tanto, del diálogo social se pueden dar dos interpretaciones: una primera se refiere al diálogo social tradicional, consistente en las relaciones triangulares entre la Comisión y las partes sociales; se trata del diálogo social derivado de una consulta de la primera que puede concluir en concertación o en negociación. Una segunda consiste en un diálogo social innovador, más evolucionado, como relación directa entre las partes sociales que se establece en base a su propia autonomía y

que podría desembocar en una negociación entre ellas<sup>15</sup>. El diálogo social tradicional se corresponde con el introducido en el art. 118 B TCEE por el AUE, mientras que el diálogo social más evolucionado es el que nació en el APS; desde el Tratado de Ámsterdam (1997) se unificaron los sistemas, y hoy ambos funcionan en el TFUE.

La conclusión es que en la actualidad el diálogo social no es sólo un instrumento regulador sino que figura como objetivo tanto de la Unión Europea como de los Estados miembros en el art. 151 TFUE, diseñando el Título de Política Social del Tratado dos formas de desarrollo del mismo: el diálogo social en el procedimiento de doble consulta obligatoria de la Comisión a los interlocutores sociales al inicio de todo procedimiento legislativo en materia de política social (art. 154 TFUE), y el diálogo social como antesala de acuerdos colectivos comunitarios a ser aplicados tal y como comuniquen los signatarios de los mismos a la Comisión Europea (arts. 154-155 TFUE).

### 3. PRESUPUESTOS A FAVOR DEL USO DE LA HERRAMIENTA DEL DIÁLOGO SOCIAL

Dos son los requisitos básicos para que el recurso al diálogo social en cuanto instru-

<sup>13</sup> FRANCISCO PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, «Aporías de la negociación colectiva europea», RMTAS, nº 68, 2007. M<sup>a</sup> CRISTINA AGUILAR GONZÁLEZ, «La negociación colectiva en el sistema normativo», Lex Nova, 2006, págs. 156-158.

<sup>14</sup> JOSE LUIS MONEREO PEREZ, «Concertación y diálogo social», Editorial Lex Nova, 1999, pág. 15, quien ya en las primeras palabras de su obra destaca la concepción del diálogo social como medio. En el mismo sentido BRUNO VENEZIANI, «Dal dialogo sociale alla contrattazione collettiva nella fase della trasformazione istituzionale dell'Unione Europea», Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale, Ediesse, nº 2, 1998, pág. 248: el diálogo social como método.

<sup>15</sup> FAUSTA GUARRIELLO, «Ordinamento comunitario e autonomia collettiva: il dialogo sociale», FrancoAngeli, 1994, pág. 48, para quien el diálogo social tradicional no es más que «interpretar lo nuevo con lentes del pasado»; idea reproducida por GAETANO ZILIO GRANDI, «Parti sociali e contratto collettivo nell'Unione Europea», Giappichelli Editore, 1998, pág. 41. MANFRED WEISS, «Social dialogue and collective bargaining in the framework of social Europe», en SPYROPOULOS y FRAGNIERE, «Work and social policies in the new Europe», European University Press, 1991, pág. 67, destaca las dos funciones del diálogo social: promover una negociación colectiva coordinada en la Comunidad y participar en los actos preparatorios de la legislación comunitaria tradicional. ANTONIO LO FARO, «Maastricht ed oltre. Le prospettive sociali dell'Europa comunitaria tra resistenze politiche limiti giuridici ed incertezze istituzionali», Diritto delle Relazioni Industriali, n. 1, 1993, pág. 144.

mento regulador de las relaciones laborales evolucione en sentido positivo y se plasme como objetivo que se materializa: en primer lugar la puesta en valor por parte del poder público comunitario, y en segundo lugar, la intencionalidad y saber hacer de los protagonistas del diálogo, los interlocutores sociales del ámbito europeo. Se da una relación de retroalimentación entre ambas condiciones, puesto que la actitud favorable hacia los distintos mecanismos del diálogo social y sus resultados por parte de la Comisión Europea, incentiva a los interlocutores sociales a establecer mesas de diálogo; del mismo modo, la actitud resolutiva y decidida de regular y aplicar lo por ellos elaborado, genera en la Comisión la confianza y el reconocimiento de su actividad normativa. La conclusión es la complementariedad de ambos sujetos, el público y el colectivo, e incluso la alternancia cuando la intervención de los interlocutores sociales llega a sustituir una actuación por parte de las instituciones.

Esta situación de reconocimiento del papel de los interlocutores sociales comunitarios, invitándoseles a que dialoguen y expongan sus conclusiones para que ellos mismos decidan si quieren trasladarlas al plano normativo, se ha podido plantear cuando ha sido superado el único cometido para el cual nacieron las representaciones de los trabajadores, la defensa de los intereses colectivos, y cuando las de los empresarios han comprendido que esta forma de regulación puede satisfacerles más que la intervención directa de las instituciones europeas. Es entonces cuando se avanza hacia una concepción más participativa de los mismos en las cuestiones en las que son protagonistas, y se pone en práctica el principio de democracia participativa esbozado en el art. 10 de la versión consolidada tras Lisboa del Tratado de la Unión Europea (TUE) y desarrollado en el art. 11.3 TUE: «con objeto de garantizar la coherencia y la transparencia de las acciones de la Unión, la Comisión mantendrá amplias consultas con las partes interesadas». Pero

para que tal participación sea efectiva, han de ser sujetos colectivos bien organizados en el nivel comunitario y con voluntad de llegar a acuerdos, que conozcan el nuevo entorno globalizado en el que han de moverse y en el que han de participar para alcanzar sus objetivos<sup>16</sup>.

En una breve presentación de los interlocutores sociales europeos, toda referencia al sindicato europeo se personaliza en la Confederación Europea de Sindicatos (CES, [www.etuc.org](http://www.etuc.org)), tan activa en relación al objeto de nuestro estudio desde 1986 al ser protagonista pionera del diálogo social en los encuentros de Val Duchesse. Fundada en 1973, con sede en Bruselas, agrupa inicialmente a diecisiete sindicatos nacionales, siendo en la actualidad ochenta y dos los sindicatos adheridos, de treinta y seis países europeos, y doce Federaciones de Ramas europeas de los principales sectores productivos y servicios. Este aumento considerable pone de manifiesto la caracterización de la CES como una organización fuerte que reúne en su seno a la práctica totalidad de los sindicatos más representativos a nivel nacional.

Las organizaciones sindicales nacionales que se adhieren a la CES tienen en común responder «a los principios de sindicalismo libre y democrático, y al objetivo de promover en común los intereses sociales, económicos y culturales de los trabajadores a nivel europeo en general, y en particular, cerca de todas las instituciones», siempre con independencia frente a los gobiernos y a los partidos (Preám-

<sup>16</sup> ANTONIO OJEDA AVILÉS, «Convergencia descendente y aplicación de los acuerdos colectivos europeos», *Relaciones Laborales*, nº 23-24, 2009, pág. 52, plantea la dificultad del recurso a la herramienta del diálogo social en los nuevos Estados del Este de la UE, en los que la presencia sindical es fragmentaria e incluso inexistente. Hay sectores parcialmente no sindicalizados, por lo que faltan las condiciones esenciales para la negociación colectiva.



bulo de la Constitución de la CES)<sup>17</sup>. El cumplimiento del principio de sindicalismo libre la convierte en la organización idónea para desempeñar tareas de representación, porque implica el reconocimiento del criterio de «afiliación libre» por parte de las organizaciones que la conforman, dato que la Comisión valora como requisito para ostentar el papel de interlocutor social representativo en la Unión Europea.

En lo que respecta a las patronales europeas, *BusinessEurope* se compone en la actualidad de 40 miembros en 34 países, pero fue creada en 1958 bajo la denominación de UNICE (Unión de Industrias de la Comunidad Europea; cambio de denominación producido en enero de 2007, [www.busesseurope.eu](http://www.busesseurope.eu)), con sede en Bruselas. Al igual que la CES, su ámbito de actuación excede del meramente comunitario, representando también en los países del Espacio Económico Europeo y en países como San Marino, Malta, Chipre y Turquía (incluso antes de la pertenencia de algunos a la UE).

Desde los inicios del proceso de integración europea se ha mostrado contraria al intervencionismo de la Unión Europea en materia social, por lo que no ha sido partidaria del incremento de la regulación comunitaria en esta materia. En ocasiones ha apelado para justificar su actitud al principio de subsidiariedad, en un rechazo de la armonización de las condiciones de trabajo a través de Directivas o de acuerdos europeos porque considera que el nivel más bajo es el más idóneo para regular la materia social. Pudiera parecer que lo anteriormente dicho no se corresponde

con la firma, en 1991, del acuerdo marco celebrado por UNICE con la CES y la CEEP que sirve de base al Acuerdo de Política Social, sin embargo su razón de ser en dicho momento se encuentra precisamente en un intento de frenar la actividad normativa de las instituciones europeas.

Por su parte CEEP (Centro Europeo de Empresas con Participación Pública, [www.ceep.eu](http://www.ceep.eu)) agrupa las patronales públicas de los Estados miembros de las Comunidades y de la EFTA desde 1961. Tiene miembros asociados en 20 países, inicialmente al margen de que no estuvieran en la Unión Europea, como era el caso de Hungría, Rumanía y Turquía, y en Noruega. Según sus Estatutos, su principal función es la representación ante las instituciones comunitarias. Estuvo presente en el diálogo social de Val Duchesse y ha tenido una postura más abierta que *BusinessEurope*, habiendo sido siempre partidaria del refuerzo del diálogo social, tal y como pone de manifiesto el que haya defendido la extensión del diálogo social a nivel sectorial y el hecho de que celebre el primer acuerdo marco comunitario interprofesional con la CES el 6 de septiembre de 1990 en materia de formación y movilidad.

A estos tres grandes representantes interprofesionales se añaden los de ámbito sectorial, que en el listado que la Comisión Europea publicó en 2004 sumaban unos setenta y, como hemos mencionado y veremos más adelante, continúan constituyéndose comités de diálogo social sectorial, que se muestran muy activos en su ámbito.

La presencia y el papel de las organizaciones europeas se ha ido consolidando progresivamente en el escenario comunitario, sin partir de un proceso de institucionalización en el plano normativo, sino desde su propia organización puesta en práctica. Mientras que en los ordenamientos internos europeos los sujetos sociales están claramente identificados, en el ámbito comunitario su reconocimiento en el plano normativo sólo se ha producido de

<sup>17</sup> Véase la reforma en CES, «Constitution of the European Trade Union Confederation», approved by the IXth ETUC Congress, Helsinki, 29/06-02/07/1999, en [www.etuc.org](http://www.etuc.org), pág. 1. Lo comenta GAETANO ZILIO GRANDI, «Parti sociali e contratto collettivo nell'Unione Europea», *opus citada*, pág. 84. CES, «Towards an European system of industrial relations», 9th Congress, 1999, [www.etuc.org](http://www.etuc.org), pág. 7, señala la necesidad de un movimiento sindical fuerte e independiente.

modo indirecto<sup>18</sup>. El rodaje es menor, no se celebran tantos acuerdos ni se les ha atribuido en todo caso una relevancia jurídica clara; sin embargo, las dificultades que encuentran las partes sociales supranacionales se agravan en el nivel europeo, puesto que participan en la regulación de mercados de trabajo que convergen en un mercado único para cada vez más Estados miembros<sup>19</sup>.

Su indeterminación a nivel normativo, en el sentido de ausencia de definición de la figura de los interlocutores sociales en el Tratado o en alguna norma de Derecho Derivado, se contraponen con la importancia que en realidad se les otorga, puesto que han llegado a alcanzar la legitimación para negociar a nivel europeo acuerdos colectivos, que podrán tener una eficacia más o menos tangible según el método que ellos mismos elijan para su aplicación, pero que llegan a paralizar el poder legislativo de la Comisión en el procedimiento institucional de elaboración de normas.

Es más, son los propios interlocutores sociales quienes demuestran su intención de obtener el reconocimiento en sede institucional de la práctica generalizada de diálogo social que venían desarrollando desde mediados de los ochenta al firmar el Acuerdo de 31 de octubre de 1991 que fue convalidado por las instituciones dotadas de poder legislativo como Acuerdo de Política Social (APS) anexo al Tratado de la Unión Europea, porque son conscientes de que ellos mismos no gozan de

fuerza suficiente en el ámbito normativo sin el reconocimiento por parte de las instituciones comunitarias.

Es desde el artículo 3 APS, que instaura la doble consulta de la Comisión a dichos sujetos al inicio de procedimientos legislativos que versen sobre una materia de política social, desde cuando las partes sociales adquieren una importancia central en el plano normativo. Y gracias a la posibilidad que asimismo les atribuye de negociar acuerdos dentro del procedimiento legislativo como fase del mismo, se ha afirmado el reconocimiento de la autonomía colectiva a nivel comunitario.

El papel de representante asignado a los interlocutores sociales no ha dejado de ser reforzado en el ámbito comunitario. A la altura del año 2001, diez años después del acuerdo que ha constituido un área contractual europea, se replantearon sus competencias ante los grandes cambios estructurales que se iban materializando, tales como la unión económica y monetaria, y la ampliación de la Unión Europea a los países del Este<sup>20</sup>.

Por parte de la Comisión encontramos múltiples muestras de reconocimiento a la función de los interlocutores sociales, para quien su papel es un aspecto importante del modelo social: en su «Libro Blanco sobre la gobernanza europea» propuso como objetivo una mayor participación de todos los actores de la sociedad, junto con la transparencia, la responsabilidad, la eficacia y la coherencia, desde el diálogo social<sup>21</sup>. Asimismo el Consejo Europeo de Niza invitó en especial a los interlocutores sociales a asumir plenamente el

<sup>18</sup> COMISIÓN EUROPEA, Informe sobre «Social dialogue for success: the role of the social partners in EU enlargement», [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int), 1999, pág. 26, en el que se destaca que el Tratado no indica quiénes son las partes sociales. TIZIANO TREU, «Sviluppare la competitività e la giustizia sociale: le relazioni tra istituzioni e parti sociali», *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 4-1998, pág. 431.

<sup>19</sup> En este sentido MICHELE TIRABOSCHI, «Glazing at the past: An agreement for the markets of the XXIst century», *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 15/2, 1999, pág. 105.

<sup>20</sup> CES, «Documento conjunto de CES, UNICE y CEEP sobre la contribución conjunta de los interlocutores sociales al Consejo Europeo de Laeken», en «Documentación del Comité Ejecutivo de la CES», de 14 de diciembre de 2001, [www.cc.oo.es](http://www.cc.oo.es), págs. 3-6.

<sup>21</sup> COMISIÓN EUROPEA, «Libro Blanco sobre la gobernanza europea: profundizar en la democracia de la Unión Europea», *opus citada*, pág. 4.

papel que les corresponde en la aplicación y seguimiento de la Agenda de política social, lo que no hace sino reiterar su consideración como sujetos plenamente implicados en el desarrollo del Derecho Social Comunitario. Otro ejemplo de la demandada participación de los interlocutores sociales se produce en el proceso de ampliación de la Unión Europea, porque son los protagonistas de las situaciones que se han de regular asimismo en los nuevos Estados y en los candidatos a la adhesión<sup>22</sup>.

La intención final que, como vemos, marca de forma ininterrumpida la práctica comunitaria, pasa por encontrar vías de refuerzo del diálogo social<sup>23</sup>. Ello asienta en firme el primero de los presupuestos indicados para el desarrollo de este instrumento y explica en primer lugar la ya mencionada inclusión de un nuevo artículo «dedicado en exclusiva al diálogo social», el art. 152 TFUE, que enfatiza el papel de los interlocutores sociales e institucionaliza a un órgano de concertación permanente entre el Consejo, la Comisión y los interlocutores sociales europeos que existe desde 2003: la Cumbre Social tripartita para

<sup>22</sup> COMISIÓN EUROPEA, Informe sobre «Social dialogue for success: the role of the social partners in EU enlargement», *opus citada*, pág. 27.

<sup>23</sup> Se desprende de las Comunicaciones de la Comisión sobre el diálogo social adoptadas hasta 2005: «Comunicación relativa al desarrollo del diálogo social a escala comunitaria», *opus citada*, pág. 1, nace con el objetivo de «hallar vías de refuerzo del diálogo social, aumentar su flexibilidad y vincular más estrechamente las actividades de los interlocutores sociales al desarrollo y la aplicación de las políticas de la Unión Europea»; «Comunicación sobre adaptación y fomento del diálogo social a escala comunitaria», *opus citada*, pág. 4, señala que se han fijado objetivos de mejora del diálogo social para conseguir un diálogo social más abierto, y más eficaz entre las instituciones europeas y los interlocutores sociales; «Comunicación sobre el diálogo social europeo, fuerza de modernización y cambio», *opus citada*; y la «Comunicación sobre la Colaboración para el cambio en una Europa ampliada. Potenciar la contribución del diálogo social europeo», COM (2004) 557 final, de 12 de agosto de 2004.

el crecimiento y el empleo, con la función primordial de que los interlocutores sociales europeos participen, desde dentro del órgano y usando el diálogo social, en las cuestiones económicas, sociales y de empleo<sup>24</sup>. En segundo lugar, por su parte la Comisión Europea tiene como objetivo, plasmado en asuntos concretos como es «la agenda para nuevas cualificaciones y empleos», reforzar la capacidad de los interlocutores sociales y hacer un uso pleno del potencial de resolución de problemas que ofrece el diálogo social a todos los niveles<sup>25</sup>. En tercer lugar, se celebran conferencias, como la de junio 2009 en Praga, en las que se aborda cómo la presencia o no de estructuras de diálogo social influencia las condiciones de trabajo, como parte de proyectos más amplios en los que se funciona mediante el estudio de casos por sectores en algunos países concretos<sup>26</sup>.

Este reconocimiento de su papel se pone de manifiesto además de en el cuándo se les permite intervenir, incluso en el procedimiento legislativo, en sobre qué materias les consulta la Comisión (lo que desencadenará o no una negociación, en caso de que sí, dentro o fuera de dicho procedimiento legislativo), que serán las no excluidas de la competencia comunitaria por el art. 153.5 TFUE, esto es, las remuneraciones, el derecho de asociación y sindicación, el derecho de huelga y el derecho de cierre patronal. *A sensu contrario*, materias tan relevantes en política social

<sup>24</sup> CONSEJO, Decisión de 6 de marzo de 2003 por la que se crea una Cumbre social tripartita para el crecimiento y el empleo, DOUE L 070, de 14/3/2003, págs. 31-33. Coincidimos con JOSÉ M<sup>º</sup> MIRANDA BOTO, «Las competencias de la Comunidad Europea en materia social», *opus citada*, pág. 296, que critica el que no sea definida en el propio Tratado.

<sup>25</sup> COMISIÓN EUROPEA, Comunicación «EUROPA 2020: una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador», COM (2010) 2020, 3/3/2010, pág. 20.

<sup>26</sup> [www.eurofound.europa.eu/events/2009](http://www.eurofound.europa.eu/events/2009). En este supuesto los sectores fueron el de la construcción y el de servicios de cuidado, y los países Austria, República Checa, Francia, Alemania, Suecia y España.

tales como la elaboración de las directrices para el empleo, nuevas fórmulas de tiempo de trabajo, la formación permanente, la modernización y mejora de las relaciones de trabajo, la necesidad de establecer mecanismos voluntarios como la mediación, el arbitraje y la conciliación para la resolución de conflictos, la modernización y mejora de la protección social, la problemática de las pensiones, la forma de promover la integración de las personas excluidas del mercado de trabajo, la aplicación de la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres, la conciliación de la vida familiar y profesional, etc. Esta institución insiste en destacar que se les considera los sujetos más adecuados para encontrar, a través de acuerdos, soluciones prácticas aplicables a las distintas culturas europeas.

Con carácter general y como segundo presupuesto para el desarrollo del diálogo social, el peso específico de los sujetos sociales en el sistema normativo comunitario va a depender de la frecuencia con la que los interlocutores sociales hagan uso de la posibilidad de negociación que ofrece el procedimiento de doble consulta, así como del impulso que decidan darle a la celebración de otros acuerdos al margen de los institucionales.

Para ello la propia Comisión añade que «las partes sociales deben ser lo más representativas posibles»<sup>27</sup>, y de hecho el TJCE ha acuñado la expresión exigible a los interlocutores sociales negociadores: han de aportar la «representatividad acumulada suficiente» en el ámbito de regulación<sup>28</sup>. La importancia de la representatividad de los sujetos sociales intervinientes, a pesar del silencio en los Tratados, reside en cuanto factor legitimador en el procedimiento legislativo, como justifica-

ción de las posibilidades de actuación que derivan de la autonomía colectiva.

En la sentencia se distingue claramente la fase de consulta de la Comisión a los interlocutores sociales y la de negociación entre éstos, basada la última en el principio de reconocimiento mutuo. Para reconocer a las organizaciones representativas a quienes consultar, los aspectos que requieren atención son: sus características generales, que se extraerán de sus estatutos y analizando sus recursos; los procedimientos para ser miembro y para elegir representantes; su representatividad, en función del número de miembros; las afiliaciones dobles a distintas organizaciones europeas; y la extensión del reconocimiento de la organización a nivel europeo y nacional. El cumplimiento de las características que la propia Comisión enumera implica garantía de representatividad, por lo que se basa en las mismas para determinar los destinatarios de la consulta, fase en la que le interesa la opinión del mayor número posible de organizaciones. Sin embargo la fase de negociación es dirigida por los interlocutores sociales representativos, que se reconocen mutuamente como negociadores, sin que corresponda a la Comisión hacer ningún tipo de selección añadida. El TJCE concluye que no todos los sujetos consultados tienen derecho a participar en las negociaciones; sólo quienes gocen de la representatividad acumulada suficiente en el ámbito de la negociación están legitimados.

Desde la perspectiva de las instituciones, la Comisión es la interesada en una regulación de la figura de los interlocutores sociales comunitarios, con quienes ha de dialogar en las consultas previstas en el procedimiento legislativo, y quienes pueden relevarla en la elaboración de propuestas legislativas. Ello da sentido a que esta institución haya elaborado unos criterios propios en los que fundarse para responder afirmativamente a la solicitud «de retirada» del procedimiento legislativo que recibe por parte de los sujetos sociales, durante el período de tiempo que les concede para las

<sup>27</sup> COMISIÓN EUROPEA, Informe sobre «Social dialogue for success: the role of the social partners in EU enlargement», *opus citada*, pág. 26.

<sup>28</sup> Expresión acuñada por el TJCE en la sentencia sobre el caso UEAPME, T-135/96, de 17 de junio de 1998.

negociaciones, así como para cuando le sea comunicada la firma de acuerdos que hayan podido celebrar en ejercicio de su autonomía<sup>29</sup>.

En la práctica más actual, por su parte la Comisión Europea tiene en consideración a los interlocutores sociales en cuestiones como, por ejemplo, definir y ejecutar la segunda fase de la agenda de flexiguridad<sup>30</sup>. Esto es, se requiere su participación.

De otro lado, los interlocutores sociales se implican en la buena gobernanza, mostrando su capacidad para actuar frente a los cambios social, económico y climático, tal y como ha sido puesto de manifiesto en la revisión anual sobre las relaciones industriales en el ámbito de la UE, en junio de 2010, del Observatorio de Relaciones Industriales de la Fundación Europea (EIRO)<sup>31</sup>. Significa que están dispuestos a participar.

<sup>29</sup> En opinión de M<sup>a</sup> EMILIA CASAS BAAMONDE, «La negociación colectiva europea como institución democrática (y sobre la representatividad de los interlocutores sociales europeos)», Relaciones Laborales, 21 noviembre 1998, pág. 3, la propia Comisión reconoce las dificultades de garantizar la representatividad en un sistema europeo que se caracteriza por la diversidad de prácticas nacionales de los Estados miembros; se suma la necesidad de períodos de tiempo largos para su formación y desarrollo. FEDERICO NAVARRO NIETO, «La negociación colectiva en el Derecho Comunitario del Trabajo», Civitas, nº 102, 2000, pág. 396, considera que hasta que no se han institucionalizado las prácticas de consulta en los numerosos comités consultivos interprofesionales y en los sectoriales, mediante la Decisión de la Comisión de 20 de mayo de 1998 relativa a la creación de Comités de diálogo sectorial para promover el diálogo entre los interlocutores sociales a escala europea (DOCE L 225 de 12/08/1998 p. 0027 - 0028), y la Decisión del Consejo de 9 de marzo de 1999 por la que se reforma el Comité permanente del empleo y se deroga la Decisión 70/532/CEE (Diario Oficial L 72 de 18.03.1999), los sujetos participantes no han sido sometidos a precisos requisitos de representatividad.

<sup>30</sup> COMISIÓN EUROPEA, Comunicación «EUROPA 2020: una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador», opus citada, pág. 20.

<sup>31</sup> «Social partners show willingness to adapt to the changing social and economic climate», en <http://ec.europa.eu/social>, News, 29/6/2010.

A favor asimismo de su participación organizada, los interlocutores sociales interprofesionales diseñan su plan de actuaciones mediante programas de trabajo para períodos determinados. En el que está en vigor en el 2010, contemplaban la celebración de un acuerdo marco autónomo sobre mercados de trabajo inclusivos que acaba de ver la luz, así como negociar un marco de acciones relacionadas con el empleo.

Del mismo modo, dada la relevancia del diálogo social que se desarrolla en ámbitos sectoriales, los interlocutores sociales de este otro nivel de negociación organizan su plan de actuaciones. Sirva de ejemplo, EURO-COMMERCE y UNI GLOBAL UNION han presentado su proyecto de Programa de trabajo 2010-2011 para el diálogo social europeo del sector del comercio<sup>32</sup>.

Precisamente va en favor del diálogo social el que continúen constituyéndose Comités de diálogo social sectorial, de los que hemos de destacar entre los más recientes, el del sector hospitalario (2006), el de industrias del metal, ingeniería y tecnología (enero 2010), y en educación (junio 2010).

A modo de ejemplo, el Comité de diálogo social del sector hospitalario, en septiembre 2006 en su primera reunión conjunta, se presentó como órgano de consulta con la Comisión, que nacía con la finalidad de adoptar iniciativas conjuntas y de celebrar negociaciones. Su constitución lleva parejo su reconocimiento oficial como parte-interlocutor social europeo. Este comité se organiza estableciendo un programa de trabajo temporal en el que fijan los objetivos que pretenden alcanzar, y en abril de 2008 firman un código de conducta sobre ética transfronteriza de contratación en este sector, encaminado a

<sup>32</sup> VV.AA., HOLM-DETLEV KÖHLER Y SERGIO GONZÁLEZ BEGEGA, «Diálogo social y negociación colectiva a escala sectorial en la Unión Europea. Limitaciones y perspectivas», Cuadernos de Relaciones Laborales, 25, nº 2, 2007.

promover prácticas de contratación éticas en los hospitales a nivel europeo, nacional, regional y local. Dicho código prevé su ejecución, supervisión y seguimiento en tres años a través de sus respectivas organizaciones miembros, así como un informe sobre su aplicación general, a ser publicado al final del cuarto año.

Del mismo modo, los interlocutores sociales del sector de industrias del metal, ingeniería y tecnología (CEEMET y EMF), el sector más grande en Europa en términos de empleo, han constituido su comité en enero de 2010. Y declaran que la razón de ser de dicha constitución es la firma de acuerdos en el nivel europeo. Delimitan sus temas objeto de diálogo social, en este caso la globalización, los cambios en la dirección y los procesos de reestructuración.

En junio 2010 se ha establecido un nuevo comité en el sector de educación, cubriendo el diálogo social a todo el sector, que tiene como objetivo contribuir en el desarrollo de nuevas competencias y trabajos para los jóvenes, en cumplimiento de la estrategia 2020. Tratará temas como la calidad de la educación, la violencia en las aulas, la adaptación a las tendencias demográficas, y el impacto de los recortes en el gasto público. En su agenda contempla la mejora de la enseñanza, del medioambiente laboral y de aprendizaje mediante la identificación y el intercambio de buenas prácticas.

Por su parte la CES en 2009 consideraba urgente un nuevo Pacto Social para los trabajadores europeos, que los involucre junto con los sindicatos mediante el fortalecimiento de la negociación colectiva, con el fin último de evitar que la crisis se agravase a corto plazo<sup>33</sup>. Ya en 2010, se ha manifestado a favor de un plan de recuperación para esti-

mular el crecimiento, así como políticas industriales fuertes. Sin embargo se ha posicionado en contra de las medidas de austeridad que están siendo adoptadas por muchos gobiernos, puesto que considera que generan una amenaza para el crecimiento y el poder adquisitivo. Dichas medidas también reducirán el impacto sobre los beneficios sociales, el último baluarte contra la exclusión social, y agravará la precariedad a nivel general.

Por último, un tercer presupuesto para el impulso del uso de la herramienta del diálogo social se centra en la necesidad de hacer un seguimiento de sus resultados, para extraer conclusiones acerca de cuándo es el instrumento de regulación idóneo, y mejorar su aplicación en el momento.

En este sentido, por su parte la Comisión Europea se ha propuesto en la estrategia 2020 promover y controlar la aplicación efectiva de los resultados del diálogo social<sup>34</sup>. Del mismo modo los interlocutores sociales interprofesionales en su Programa de trabajo conjunto para los años 2009-2010 se fijaban el objetivo de desarrollar acciones sobre el control, análisis y evaluación de la aplicación de los acuerdos marco y de los ámbitos de acción del diálogo social europeo.

La Confederación Europea de Sindicatos por su parte exige el fortalecimiento del papel de los interlocutores sociales, del diálogo social y el desarrollo de un sistema de negociación colectiva transnacional. Para lo que es preciso garantizar una vigilancia más eficaz de los acervos sociales con la participación activa de los interlocutores sociales, y ofrecerles la posibilidad de transmitir sus observaciones en los casos juzgados por el TJCE sobre derechos sindicales y en los vinculados a los acuerdos marco del diálogo

<sup>33</sup> CES, documento de febrero 2009: «Capitalism makeover: a New Social Deal must come out of the crisis ruins», [www.etuc.org](http://www.etuc.org).

<sup>34</sup> COMISIÓN EUROPEA, Comunicación «EUROPA 2020: una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador», *opus citada*, pág. 21.

social europeo<sup>35</sup>. Si consultamos las cláusulas finales de estos acuerdos, los firmantes se erigen, con lógica, en los intérpretes de su contenido.

Concluyendo, el uso de la herramienta del diálogo social está de entrada condicionada a la actitud de los interlocutores sociales y a sus habilidades en la adaptación a los cambios que una crisis exige, por lo que traemos a colación un antiguo proverbio chino e invitamos a la reflexión: «Todas las crisis tienen dos elementos: peligro y oportunidad. Con independencia de la peligrosidad de la situación, en el corazón de cada crisis se esconde una gran oportunidad. *Abundantes beneficios esperan a quienes descubren el secreto de encontrar la oportunidad en la crisis*».

#### 4. RESULTADOS: DESDE EL DIÁLOGO SOCIAL

Hemos hecho mención de la amplitud y variedad de mecanismos de diálogo social que gozan de apoyo normativo: el fomento de la consulta a los interlocutores sociales y la obligatoriedad de la doble consulta al inicio de un procedimiento legislativo en materia de política social; la adopción de medidas por parte de la Comisión, que faciliten el diálogo entre los interlocutores sociales; la obligación de la Comisión de dar a ambas partes un apoyo equilibrado<sup>36</sup> (art. 154.1 TFUE) y que la Unión Europea respete su autonomía (art. 152 TFUE); así como la garantía del derecho a respetar los acuerdos que se cele-

bren, en su doble variedad de vías de aplicación<sup>37</sup>.

A grandes rasgos son tres los resultados que provoca el diálogo social como instrumento jurídico: el diálogo social tras la consulta de la Comisión (entendido como intervención de la autoridad pública que provoca el diálogo social bipartito, promocionado por la anterior y como método) origina una negociación colectiva desarrollada dentro del procedimiento legislativo; el diálogo social que se desarrolla al margen de este último, como otra vía de regulación vía negociación colectiva que genera un acuerdo libre; y como tercera forma de diálogo social, la primera en ser institucionalizada, la que tiene lugar en el seno de comités consultivos en los que los interlocutores sociales participan como miembros junto a representantes del poder público, por lo que se trata de participación institucional-concertación social.

De la clasificación que de «textos de nueva generación» ofrece la Comisión Europea, la consulta que ésta realiza a los interlocutores sociales es la que provoca más resultados derivados del diálogo social y el más relevante, los acuerdos aplicados por algunas de las dos vías indicadas en el Tratado, y vinculados a éstos, algunos de los informes de seguimiento; además el diálogo social genera textos conjuntos, opiniones conjuntas, y textos procedimentales<sup>38</sup>.

Se han producido en la práctica ejemplos de cada uno de las figuras derivadas del diá-

<sup>35</sup> CES, «Un nuevo acuerdo en política social. Contribución de la CES a la preparación de una agenda social renovada. Hacia un nuevo Programa de Acción Social», Comité Ejecutivo de la CES, marzo 2008.

<sup>36</sup> Se materializa desde el punto de vista presupuestario en la convocatoria anual de propuestas que hace la Comisión Europea para financiar iniciativas de diálogo social: DG Empleo y Asuntos Sociales, 25/01/2010. Anuncio de convocatoria «Relaciones laborales y diálogo social» (Fecha límite: 31/08/2010).

<sup>37</sup> VV.AA. «El ordenamiento laboral comunitario», con JESÚS CRUZ VILLALÓN, MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ, M<sup>a</sup> CRISTINA AGUILAR GONZÁLEZ y EMILIA CASTELLANO BURGUILLO, *opus citada*, pág. 33.

<sup>38</sup> COMISIÓN EUROPEA, Comunicación sobre «Colaboración para el cambio en una Europa ampliada. Potenciar la contribución del diálogo social europeo», *opus citada*. Son comentados por HOLM-DETLEV KÖHLER y SERGIO GONZÁLEZ BEGEGA, «El diálogo social europeo. De la macro-concertación comunitaria a la negociación colectiva transnacional», RMTAS n<sup>o</sup> 72, 2008, pág. 251 y ss.

logo social: de entre los textos de nueva generación, como resultados recientes que nos muestran las materias que son de interés en la esfera comunitaria, son de destacar el informe de evaluación que revisa el marco de acciones sobre la igualdad de género (13/11/2009), la carta conjunta de los interlocutores sociales sobre las guarderías (7/7/2008), el informe anual sobre la implementación del acuerdo marco autónomo sobre estrés laboral y el relativo al acoso y violencia en el lugar de trabajo, ambos de la misma fecha (18/6/2008), y el análisis conjunto sobre las cambios clave en los mercados de trabajo europeos (18/10/2007)<sup>39</sup>.

En cuanto al procedimiento de doble consulta que provoca el desencadenamiento de un proceso de diálogo social, y que vino a introducir una variante en el procedimiento legislativo tradicional que planteaba una alternativa en cuanto al método de legislar integrando a la negociación colectiva como fuente del derecho<sup>40</sup>, lo primero a destacar es la gran variedad de materias sometidas a consulta. Las efectuadas más recientemente

<sup>39</sup> Véase la base de datos sobre diálogo social de la Comisión Europea, [www.ec.europa.eu/employment\\_social](http://www.ec.europa.eu/employment_social), y Consejo Económico y Social, «Diálogo social en la Unión Europea» en «Memoria sobre la situación económica y laboral de España», capítulo II «mercado de trabajo y relaciones laborales» 2008, pág. 337.

<sup>40</sup> COMISIÓN EUROPEA, Comunicación sobre «Modernizar la organización del trabajo. Un planteamiento positivo del cambio», COM (98) 592, 1998, pág. 4: se hace una valoración decidida de la autonomía normativa de las partes sociales que se pone de manifiesto en el respeto siempre de lo negociado. COMISIÓN EUROPEA, Comunicación relativa a la aplicación del protocolo de política social, *opus citada*, pág. 12; Comunicación relativa al desarrollo del diálogo social a escala comunitaria, *opus citada*, pág. 12; Comunicación relativa a la adaptación y fomento del diálogo social a escala comunitaria, *opus citada*, pág. 7. COMISIÓN EUROPEA, Informe sobre «Social dialogue for success: the role of the social partners in EU enlargement», *opus citada*, pág. 26, en el que se afirma que el APS aumenta los poderes y las responsabilidades de las partes sociales mediante el derecho de consulta, lo que les abre un área de negociación.

por la Comisión (en los dos últimos años) han versado sobre cuestiones tales como la revisión de la Directiva sobre el tiempo de trabajo (se formulan siete cuestiones específicas a los interlocutores sociales en la primera fase de consulta)<sup>41</sup>, la protección de los trabajadores frente a los riesgos relativos a la exposición a los campos electromagnéticos en el trabajo, los principales resultados de la consulta pública sobre la Estrategia Europea para la discapacidad 2010-2020, el tiempo de trabajo de los médicos en formación y la protección de los trabajadores frente a los riesgos relativos a la exposición al humo del tabaco en el trabajo.

Con anterioridad fueron consultadas materias como la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la actividad autónoma (2008), la revisión de la Directiva sobre el Comité de Empresa Europeo, la inclusión activa de colectivos excluidos del mercado de trabajo (2007), un marco normativo social para más y mejores trabajos en el mar en la UE, las transmisiones transnacionales de empresas, negocios o de partes de empresas/negocios, la conciliación de la vida profesional, privada y familiar, las sustancias cancerígenas, los trastornos músculo-esqueléticos, entre otras<sup>42</sup>.

En cuanto a las materias a ser tratadas por el diálogo social, se ha observado una extensión hacia la política de empleo comunitaria, lo que conecta con la preocupación por la situación económica, centrándose en cuestiones tales como el empleo, la competitividad

<sup>41</sup> EIRO ON LINE, «Commission consults social partners on working time directive review», [www.eurofound.europa.eu/eiro/2010/04](http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2010/04), junio 2010.

<sup>42</sup> Puede consultarse en la base de datos sobre diálogo social de la Comisión Europea, en <http://ec.europa.eu/social/keyDocuments.jsp>. Sobre anteriores materias objeto de consulta véase CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, «Diálogo social en la Unión Europea», en «Memoria sobre la situación económica y laboral de España», 2007, págs. 403-404 sobre las transmisiones de empresas; y págs. 400-403 sobre conciliación.



y la cohesión social, en cumplimiento de la Estrategia de Lisboa<sup>43</sup>, y con el avance en el diálogo social tripartito, en especial desde la constitución de la Cumbre social tripartita para el crecimiento y el empleo. Habían sido materias tradicionales objeto del mismo la formación, el tiempo de trabajo, la seguridad y salud laboral y las condiciones de trabajo en general, la igualdad de oportunidades, la política y la economía, o la realización de estudios y estadísticas.

Recientemente la Comisión Europea ha señalado en su Comunicación «EUROPA 2020: una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» (marzo 2010) que consultará a los interlocutores sociales con vistas al desarrollo de una iniciativa propia en el ámbito de la educación<sup>44</sup>.

En ocasiones dichas consultas que la Comisión realiza coinciden con inquietudes que ya están en los propios interlocutores sociales, con lo que puede que versen sobre materias que ellos asimismo han estimado necesitadas de regulación; es interesante consultar su Programa de trabajo conjunto, que dejará ver el sentido de la respuesta a la consulta.

## 5. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EUROPEA

El resultado más perfecto del diálogo social son los acuerdos colectivos comunitarios. Es por ello que les dedicamos un apartado especial.

Si bien hemos señalado 1986 como fecha de nacimiento del diálogo social en la esfera normativa comunitaria, es desde 1992 cuan-

do, gracias al APS, la negociación colectiva comunitaria es diseñada y reconocida, con pinceladas, en el Tratado.

Resulta curioso el que la negociación colectiva en el ámbito comunitario siga siendo «la gran desconocida» y vista como algo novedoso cuando comenzó hace ya un período de tiempo suficientemente amplio, como evolución de una participación, inicialmente de tipo institucional, por parte de los interlocutores sociales en los comités de sector y en grupos de trabajo informales en los que el instrumento era el diálogo social, y cuando ha producido tantos y tan variados resultados. Este dato del carácter novedoso cuando en realidad no lo es, refleja que se trata de un fenómeno que cuesta asimilar y que genera incredulidad en cuanto a su eficacia.

Son indudables las ventajas que aporta la negociación colectiva como instrumento de regulación. En primer lugar su gran capacidad de adaptación a los cambios que se producen, como el que ha supuesto para las condiciones de trabajo las nuevas necesidades de competitividad y flexibilidad empresariales; en segundo lugar es un instrumento de garantía de todos los derechos sociales, protegiendo a los trabajadores mediante el establecimiento de las condiciones de trabajo. Tradicionalmente la negociación colectiva ha cumplido una serie de funciones primarias como son garantizar la paz social, proteger a la parte más débil del contrato, fijar los estándares laborales regulando los salarios y otras condiciones de empleo, y ser un instrumento de cooperación entre las partes sociales. Dichas funciones han sufrido una evolución y cada vez más está marcada por la promoción de la igualdad de oportunidades y de la capacidad de inserción profesional, y la lucha contra la exclusión social. A su vez este cambio en las funciones y en los contenidos de la negociación colectiva provoca que el vehículo de regulación requiera un distinto tipo de eficacia: de la eficacia normativa y personal general, se pasa a una eficacia más flexible, que relaja

<sup>43</sup> CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, «Diálogo social en la Unión Europea», opus citada, 2007, pág. 391.

<sup>44</sup> COMISIÓN EUROPEA, Comunicación «EUROPA 2020: una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador», opus citada, pág. 20.

las notas de la imperatividad y del carácter *erga omnes*<sup>45</sup>.

### 5.1. Fundamentos para el desarrollo de la negociación colectiva comunitaria

El fundamento jurídico de la negociación colectiva en el ámbito comunitario existe a nivel de Derecho Originario en los artículos 154 y 155 TFUE, y está presente asimismo en el art. 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>46</sup> al señalar que cuando la legislación de la Unión lo prevea, se considerará como nivel adecuado de negociación el europeo. Se dispone por tanto en el nivel comunitario de lo necesario para que, si lo desean, los interlocutores sociales activen procedimientos negociadores de los que ellos serán los únicos protagonistas; actitud que han demostrado en múltiples ocasiones.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada en Niza reconoce tres derechos sociales colectivos: la libertad de reunión y asociación, especialmente en los ámbitos político y sindical en su art. 12, el derecho a la información y consulta de los trabajadores en las empresas en su art. 27, y el derecho a la negociación y acción colectiva en los niveles adecuados, con la

inclusión del derecho a huelga, en su art. 28. Hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa su fuerza se limitaba a servir de referencia a las instituciones comunitarias y a los Estados miembros, pero hoy en día, desde el reconocimiento expreso de forma vinculante de los derechos que son su fundamento, ha dejado de limitar el desarrollo normativo del sistema comunitario de negociación colectiva si se quisiera proceder en este sentido, al margen de salvar la exclusión de la competencia comunitaria del derecho de sindicación cuya interpretación puede quedar reducida a que la Unión Europea tiene vetado el legislar sobre una cuestión propia de los sujetos que la generan, por lo que de la forma más coherente, los artífices del desarrollo del sistema articulado de negociación colectiva habrán de ser los propios interlocutores sociales comunitarios.

El derecho a la negociación colectiva se caracteriza por su carácter voluntario como aspecto fundamental, por lo que del mismo modo que de las partes negociadoras se ha de predicar su independencia, las negociaciones han de celebrarse de forma libre, sin injerencias por parte de las autoridades públicas, puesto que sólo de este modo se estará respetando un derecho fundamental que, actuado, producirá un resultado al que se le atribuye la cualidad de la intangibilidad por parte de los poderes públicos<sup>47</sup>.

No queremos dejar de destacar otros antecedentes como era el contenido de la Carta

<sup>45</sup> Reflexión en SILVANA SCIARRA, «European Social Policy and Labour Law. Challenges and perspectives», en «Collected Courses of the Academy of European Law», Vol. IV, libro I. Academy of European Law, 1995, pág. 338. En lo relativo a las funciones tradicionales, ALAN C. NEAL, «We love you social dialogue-but who exactly are you?», en «La contrattazione collettiva europea. Profili giuridici ed economici», FrancoAngeli, 2001, pág. 119. En relación a la evolución en las funciones, M<sup>a</sup> EMILIA CASAS BAAMONDE, «Nuevas tendencias de la negociación colectiva de la Unión Europea», Estudios e informes de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios colectivos, junio 1998, págs. 87-89.

<sup>46</sup> DOUE 14/12/2007, el Tratado de Lisboa hace vinculante la Carta proclamada en Niza en 2000.

<sup>47</sup> La voluntariedad deriva del art. 4 del Convenio n<sup>o</sup> 98 de la OIT relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva (1949). En el sentido expuesto VV.AA. BERNARD GERNIGON, ALBERTO ODERO y HORACIO GUIDO, «Principios de la OIT sobre la negociación colectiva», Revista Internacional del Trabajo, vol. 119, n<sup>o</sup> 1, 2000, pág. 38, quienes añaden que el deber de fomentar la negociación colectiva excluye el recurso a medidas de coacción, pág. 44. Véase ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo, 1998.

Comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989 que, si bien no regula los acuerdos colectivos europeos, reconoce el derecho a negociar y celebrar «convenios colectivos» en su art. 12; lo que tres años más tarde fue reproducido por el art. 118 B TCEE añadiendo un matiz importante: el diálogo entre interlocutores sociales a escala europea «que debe desarrollarse», puede conducir, siempre que así lo consideren dichos sujetos, a acuerdos en los niveles interprofesional y sectorial. Significaba un paso adelante porque introduce una obligación de dialogar, no de alcanzar acuerdos, e incluso especifica cuáles son los ámbitos adecuados para que éstos se concluyan. Aun cuando no se tratase de una norma vinculante, su valor es indicativo de la evolución que va teniendo el fenómeno en su proyección a nivel comunitario.

Salvo las menciones antes indicadas, ha sido criticada por la doctrina la ausencia de un marco jurídico regulador de la negociación colectiva en la esfera comunitaria, sin embargo no es nada desdeñable el marco complementario del puramente normativo existente, que podíamos calificar de práctico y suficiente puesto que ha permitido la firma y ejecución de acuerdos. Conforman dicho marco de apoyo al fundamento jurídico de más alto nivel (en el Tratado), una serie de documentos relevantes tales como las Comunicaciones que la Comisión Europea ha dedicado al diálogo social (1993, 1996, 1998, 2002, 2004), la Agenda Social Europea (2005-2010) que atribuye un papel clave al diálogo social, los Programas conjuntos de trabajo de los interlocutores sociales europeos (el primero para los años 2003-2005, el segundo para 2005-2008, el tercero para 2009-2010), y las líneas presupuestarias anuales de apoyo a iniciativas de diálogo social convocadas por la Dirección General de Empleo y Asuntos Sociales.

A ello se suman otro tipo de fundamentos, a nivel de principios como el de autonomía colectiva, la subsidiariedad horizontal ligada

siempre a la exigencia de proporcionalidad<sup>48</sup>, y el de legitimidad democrática.

La *autonomía colectiva* se presenta como el elemento desde el que configurar el sistema de negociación colectiva autónomo que funcione como fuente del Derecho, al estar reconocida en todos los ordenamientos europeos y ser el fundamento desde el que a nivel nacional se desarrolla la negociación colectiva<sup>49</sup>. Es idea consagrada en la doctrina el que para la configuración de un espacio jurídico propio para la negociación colectiva dentro del sistema de producción normativa comunitaria se debe partir del principio de autonomía colectiva y de los derechos colectivos básicos, esto es, el de asociación, sindicación y huelga, sin los cuales nos resulta inimaginable un sistema de negociación colectiva. Pero hemos de ser conscientes de que esta concepción deriva de la experiencia vivida en los ordenamientos nacionales<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> Art. 5 de la versión consolidada del TUE, y Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, DOUE C 306/150, de 17/12/2007. Véase sobre el principio de subsidiariedad, JOSÉ M<sup>a</sup> MIRANDA BOTO, «El principio de subsidiariedad en el ordenamiento comunitario y sus aplicaciones en materia social», Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, n<sup>o</sup> 47, 2003, y «Las competencias de la Comunidad Europea en materia social», *opus citada*, págs. 137-143.

<sup>49</sup> En este sentido ANTONIO BAYLOS GRAU, «La autonomía colectiva en el Derecho Social Comunitario», en «La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva», bajo su coordinación, Editorial Bomarzo, 2004, pág. 18. Asimismo MÓNICA MOLINA GARCÍA, «La negociación colectiva europea: entre el acuerdo colectivo y la norma negociada», Tirant lo Blanch «colección laboral», n<sup>o</sup> 130, 2002, pág. 136. Véase la consideración que hacen LAURENTINO DUEÑAS HERRERO, «Los interlocutores sociales europeos», Tirant lo Blanch, 2002, pág. 28; y JUANA M. SERRANO GARCÍA, «Los acuerdos colectivos libres ¿han dejado de ser mera voluntad política para disfrutar de vinculabilidad jurídica? El derecho a negociar colectivamente ejercido en el Acuerdo colectivo europeo sobre el teletrabajo», Revista de Política Social, n<sup>o</sup> 19, 2002, pág. 192.

<sup>50</sup> En este sentido TIZIANO TREU, «European collective bargaining levels and the competences of the social

La autonomía colectiva conecta inmediatamente con la acción sindical y a su vez con la negociación colectiva como uno de los resultados a los que da lugar. Significa «el poder de determinar autónomamente los términos y las condiciones de la relación de trabajo», son «poderes que presuponen la existencia de capacidades representativas de intereses, en grado de expresarse mediante procesos de autorregulación social y, en particular mediante procesos y técnicas de negociación colectiva», y se plasma en el convenio colectivo como norma jurídica<sup>51</sup>.

Está presente en la esfera comunitaria, reconocida de forma implícita. Aunque el APS significó un paso importante en la valoración de la autonomía colectiva como instrumento de regulación de las relaciones contractuales a nivel comunitario, el Derecho Originario, ni siquiera tras la incorporación del APS a su articulado operada mediante el Tratado de Amsterdam (TA), ni con la escueta mención que se hace gracias al Tratado de Lisboa en el art. 152 TFUE a que la Unión facilitará el diálogo entre los interlocutores sociales «dentro del respeto de su autonomía», no garantiza a las partes sociales la autonomía colectiva de forma plena, porque

---

partners», en «European Community Labour Law. Principles and perspectives», AA.VV. (DAVIES, LYON-CAEN, SCIARRA, SIMITIS), Clarendon Press, Oxford, 1996, pág. 182.

<sup>51</sup> La primera definición es de ANTONIO LO FARO, «Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria. La contrattazione collettiva come risorsa dell'ordinamento giuridico comunitario», Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, Università di Catania, Nuova Serie, nº 167, Giuffrè Editore, 1999, pág. 137, nota 39; la segunda es de MARIO GRANDI, «La contrattazione collettiva europea: aspetti giuridici», en «La contrattazione collettiva europea. Profili giuridici ed economici», FrancoAngeli, 2001, pág. 17. JESÚS CRUZ VILLALÓN, «Los sujetos y los escenarios de la negociación colectiva: de las unidades clásicas a los nuevos ámbitos convencionales», MTAS, 2001, y ejemplar multicopiado, 2000, pág. 23. Como libro de cabecera en esta materia véase GINO GIUGNI, «Introducción al estudio de la autonomía colectiva», editorial Comares, 2004, págs. 1-140.

de ser así las consideraría como sujetos completamente libres para determinar los contenidos del acuerdo que negocian, quiénes son los destinatarios del mismo, y su eficacia en todo caso, sin necesidad de refuerzo. Todas estas facetas son naturales a la autonomía colectiva, al tratarse de un derecho que se materializa como poder de establecer relaciones negociales, de concluir acuerdos, y de actuarlos.

Es cierto que se reconoce a la autonomía colectiva un ámbito de actuación propio, tal y como se pone de manifiesto en el carácter sustitutorio de la propuesta de la Comisión que se atribuye al acuerdo celebrado como fase del procedimiento legislativo, así como en el respeto a lo negociado por parte del poder público comunitario. Pero ello se corresponde con la razón por la que se decide reconocer a los interlocutores sociales un margen de actuación propio, no «por ser ellos quienes son», los protagonistas de las relaciones laborales, capaces de autorregularse, sino por la necesidad que tienen las instituciones comunitarias de descongestionar sus bloques legislativos, y con el límite que ellas mismas marcan de no perder su poder de iniciativa legislativa. La negociación colectiva en el ámbito comunitario está funcionalizada a su necesidad como técnica de regulación, no está reconocida como derecho social que es. Significa que nace con una función instrumental, marcada por el objetivo final al que se encamina toda la política comunitaria: asegurar el funcionamiento del mercado único. Es por ello que queda condicionada por los principios y valores que guían el proceso de integración comunitaria, establecidos únicamente por los poderes públicos; luego no puede autorregularse. En este contexto la negociación colectiva se presenta no tanto como vía alternativa de regulación sino como vía complementaria<sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> ANTONIO LO FARO, «Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria. La contrattazione collettiva come risorsa dell'ordinamento giuridico

En cuanto a la *dimensión horizontal del principio de subsidiariedad*, refleja la preferencia por las regulaciones pactadas. Este segundo enfoque del principio según el cual la Comunidad ejercerá sus competencias compartidas con los Estados miembros sólo cuando la dimensión y los efectos comunitarios de la materia lo exijan, y que es invocado en el art. 153.1 TFUE, favorece el desarrollo de la negociación colectiva comunitaria: la acción normativa comunitaria es subsidiaria a los resultados del diálogo social en dicho nivel. Se impulsa la acción procedente de los interlocutores sociales, frente a la de las instituciones comunitarias, entrando en juego lo que se conoce como «la doble subsidiariedad»<sup>53</sup>.

comunitario», *opus citada*, págs. 266 y ss. La negociación colectiva «como recurso» es el enfoque que le da el autor a su obra desde el título de la misma. En este sentido, MARIO GRANDI, «Le parti sociali e l'autonomia contrattuale di fronte all'unione economica e monetaria», en «La contrattazione collettiva europea. Profili giuridici ed economici», FrancoAngeli, 2001, pág. 473. FAUSTA GUARRIELLO, «Ordinamento comunitario e autonomia collettiva: il dialogo sociale», *opus citada*, pág. 133, destaca cómo desde los años setenta se abandona el planteamiento anterior del convenio colectivo como acto normativo, y se pasa al enfoque de la negociación colectiva como proceso. COMISIÓN EUROPEA, Comunicación «Un proyecto para la Unión Europea», COM (2002) 247 final, de 22 de mayo de 2002, pág. 22, señala que «asimismo la vía legislativa puede combinarse con otros métodos no vinculantes como recomendaciones, líneas directrices, o incluso la autorregulación dentro de un marco que se establezca en común». Véase UMBERTO ROMAGNOLI, «I profili istituzionale della contrattazione collettiva europea», en «La contrattazione collettiva in Europa», de ANTONIO LETTIERI y UMBERTO ROMAGNOLI, Ediesse, 1998, pág. 21.

<sup>53</sup> Refleja la doble subsidiariedad COMISIÓN EUROPEA, Comunicación relativa a la aplicación del protocolo sobre la política social, *opus citada*, pág. 6: «la opción, a escala comunitaria, entre la vía legislativa y la de los convenios». Comentarios doctrinales en M<sup>a</sup> EMILIA CASAS BAAMONDE, «Doble principio de subsidiariedad y competencias comunitarias en el ámbito social», Relaciones Laborales, tomo I, 1993, pág. 58; JESÚS CRUZ VILLALÓN, «La información y la consulta a los trabajadores en las empresas de dimensión comunitaria», Relaciones Laborales, tomo 1994-II, pág. 26; ANTONIO OJEDA AVILÉS, «Subsidiariedad y competencias concurrentes en

Si la tendencia es la descentralización parece lógico que se flexibilice la utilización de los recursos normativos y se evolucione hacia la participación de los interesados en los distintos niveles; que sólo a falta de acuerdos se deje en manos de las instituciones comunitarias la aprobación de normas heterónomas. Lo público se convierte en subsidiario de la acción de los sujetos colectivos.

Desde el momento en que se plantea la existencia de unos interlocutores sociales comunitarios que negocian acuerdos colectivos, si lo enfocamos desde la óptica que emana de nuestro ordenamiento jurídico, presuponemos reconocida en dicho ámbito de actuación la libertad sindical, entendida ésta como «el derecho fundamental de los trabajadores a agruparse establemente para participar en la ordenación de las relaciones productivas»<sup>54</sup>. De aquí parte la dimensión horizontal de la subsidiariedad.

Por último, como fundamento de la negociación colectiva como fuente del sistema normativo comunitario está la *legitimidad democrática* que ofrecen los interlocutores sociales.

En la Declaración n<sup>o</sup> 23 relativa al futuro de la Unión Europea, anexa al Tratado de Niza, la Conferencia demostraba estar preo-

el Derecho Social Comunitario», Relaciones Laborales, tomo 1994-I, pág. 1379; FAUSTA GUARRIELLO, «Ordinamento comunitario e autonomia collettiva: il dialogo sociale», *opus citada*, pág. 141.

<sup>54</sup> Definición extraída de ANTONIO OJEDA AVILÉS, «Compendio de Derecho Sindical», Tecnos, 1998, pág. 34: el TC español entiende comprendidos dentro de la libertad sindical el derecho a la negociación colectiva, el derecho de huelga y la solicitud de procedimientos extrajudiciales de conflictos colectivos. UMBERTO ROMAGNOLI, «La libertad sindical, hoy», Revista de Derecho Social, n<sup>o</sup> 14, 2001, pág. 18, da un concepto amplio en el que se comprenden el derecho a regular las condiciones de trabajo mediante la negociación colectiva y el derecho a recurrir a la huelga. En el mismo sentido, SILVANA SCIARRA, «La libertad sindical en la Europa social», Relaciones Laborales, tomo I, 1992, pág. 284.

cupada por reforzar la legitimidad democrática y la transparencia de la Unión, con el fin de aproximar las instituciones a los ciudadanos<sup>55</sup>. Para contrarrestar las exclusiones contenidas en el apartado 5 del entonces art. 137 TCE, estaba abierta la vía del art. 140 TCE (hoy 156 TFUE), según el cual la Comisión fomentará la colaboración entre los Estados miembros y facilitará la coordinación de sus acciones en los ámbitos de la política social en materias como el derecho de sindicación y las negociaciones colectivas entre trabajadores y empresarios.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, la inserción en el Tratado del catálogo de derechos fundamentales implica superar la crisis de legitimidad democrática en la Unión. Ésta se convierte en una comunidad de derechos, abandonando por completo su concepción de mera comunidad económica, de tal modo que la política social deja de ser un anexo de la política económica en una época en la que ya se ha constituido el mercado común.

En el trasfondo de la exigencia de representatividad a los interlocutores sociales comunitarios, subyace la cuestión de la no intervención del Parlamento Europeo en la regulación de una materia social adoptada por acuerdo colectivo comunitario. Significa que no interviene en la elaboración de la norma la institución garante del respeto al principio democrático fundamental según el cual los pueblos participan en el ejercicio del poder por medio de una asamblea representativa. En concreto, en el ámbito comunitario «todo

ciudadano tiene derecho a participar en la vida democrática de la Unión» (arts. 1 y 10.1 y 3 TUE sobre el principio de democracia representativa)<sup>56</sup>.

Se trata de una exigencia que ha de ser garantizada en todo caso, por lo que si no interviene el Parlamento, de forma alternativa recae su cumplimiento en los interlocutores sociales<sup>57</sup>. De esta forma el dato de la

<sup>56</sup> BRUNO VENEZIANI, «La Constitución europea: entre Erasmo de Róterdam y los iconos de la solidaridad», en «La Constitución Europea y las relaciones laborales», ROSA QUESADA (coordinadora), Monografías de Temas Laborales nº 18, CARL, 2004, pág. 23. Sobre el papel atribuido al Parlamento por el TA (entonces art. 137,2 TCE), véase M<sup>a</sup> EMILIA CASAS BAAMONDE, «La negociación colectiva comunitaria como institución democrática», *opus citada*, págs. 12-13; LAMMY BETTEN, «The Amsterdam Treaty: some general comments on the new social dimension», *opus citada*, pág. 191. MARLENE SCHMIDT, «Representativity- A claim not satisfied: The social partners' role in the EC Law-Making Procedure for Social Policy», *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, nº 3, 1999, pág. 260. ACTA FINAL DE LA CONFERENCIA, «Declaración sobre el futuro de la Unión», nº 23, Tratado de Niza, 10 de marzo de 2001, C 80/86: «la Conferencia, al seleccionar temas de reflexión, reconoce la necesidad de mejorar y supervisar permanentemente la legitimidad democrática y la transparencia de la Unión y de sus instituciones, con el fin de aproximar ésta a los ciudadanos de los Estados miembros». Véase la bibliografía al respecto de este principio citada por FEDERICO NAVARRO NIETO, «La negociación colectiva en el Derecho Comunitario del Trabajo», *opus citada*, pág. 400, en nota 107.

<sup>57</sup> Véase ANTONIO LO FARO, «Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria. La contrattazione collettiva come risorsa dell'ordinamento giuridico comunitario», *opus citada*, pág. 267: uno de los enfoques que hace el autor de la negociación colectiva comunitaria es como recurso de legitimación, atribuyéndole un carácter instrumental. Ofrece para ello dos nociones de «legitimación»: en un principio como democracia, para quedar después reducida al relevo del papel que el Parlamento Europeo debería tener en el proceso de adopción de normas comunitarias. Asimismo sobre el enunciado del principio de legitimidad democrática «y su garantía alternativa mediante la representatividad de los sujetos sociales firmantes del acuerdo», véase ALESSANDRO BELLAVISTA, «Contrattazione collettiva europea e rappresentatività cumulativa sufficiente», *Diritto delle relazioni industriali*, nº 3, 1999,

<sup>55</sup> Declaración nº 23 relativa al futuro de la Unión Europea, que va anexa al Tratado de Niza, pág. 86. CONSEJO EUROPEO de Laeken, Conclusiones de la Presidencia, «Declaración sobre el futuro de la Unión Europea», SN 300/1/01 REV 1, 14 y 15 diciembre de 2001, Anexo I, pág. 21: «La Unión debe llegar a ser más democrática, transparente y eficaz». Véase asimismo CES, «Documento conjunto de CES, UNICE y CEEP sobre la contribución conjunta de los interlocutores sociales al Consejo Europeo de Laeken», *opus citada*.

representatividad de los interlocutores sociales firmantes de acuerdos que se celebren dentro del procedimiento legislativo, pasa a tener una gran relevancia. Las obligaciones de control de dichos acuerdos por parte de la Comisión y del Consejo, si van a ser aplicados mediante decisión del Consejo, son consecuencia, entre otros factores, de este principio democrático fundamental.

## 5.2. Tipología de acuerdos colectivos europeos

Los acuerdos colectivos comunitarios pueden dividirse en dos tipos en atención a su origen procedimental: acuerdos reglados, que se producen como consecuencia de la consulta de la Comisión, esto es, vinculados a un procedimiento legislativo (art. 154.4 TFUE), o los resultantes de una negociación colectiva libre, que emana *motu proprio* de los interlocutores sociales al margen de un procedimiento legislativo (art. 155.1 TFUE).

En atención a este primer criterio de clasificación, a los que llamamos reglados se les conoce como acuerdos «sustitutorios» (Ojeda Avilés), «institucionales» (Santoro-Passarelli, Navarro Nieto) o «inducidos» (Lo Faro), debido a que se celebran como fase del procedimiento legislativo comunitario, nacen para relevar a la Comisión en la elaboración de la propuesta de acción, y el proceso está en cierto modo regulado en el art. 154.4 TFUE (plazo de nue-

---

págs. 306-307. En el terreno específico de la negociación colectiva comunitaria inserta en el procedimiento legislativo, el principio de legitimidad democrática ha sido enunciado en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia, en solución del caso UEAPME, de 17 de junio de 1998 (asunto T-135/96). En opinión de M<sup>a</sup> EMILIA CASAS BAAMONDE, «La negociación colectiva comunitaria como institución democrática», *opus* citada, pág. 12, «la condición para asegurar el principio democrático es precisamente la representatividad de los negociadores; la obligación de control de la Comisión primero, y después del Consejo, se fundamenta en la observancia de un principio democrático fundamental».

ve meses para las negociaciones, prorrogable de común acuerdo con la Comisión).

Asimismo podemos atender a otro criterio de clasificación, no condicionado por el origen del acuerdo. Nos referimos a la vía de aplicación del mismo, una de las dos expuestas en el art. 155.2 TFUE: mediante Directiva del Consejo serán acuerdos reforzados; «según los procedimientos y prácticas propias de los interlocutores sociales» son denominados acuerdos autónomos.

Los firmantes de los dos primeros acuerdos interprofesionales autónomos que han versado sobre el teletrabajo y sobre el estrés laboral respectivamente, los han denominado «voluntarios»; entendemos que voluntarios son todos los acuerdos que se celebran sin intención viciada por parte de los firmantes, por lo que es más acertada la denominación como autónomos. Con cierta maldad en la interpretación, voluntario puede conectar con la idea de que no es obligatoria su aplicación en los Estados miembros (nos referimos a que sean llevados a la práctica en el territorio de los Estados, no a que sea el poder público estatal quien tiene que aplicarlo), al ser la falta de eficacia vinculante la crítica más repetida a este tipo de acuerdos: los signatarios del acuerdo han rechazado el refuerzo del Consejo al optar por la negociación colectiva como vía de aplicación, sin embargo no renuncian a su vinculabilidad jurídica puesto que es de aplicación obligatoria para los firmantes y las organizaciones nacionales afiliadas a ellos<sup>58</sup>.

Atendiendo a este segundo criterio, distinguimos asimismo la eficacia que de la vía de aplicación elegida por los firmantes se deriva: si ésta es la vía reforzada, son conocidos como acuerdos «fuertes» (Gallardo Moya), «vincu-

---

<sup>58</sup> M<sup>a</sup> CRISTINA AGUILAR GONZÁLEZ, «La negociación colectiva en el sistema normativo», *opus* citada, págs. 237-254, y en «La negociación colectiva europea: resultados y perspectivas», en «Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva», Monografías de Temas Laborales, n<sup>o</sup> 42, 2009, pág. 294.

lantes» (Lo Faro) o «normativos» (Dueñas Herrero) porque son dotados de eficacia pública, gracias a la adopción de un acto del Consejo (Directiva) y de una norma interna estatal de recepción del mismo (la falta de aplicabilidad directa de la norma comunitaria exige su transposición a los ordenamientos nacionales); frente a los acuerdos que son aplicados por los interlocutores sociales nacionales, afiliados a los firmantes europeos, a través de sus procedimientos internos, que son considerados «débiles» por ser acuerdos que gozan de eficacia privada y limitada<sup>59</sup>.

Para prever la celebración de posibles acuerdos reglados habrá que estar al Programa legislativo anual de la Comisión Europea, porque nos indicará sobre qué materias se consultará a los interlocutores sociales. Por otro lado, la previsión de celebración de acuerdos libres deriva del Programa de trabajo conjunto de los interlocutores sociales europeos en vigor.

Ambos criterios clasificatorios se mezclan en la conclusión de acuerdos, esto es, al margen de cómo surgió la negociación en origen, esto es, si derivada de una consulta de la Comisión a los interlocutores sociales, o de forma independiente y libre si la negociación

<sup>59</sup> ANTONIO LO FARO, «Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria. La contrattazione collettiva come risorsa dell'ordinamento giuridico comunitario», *opus citada*, pág. 93, distingue la negociación colectiva de implementación o transpositoria (en su momento prevista en el art. 137,4 TCE, ahora 153.4 TFUE), de la que produce normas comunitarias, atrayendo a las partes sociales al ámbito de los procesos decisionales comunitarios (art. 138 TCE, ahora 154 TFUE); en la pág. 9, diferencia la negociación colectiva «irrelevante» para el ordenamiento jurídico comunitario (que desarrolla en las págs. 165 y ss.) y que produce «convenios colectivos puros» al no ser aplicados mediante un acto del Consejo, de la «vinculante» gracias al refuerzo. Con un esquema diseña dos posibles convenios colectivos comunitarios según su origen, voluntario o inducido por la Comisión, y según su aplicación, actuados de forma débil o fuerte, pág. 127.

nace directamente de la apreciación que los interlocutores sociales hacen de las necesidades en política social, la vía de aplicación puede ser una u otra de las dos previstas en el Tratado, convirtiéndose finalmente en acuerdos reforzados o autónomos.

A diferencia de lo antes expuesto, sin embargo si la vía de aplicación de un acuerdo ha sido el refuerzo por un acto del Consejo, la posterior modificación del acuerdo así aplicado, puesto que es intangible para quienes no fueron los negociadores y firmantes del mismo, ha de ser realizada por los mismos interlocutores sociales. Vemos para ello el proceso de revisión de la Directiva que regula los permisos parentales, puesto que es la primera vez que se ha planteado la modificación de una regulación adoptada por negociación colectiva:

La regulación de los permisos parentales se llevó a cabo por acuerdo de 14 de diciembre de 1995. La Comisión consultó en materia de conciliación de la vida profesional y familiar, esto es, se trata de un acuerdo que nace dentro del procedimiento legislativo, un acuerdo reglado. Los firmantes deciden aplicarlo mediante Directiva, y se aprueba la 96/34/CE. Los firmantes europeos deciden revisar el acuerdo tras la consulta de la Comisión, preocupada por el futuro demográfico de Europa. Se otorgan mandatos para negociar a los interlocutores sociales interprofesionales europeos<sup>60</sup>, y celebran el acuerdo el 18 de junio de 2009. Los signatarios piden a la Comisión que se aplique asimismo mediante una norma del Consejo (es la Comisión quién decide qué instrumento vinculante concreto): propuesta de Directiva de julio de 2009 que deroga la anterior y que fue adoptada el 1 de diciembre.

<sup>60</sup> Véase el de la CES, «Seguimiento del análisis conjunto sobre los desafíos del mercado de trabajo – mandato para un acuerdo sobre un mercado de trabajo que favorezca la inserción», Comité ejecutivo, Bruselas 24-25/6/2008; «Mandato de cara a la revisión del acuerdos sobre permiso parental», Comité ejecutivo, Bruselas 24-25/6/2008.



Para convalidar un acuerdo la Comisión ha de comprobar el carácter representativo de los firmantes en el ámbito que regulan, son los interprofesionales, esto es, los mismos sujetos negociadores que en 1995, y si son titulares de un mandato para negociar. Celebró asimismo un control de *legalidad* de las cláusulas del acuerdo, y decidió la aplicación del acuerdo puesto que respeta los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad.

Hoy día podemos afirmar que la práctica ha sido promiscua en la producción de los distintos tipos de acuerdos. A lo que añadimos que los interlocutores sociales no han mostrado «miedo a afrontar» la eficacia controvertida de los por ellos mismos actuados.

Hasta la fecha son cuatro los acuerdos interprofesionales autónomos celebrados y que están siendo aplicados: el relativo al teletrabajo (2002), sobre el estrés en el lugar de trabajo (2004), sobre violencia y acoso en el lugar de trabajo (2007), y el más reciente sobre mercados de trabajo inclusivos (2010).

El acuerdo marco interprofesional autónomo, adoptado el 25 de marzo de 2010, sobre mercados de trabajo inclusivos se celebra en el contexto y en cumplimiento de lo previamente acordado por los interlocutores sociales europeos en su programa de trabajo conjunto para los años 2009-2010. Luego tanto por su origen como por su aplicación va a ser libre o autónomo.

Como vemos esta tipología de acuerdos, los más avanzados por innovadores en cuanto a su eficacia, versan sobre materias como una nueva forma de organización del trabajo, el teletrabajo, tan acorde con las necesidades actuales; sobre los riesgos psicosociales que más afectan a los trabajadores, el estrés laboral y el acoso y la violencia en el trabajo; sobre la protección de la seguridad y salud de los trabajadores; y sobre inclusión social y empleo. Entre las actividades de los interlocutores sociales europeos, en su programa de trabajo en curso, está prevista asimismo la

negociación de un acuerdo marco autónomo sobre aprendizaje permanente<sup>61</sup>.

Asimismo han sido adoptados acuerdos autónomos en ámbitos sectoriales: sobre teletrabajo en el sector de telecomunicaciones y comercio (2001), y en el sector eléctrico y en el de la administración local y regional (2004), sobre la licencia europea para conductores que realizan servicios interoperativos transfronterizos (2004), sobre la reducción de la exposición de los trabajadores al riesgo de trastornos músculo-esqueléticos de origen profesional en la agricultura (2005), sobre la protección de la salud de los trabajadores para la adecuada manipulación y el buen uso de la sílice cristalina y de los productos que la contienen (2006)<sup>62</sup>, y sobre la aplicación de los certificados europeos de peluquería (2009).

En cuanto a acuerdos reforzados, se han celebrado los interprofesionales relativos a los permisos parentales (en 1995 y revisado en junio 2009), sobre el trabajo a tiempo parcial (1997) y sobre contratos de duración determinada (1999).

Recientemente han sido reforzados acuerdos sectoriales relativos a la prevención de las lesiones causadas por instrumentos cortantes y punzantes en el sector hospitalario y sanitario (2010)<sup>63</sup>; y sobre el Convenio sobre el trabajo marítimo (2009)<sup>64</sup>. Con anterioridad han

<sup>61</sup> CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, «Diálogo social en la Unión Europea», *opus citada*, pág. 396-399.

<sup>62</sup> Acuerdo sobre la protección de la salud de los trabajadores para la adecuada manipulación y el buen uso de la sílice cristalina y de los productos que la contienen, DO C 279, de 17/11/2006 (2006/C 279/02).

<sup>63</sup> Directiva 2010/32/UE del Consejo que aplica el Acuerdo marco para la prevención de las lesiones causadas por instrumentos cortantes y punzantes en el sector hospitalario y sanitario celebrado por HOSPEEM y EPSU (10 de mayo de 2010, DOUE L 134/66, de 1/6/2010).

<sup>64</sup> Directiva 2009/13/CE del Consejo por la que se aplica el Acuerdo celebrado entre las Asociaciones de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (ETF)

versado sobre la materia del tiempo de trabajo en sectores como el transporte marítimo (1999) y la aviación civil (2000), y sobre ciertos aspectos de las condiciones de trabajo de los trabajadores móviles que realizan servicios interoperativos transfronterizos (2004).

### 5.3. Eficacia jurídica de los acuerdos

El hecho de que aparezcan diseñados distintos procedimientos de ejecución de los acuerdos comunitarios, los cuales a su vez son tan diversos desde el punto de vista de los sujetos que los protagonizan, hace en principio desechar la idea de un acuerdo colectivo europeo de eficacia directa, que no necesitara de un ulterior desarrollo a otros niveles y por parte de otros sujetos, ya sean colectivos o institucionales<sup>65</sup>.

Podemos afirmar que el principio de autonomía colectiva se ha materializado hasta el extremo de gozar los interlocutores sociales del poder de decisión sobre la forma de aplicación del acuerdo celebrado, poder que se deduce de la redacción del art. 155.2 TFUE. El único límite es que los signatarios habrán de atender al contenido del acuerdo para determinar la vía de aplicación del mismo, de tal modo que si versa sobre alguna materia que excede de la competencia comunitaria no cabe un acto del Consejo que lo refuerce, sin

---

relativo al Convenio sobre el trabajo marítimo 2006, y se modifica la Directiva 1999/63/CE (16 de febrero de 2009, DOUE L 124/30, de 290/5/2009).

<sup>65</sup> ANTONIO OJEDA AVILES, «¿Son meras recomendaciones los acuerdos colectivos europeos?», Relaciones Laborales, nº 17, 1998, pág. 14, y en «Eficacia de los convenios colectivos europeos», en «La negociación colectiva en Europa», Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004, pág. 441. JUANA M. SERRANO GARCÍA, «Los acuerdos colectivos libres ¿han dejado de ser mera voluntad política para disfrutar de vinculabilidad jurídica? El derecho a negociar colectivamente ejercido en el Acuerdo colectivo europeo sobre el teletrabajo», *opus* citada, pág. 201.

que incida sobre la vía de aplicación el origen de las negociaciones que dan lugar al acuerdo, esto es, ya deriven de una consulta de la Comisión o surjan *motu proprio* de los interlocutores sociales.

Es en cada Estado miembro en donde habrá de materializarse la aplicación efectiva del acuerdo: incluso después del recurso al refuerzo mediante una Directiva se sigue necesitando una norma estatal/convenional en el nivel nacional que haga operativo el acuerdo, puesto que sabemos se trata de una norma que genera una obligación de transposición de su contenido a los ordenamientos nacionales. Y está previsto en el Tratado (art. 153.3) el que la intervención estatal pueda consistir en la aplicación final del acuerdo a su vez mediante negociación colectiva: a través de acuerdos transpositivos de su contenido.

Las Directivas de refuerzo se caracterizan por tener una estructura que consiste en un escueto articulado limitado a exponer las reglas básicas de funcionamiento de tal instrumento jurídico obligatorio, esto es, su objeto, que no es otro que la aplicación del acuerdo, el plazo de transposición y las vías de ejecución de la misma, y proclamar que sus destinatarios son los Estados miembros. Es en el anexo en donde aparece el texto del acuerdo, que ofrece la regulación material de la acción de política social adoptada. Asimismo su vigencia es determinada por las partes sociales y no por la Comisión, y son los firmantes quienes participarán en la solución de los conflictos que suponga la interpretación del acuerdo. Son Directivas que responden a la finalidad para la que nacen, la aplicación de un acuerdo que carece de eficacia vinculante directa<sup>66</sup>.

---

<sup>66</sup> MIGUEL RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, «Trabajo a tiempo parcial y Derecho Comunitario», Relaciones Laborales, 15-16 agosto 1998, pág. 67, señala que la Directiva «suministra rango de ley a lo pactado por los agentes sociales europeos». Véase sobre la eficacia de los acuerdos así aplicados M<sup>a</sup> CRISTINA AGUILAR GONZÁLVEZ, «La negociación colectiva en el sistema normativo», *opus* citada, págs. 234-237.

De otro lado, en relación a la aplicación de los acuerdos «según los procedimientos y prácticas propios de los interlocutores sociales y de los Estados miembros», la Declaración 27 del Tratado de Ámsterdam aclaró que los acuerdos autónomos no vinculan a los Estados miembros directamente, sino que habrán de ser desarrollados internamente por el sistema de negociación colectiva nacional, lo que a su vez plantea la duda acerca de cómo afecta la heterogeneidad de dichos sistemas nacionales a la puesta en práctica de los acuerdos y a la eficacia de lo negociado<sup>67</sup>.

Ya tenemos al respecto resultados prácticos, puesto que del informe de seguimiento de la aplicación del acuerdo europeo sobre el teletrabajo se desprende, como era de esperar, la heterogeneidad en el instrumento de aplicación del mismo en cada Estado miembro, habiendo sido aplicado básicamente mediante acuerdos colectivos generales que formulan directrices para los negociadores de niveles inferiores (sectorial y de empresa), convenios colectivos nacionales o sectoriales, y códigos de conducta. En la fecha en que se adoptó el informe, 11 de octubre de 2006, el acuerdo había sido aplicado por la mayoría de los Estados miembros, y los nue-

<sup>67</sup> Véanse distintas opiniones en ROSARIO GALLARDO MOYA, «La metamorfosis de la negociación colectiva europea», RL nº 18, 2008, págs. 81-83, y JESÚS LAHERA FORTÉZA, «La negociación colectiva no es fuente de derecho en el ordenamiento laboral español», RL, nº 1, 2008, pág. 23, que afirma que no es fuente del Derecho Comunitario (por eso no es mencionado en el art. 249 TCE), sino que sólo genera fuerza obligacional en los agentes sociales. Por su parte, M<sup>a</sup> LUZ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (directora), «La negociación colectiva europea», Consejo General del poder judicial, 2005, pág. 51, se refiere a que los Estados miembros no están obligados a elaborar normas de transposición de estos acuerdos libres. En cuanto a «la difícil interacción de los sistemas nacionales de negociación colectiva», véase FRANCISCO PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, «Aporías de la negociación colectiva europea», *opus citada*, págs. 237 y ss. Asimismo afirma que no son Derecho interno de los países miembros.

vos Estados se habían planteado cómo aplicarlo<sup>68</sup>.

Su eficacia vinculante se limita por tanto a las organizaciones nacionales afiliadas a los firmantes europeos, entre las que se encuentran los sindicatos/asociaciones empresariales más representativos en la mayoría de los Estados miembros. Parte de la doctrina considera sin embargo que su valor no podría ser otro que el de una recomendación a las partes sociales nacionales, que la harán o no vinculante mediante su tratamiento en la negociación colectiva de cada Estado miembro, de acuerdo con su legislación, o mediante la firma de otros acuerdos al mismo nivel que perfilen lo necesario para su puesta en práctica y refuercen de este modo, tan distinto al recurso a una norma del Consejo, su eficacia<sup>69</sup>.

Sin embargo de la redacción del Tratado («la aplicación de los acuerdos se realizará...», art. 155 TFUE), así como del principio *pacta sunt servanda* que rige en el Derecho Civil privado de los Estados miembros de la UE, se desprende el compromiso obligatorio en la actuación del acuerdo.

A ello se añade el que son relaciones endo-asociativas las que generan la eficacia vinculante del acuerdo para los interlocutores sociales nacionales afiliados a los firmantes europeos, y en la aplicación del mismo las

<sup>68</sup> Véase COMISIÓN EUROPEA, Working paper «Report on the implementation of the European social partners' Framework Agreement on Telework», SEC (2008) 2178, Bruselas 2.7.2008.

<sup>69</sup> Le atribuyen el valor de una recomendación: ANTONIO LO FARO, «Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria. La contrattazione collettiva come risorsa dell'ordinamento giuridico comunitario», *opus citada*, pág. 167; TOMÁS SALA FRANCO, «La negociación colectiva en el marco europeo comunitario y el ordenamiento español», en AA.VV., «La contrattazione collettiva europea. Profili giuridici ed economici», Franco Angeli, 2001, pág. 98, y MÓNICA MOLINA GARCÍA, «La negociación colectiva europea: entre el acuerdo colectivo y la norma negociada», *opus citada*, pág. 156.

organizaciones nacionales contarán con la asistencia de aquéllas<sup>70</sup>.

Del mismo modo que la Directiva da un plazo de transposición, el acuerdo europeo contiene un plazo de tres años para su aplicación, porque ambos tipos de acuerdos tienen en común que no gozan de eficacia directa. Mientras que los acuerdos autónomos funcionan como negociación colectiva sustitutoria, son los propios interlocutores sociales quienes controlarán el contenido de lo regulado y su aplicación, debiendo la Comisión no activar su poder de iniciativa legislativa si observara el no seguimiento de lo regulado, puesto que habrán de ser los propios firmantes quienes, según los resultados de los informes de control que efectúan y en ocasiones con la participación del comité de diálogo social, lo renegocien o tomen medidas que lleven al cumplimiento.

No cabe duda que no es comparable la eficacia de un acuerdo autónomo y de otro reforzado; pero esta diferenciación puede servir para a su vez plasmar las distintas necesidades de regulación en atención a las materias y objetivos a conseguir.

Aunque se atribuya a los acuerdos autónomos una eficacia limitada, obligacional e incierta<sup>71</sup>, la relevancia de las medidas de *soft law*, siempre que sean analizadas desde otro prisma distinto al de los acuerdos reforzados, es cada vez más palpable. Del mismo modo, no hace falta una aplicación homogénea de los acuerdos en todos los Estados miembros;

lo necesario es que los acuerdos regulen y sean operativos en la práctica.

La crítica a este tipo de acuerdos se centra además en la ausencia de controles sobre su aplicación y del poder de sancionar en su caso. Ambas actuaciones sólo pueden realizarlas los autores del acuerdo, sus artífices, tal y como ordena el principio de autonomía colectiva que les sirve de fundamento. Por ello el primer paso habrá de consistir en una ardua labor de fortalecimiento de las relaciones internas de los sujetos sociales que redundará en la exigencia del cumplimiento de lo pactado y en su papel de protagonistas en la regulación de las relaciones laborales<sup>72</sup>. Por su parte las autoridades nacionales únicamente podrían colaborar en la difusión del contenido de estos acuerdos y promocionar las medidas que diseñen los agentes sociales para su aplicación.

En España el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva (AINC) en el 2003, prorrogado para el año 2004, dedicó un capítulo al teletrabajo (VII) e incluyó el acuerdo marco europeo como anexo; del mismo modo procedió el AINC de 2005 en relación al acuerdo europeo sobre el estrés en el lugar de trabajo, y el AINC 2008 en relación al que regula en el ámbito europeo la violencia y acoso en el lugar de trabajo. La dinámica consiste en que las organizaciones firmantes del AINC, las más representativas a nivel estatal, se limitan a manifestar que consideran necesaria su difusión en la sociedad, se comprometen a ello y a promover la adapta-

<sup>70</sup> COMISIÓN EUROPEA, Working paper «Report on the implementation of the European social partners' Framework Agreement on Telework», *opus citada*, pág. 8, dentro del punto relativo a la «responsabilidad de su aplicación».

<sup>71</sup> ANTONIO OJEDA AVILÉS, «Convergencia descendente y aplicación de los acuerdos colectivos europeos», *opus citada*, págs. 53-59. De forma extensa sobre la eficacia de esta vía de aplicación, M<sup>a</sup> CRISTINA AGUILAR GONZÁLVIZ, «La negociación colectiva en el sistema normativo», *opus citada*, págs. 244-254.

<sup>72</sup> ROSARIO GALLARDO MOYA, «La metamorfosis de la negociación colectiva europea», *opus citada*, pág. 83. JESÚS LAHERA FORTEZA, «La negociación colectiva no es fuente de derecho en el ordenamiento laboral español», *opus citada*, pág. 23. Expone entre los problemas que genera el método abierto de coordinación (MAC), EDURNE TERRADILLOS ORMAETXEA, «La modernización del derecho laboral en Europa a través del MAC. ¿La emergencia de otro modelo social europeo?», en «Estudios sobre la estrategia europea de la flexiseguridad: una aproximación crítica», JUAN PABLO LANDA ZAPIRAÍN (coordinador), Bomarzo - Colección Estudios, 2009, págs. 65-68.

ción y desarrollo de su contenido en nuestro país, para impulsar de una manera adecuada la utilización del teletrabajo y la prevención del estrés laboral y de la violencia. Su actuación consiste por tanto en invitar a los negociadores a nivel estatal a que lo pongan en práctica<sup>73</sup>.

Se ha optado para la aplicación por un acuerdo de eficacia obligacional y limitada que carece de eficacia directa, en vez de haber recurrido a un acuerdo interprofesional sobre materia concreta de los previstos en el art. 83.3 ET, que lo habría dotado de eficacia normativa general y que podría haber sido celebrado por los mismos firmantes españoles (CEOE-CEPYME integradas en *BusinessEurope*-UEAPME, CC.OO. y UGT integradas en CES-EUROCADRES, y la Confederación de Cuadros y Profesionales integrada en CEC). Tal y como vienen siendo trasladados a la esfera nacional, la aplicación del acuerdo europeo queda en suspenso hasta su plasma-

<sup>73</sup> Véase sobre la aplicación en nuestro país del acuerdo sobre el teletrabajo, JUANA M. SERRANO GARCÍA, «Los acuerdos colectivos libres ¿han dejado de ser mera voluntad política para disfrutar de vinculabilidad jurídica? El derecho a negociar colectivamente ejercido en el Acuerdo colectivo europeo sobre el teletrabajo», *opus* citada, págs. 205-206, y en «La negociación colectiva europea y los acuerdos libres: la vinculabilidad del Acuerdo Europeo sobre el Teletrabajo», *Revista de Política Social*, nº 19, 2002, págs. 111-115; LOURDES MELLA MÉNDEZ, «Comentario general al Acuerdo Marco sobre el teletrabajo», *Relaciones Laborales*, tomo I, 2003, pág. 25; y ÁLVARO HERNANDO DE LARRAMENDI, «Notas sobre la aplicación en España del Acuerdo Marco europeo sobre teletrabajo», *Relaciones Laborales*, nº 21, 2003, págs. 86-87. En España los tres acuerdos interprofesionales celebrados han iniciado su aplicación mediante su incorporación al Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva del siguiente año (AINC 2003, Resolución de 30 de enero, prorrogado para el año 2004 por la Resolución de 23 de diciembre de 2003, BOE nº 313, 31/12/2003; AINC 2005, Resolución de 7 de marzo de 2005, BOE nº 64, de 16 de marzo, Capítulo VII sobre seguridad y salud en el trabajo y anexo; AINC 2008, Resolución de 21 de diciembre de 2007, BOE nº 12, de 14 de enero); resta que la negociación colectiva celebrada en niveles inferiores lo apliquen.

ción en los convenios colectivos que negocien las organizaciones nacionales afiliadas a las firmantes, por lo que no puede entenderse aplicado por completo hasta que el acuerdo no sea exigible.

## 6. PERSPECTIVAS DE FUTURO

Si volvemos por un momento al contexto legislativo de principios de los noventa, habiendo entonces transcurrido cuarenta años desde la creación de las Comunidades Europeas el mercado único existía, pero los aspectos sociales no se habían desarrollado como consecuencia del funcionamiento del mismo, tal y como se previó, ni debido a la situación de paralización legislativa en el ámbito comunitario. Es por ello que, para conseguir la integración entre la dimensión social y la económica en el mercado único y en la búsqueda de posibles alternativas al método tradicional de armonización legislativa, se abrió la puerta a los sujetos sociales, quienes a través de sus acuerdos reforzarían la dimensión social.

Frente a este planteamiento positivo en relación a la participación de los interlocutores sociales con sus métodos de diálogo, se vislumbran asimismo las desventajas que puede acarrear para la política social un mecanismo que depende de si los dialogantes tienen vocación de aproximar sus opiniones, y si se condicionase la evolución legislativa a la conclusión de acuerdos fruto del diálogo social. El efecto puede no ser el deseado si se deja al carácter dinámico o no que adquiera cada proceso de diálogo; habrá que estar al talante que demuestren los partícipes, así como a la disposición a recibir sus resultados por parte del poder público comunitario: conectamos de nuevo con los citados presupuestos para el uso del diálogo social como herramienta eficaz. El problema consistiría en subordinar al desarrollo de un fructífero diálogo social la aprobación de normativa social comunitaria, así como el considerar el

diálogo social limitado a la preparación de la actividad normativa comunitaria sin potenciar el resultado negociación colectiva como fuente autónoma del derecho<sup>74</sup>.

Aprovechando que el Tratado de Lisboa ha incluido un artículo dedicado al diálogo social, su ubicación podría haber conducido a sistematizar un apartado dentro del título de política social en el que el fundamento constitucional de la negociación colectiva hubiera quedado más definido *per se*, en cuanto derecho fundamental que a la vez hace vinculante, sin tener que recurrir a principios que están en su base<sup>75</sup>.

De las consultas que la Comisión Europea está obligada a realizar a los interlocutores sociales antes de iniciar un procedimiento legislativo pueden derivar acuerdos reforzados o acuerdos autónomos; pero parece claro que si los interlocutores sociales se embarcan en negociaciones que no llegan a término o aquéllos se manifiestan en sentido contrario a regular, la Comisión puede retomar su iniciativa y evitar la desregulación sobre una materia que, como mínimo a sus ojos, está necesitada de normativa.

Del mismo modo que sucede con el diálogo social como instrumento de regulación comu-

nitaria, el principio de subsidiariedad puede ser invocado para frenar el desarrollo de la política social comunitaria «en sentido horizontal»: ejemplos se han producido siempre que ha habido un rechazo por parte de la antes UNICE a negociar, como sucedió en el momento en que se planteó regular la información y consulta de los trabajadores a nivel nacional, argumentando que bajo el principio de subsidiariedad ha de ser regulada a nivel de los Estados miembros, por lo que será la Comisión quien redacte una propuesta de Directiva.

Por otra parte, la Comisión Europea ha puesto de manifiesto que, entre las tareas de mejora que corresponden a los interlocutores sociales, se encuentra el responder de forma más efectiva al aumento de peticiones que de su participación activa en los procesos legislativos y de consulta se hacen, para lo que se requiere la coordinación con sus miembros y la producción de resultados relevantes y a tiempo.

Otro aspecto lo constituyen las negociaciones en el nivel sectorial, puesto que la Comisión Europea considera que no han dado de sí aún todos los frutos que potencialmente podrían, por lo que la llamada se hace extensiva a todos los agentes sociales de los distintos sectores una vez que los comités de diálogo social sectorial han demostrado su capacidad para contribuir a la mejora de las condiciones de trabajo en Europa y en la lucha contra el desempleo, muy relevante para trabajar en el marco de la estrategia de Europa 2020<sup>76</sup>.

Volviendo a la negociación colectiva autónoma, se ha llegado a afirmar que la escasa regulación jurídica existente a nivel comunitario (tan solo a su previsión en el Tratado) acerca de esta vía de aplicación de los acuerdos, lo que consigue es hacerlos «inactua-

<sup>74</sup> En este sentido JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ, «Concertación y diálogo social», *opus* citada, págs. 128-130: «el diálogo social previo paradójicamente puede entrañar el riesgo de ser más un freno que un motor que impulse el avance de la regulación social comunitaria». Asimismo M<sup>a</sup> DEL MAR RUIZ CASTILLO, «El diálogo social en el ámbito de la Unión Europea», *opus* citada, pág. 716. En contra, FRANCISCO PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, «El derecho social comunitario en el Tratado de la Unión Europea», *Civitas estudios de Derecho Laboral*, 1994, pág. 57, y MTAS, «El futuro del diálogo social», *Boletín de Información sociolaboral internacional*, nº 83, 2002, pág. 102, en donde se afirma que el proceso de negociación de nueve meses agiliza el procedimiento legislativo.

<sup>75</sup> JOSÉ M<sup>a</sup> MIRANDA BOTO, «Las competencias de la Comunidad Europea en materia social», *opus* citada, pág. 296, hubiera creado un capítulo II con el contenido de los artículos 152,154 y 155 TFUE.

<sup>76</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Social Agenda*, *opus* citada, pág. 25.

bles»; sin embargo los resultados producidos han revelado que prevalece la consideración que hacían los propios interlocutores sociales en su propuesta relativa a la aplicación del APS acerca de que será la práctica la que irá aclarando las dificultades que se planteen en los supuestos negociadores que se inicien, porque precisamente hace falta que se activen los procesos negociadores para estimar qué necesitan<sup>77</sup>.

La CES llegó a proponer en 1999 a la entonces UNICE y a CEEP la celebración de un acuerdo que establezca un marco de negociaciones autónomas a nivel europeo, que desarrolle un sistema europeo de relaciones laborales basado en la independencia de los interlocutores sociales. Asimismo la Comisión ha manifestado la importancia de que sean los propios sujetos sociales quienes establezcan un marco de acción coherente y global, en lugar de limitarse a reaccionar positiva o negativamente ante cada iniciativa legislativa que se presente<sup>78</sup>. La propuesta evolucionó en el sentido de una Directiva que regule el marco europeo de un sistema

<sup>77</sup> ANTONIO BAYLOS GRAU, «La contrattazione collettiva dal punto di vista degli ordinamenti nazionali», en «La contrattazione collettiva in Europa», de ANTONIO LETTIERI y UMBERTO ROMAGNOLI, Ediesse, 1998, págs. 66-67, señala que son el resultado de un tipo de negociación colectiva que «revela una cierta vitalidad», porque pese a encontrarse con los mismos obstáculos que los demás tipos de acuerdos, no hace que las partes sociales consideren estas experiencias de negociación colectiva impracticables....

<sup>78</sup> CES, «Towards an European system of industrial relations», 9<sup>th</sup> Congress, [www.etuc.org](http://www.etuc.org); versión española «Hacia un sistema europeo de relaciones industriales. Resolución específica» en [www.unicz.it/lavoro/CES\\_IX.htm](http://www.unicz.it/lavoro/CES_IX.htm), págs. 1-6, 1999, pág. 8. CES, «Programa de Acción. 10<sup>o</sup> Congreso Estatutario CES», 26-29/05/2003, versión final, [www.etuc.org](http://www.etuc.org), pág. 19, punto 12: La CES se compromete a preparar las bases para la firma de un acuerdo de los interlocutores sociales que establezca el marco para las negociaciones autónomas a nivel europeo, incluyendo las cuestiones relacionadas con la mediación y conciliación. COMISIÓN EUROPEA, Comunicación sobre «Modernizar la organización del trabajo. Un planteamiento positivo del cambio», *opus citada*.

«voluntario» de negociación colectiva, pero los empresarios no se han mostrado partidarios, más la complicación añadida de la exigencia de unanimidad en el Consejo al versar sobre derechos colectivos de los trabajadores [art. 153,1, f) TFUE]. En todo caso, en coherencia con el derecho a la autonomía colectiva, el sistema europeo de negociación colectiva debe ser diseñado por los propios interlocutores sociales. A las instituciones comunitarias les corresponde tan solo promocionar este otro sistema de producción normativa y de medidas de *soft law*.

Ante las críticas acerca de la imposibilidad de regular en el ámbito comunitario un sistema que es proyección de un derecho excluido de la competencia comunitaria en el art. 153.5 TFUE<sup>79</sup>, si analizamos qué componentes faltarían para la regulación de dicho marco jurídico, ya sabemos que desde el Tratado de Lisboa se dispone de un catálogo de derechos fundamentales que incluye el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva en el nivel europeo. En cuanto a los problemas de representatividad y mandato de los interlocutores sociales europeos, se cuenta con un pronunciamiento del TJCE y no se han planteado más casos; por lo que respecta al mandato para negociar, son accesibles documentos en los que leemos cómo se funciona en las relaciones entre las organizaciones europeas y sus afiliados en la práctica, y ello asimismo no ha generado conflictos. Por otra parte, los acuerdos se están aplicando en los Estados miembros, con menor o mayor intensidad, de forma más rápida o más lenta. Y tanto la Comisión como los propios firmantes están de acuerdo en la necesidad de hacer un seguimiento de su ejecución y en quiénes pueden hacerlo, quiénes han de controlar e incluso sancionar la no aplicación del acuerdo en los términos negociados.

<sup>79</sup> Véase la interpretación que de la exclusión hace JOSÉ M<sup>o</sup> MIRANDA BOTO, «Las competencias de la Comunidad Europea en materia social», *opus citada*, pág. 305.

Pero... ¿hasta dónde se quiere llegar?: La práctica ha demostrado sobradamente que basta un reconocimiento a nivel constitucional de la negociación colectiva, aun cuando sólo como medio de regulación, para que se concluyan acuerdos que están siendo de aplicación; el reconocimiento incondicionado y extenso de la autonomía colectiva y de la libertad sindical en el ámbito comunitario ha sido considerado un *prius* necesario para el desarrollo del sistema de negociación colectiva comunitaria puesto que es el fundamento imprescindible de toda negociación, y ya existe en la Carta de los derechos fundamentales de la UE<sup>80</sup>, por lo que los interlocutores sociales son sujetos legitimados para regular las relaciones laborales en las que participan, y la negociación colectiva se convierte en vía alternativa de producción de normas jurídicas, y no sólo en vía complementaria.

Parece que falta la voluntad de regular, de institucionalizar más el diálogo social. Los

---

<sup>80</sup> Sobre la precedencia sistemática y lógica del derecho de asociación en relación al de negociación colectiva se pronuncia SILVANA SCIARRA, «Diritti sociali fondamentali», *Dizionario di Diritto Comunitario*, Monduzzi editore, 1996, pág. 84. En su artículo «La libertad sindical en la Europa social», *opus citada*, pág. 300, confirma la esencialidad de su constitucionalización a nivel supranacional. Sobre la situación en el derecho interno de los diversos Estados miembros, en contraste con la existente en el ámbito comunitario, véase JESÚS CRUZ VILLALÓN, «La progresiva incorporación de los derechos fundamentales en el acervo normativo comunitario», *Temas Laborales*, nº 59, 2001, pág. 1. Por su parte UMBERTO ROMAGNOLI, «La libertad sindical, hoy», *opus citada*, pág. 10, destaca cómo en todo Estado democrático la libertad sindical no puede faltar en su Carta de derechos fundamentales. En este sentido ANTONIO LO FARO, «Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria. La contrattazione collettiva come risorsa dell'ordinamento giuridico comunitario», *opus citada*, pág. 4. Afirma también en «The Social Manifesto: demystifying the spectre haunting Europe», *European Law Journal*, vol. 3, 3, 1997, que caso contrario el diálogo social europeo no se desarrollará más allá de una mera técnica de regulación. La constitución social europea propuesta en el Manifiesto es un prerequisite.

artículos 152, 154 y 155 TFUE configuran un escueto marco jurídico para la negociación colectiva, pero suficiente. Como no puede ser de otra manera, son los propios interlocutores sociales quienes, desde su libertad sindical o el correlativo derecho de asociacionismo empresarial, habrán de determinar los objetivos que pretenden alcanzar, porque el derecho de libertad sindical implica su autogobierno interno. Han demostrado proceder en el sentido de regular lo que entienden necesario para su funcionamiento, como supone la adopción de Programas de trabajo conjunto para períodos determinados, por lo que deducimos que no encuentran la necesidad de configurar un marco jurídico para la negociación colectiva: la indefinición jurídica como ventaja. Prefieren gozar de libertad para hacer y deshacer según las necesidades del momento. Cuando lo estimen oportuno, regularán... o cuando lo estime oportuno la Comisión Europea.

A pesar del reconocimiento tardío del significado profundo, trascendente e innovador que algunos de los resultados más elaborados del diálogo social tiene, de acuerdo con la Comisión Europea, «el diálogo social a nivel europeo es esencial para facilitar los cambios»<sup>81</sup>, y asimismo de acuerdo con la Confederación Europea de Sindicatos, «el diálogo social es piedra angular del modelo social europeo»<sup>82</sup>, por lo que en respuesta a la pregunta inicial formulada, el diálogo social es una herramienta del presente y para el futuro.

---

<sup>81</sup> COMISIÓN EUROPEA, «Agenda Social Renovada: Oportunidades, acceso y solidaridad en la Europa del siglo XXI», COM (2008) 412 final, Bruselas, 2/7/2008, págs. 9 y 18.

<sup>82</sup> On the occasion of the meeting of the Committee for Social Dialogue on European and International Issues (CDSEI), in Paris on 19 June 2008, the European Trade Union Confederation (ETUC), [www.etuc.org](http://www.etuc.org).



## 7. BIBLIOGRAFÍA, NORMATIVA, DOCUMENTOS DE INTERÉS Y ENLACES

### 7.1. Bibliografía

- M<sup>a</sup> CRISTINA AGUILAR GONZÁLVEZ, «La negociación colectiva en el sistema normativo», *Lex Nova*, 2006.
- , «La negociación colectiva europea: resultados y perspectivas», en «Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva», *Monografías de Temas Laborales*, n<sup>o</sup> 42, 2009.
- ANTONIO BAYLOS GRAU, «La contrattazione collettiva dal punto di vista degli ordinamenti nazionali», en «La contrattazione collettiva in Europa», de ANTONIO LETTIERI y UMBERTO ROMAGNOLI, Ediesse, 1998.
- , «La autonomía colectiva en el Derecho Social Comunitario», en «La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva», bajo su coordinación, Editorial Bomarzo, 2004.
- ALESANDRO BELLAVISTA, «Contrattazione collettiva europea e rappresentatività cumulativa sufficiente», *Diritto delle relazioni industriali*, n<sup>o</sup> 3, 1999.
- LAMMY BETTEN, «The democratic deficit of participatory democracy in Community Social Policy», *European Law Review*, n<sup>o</sup> 1, 1998.
- M<sup>a</sup> EMILIA CASAS BAAMONDE, «La negociación colectiva europea como institución democrática (y sobre la representatividad de los interlocutores sociales europeos)», *Relaciones Laborales*, 21 noviembre 1998.
- , «Nuevas tendencias de la negociación colectiva de la Unión Europea», *Estudios e informes de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos*, junio 1998.
- , «Doble principio de subsidiariedad y competencias comunitarias en el ámbito social», *Relaciones Laborales*, tomo I, 1993.
- JESÚS CRUZ VILLALÓN, «Los sujetos y los escenarios de la negociación colectiva: de las unidades clásicas a los nuevos ámbitos convencionales», *MTAS*, 2001.
- , «La progresiva incorporación de los derechos fundamentales en el acervo normativo comunitario», *Temas Laborales*, n<sup>o</sup> 59, 2001.
- LAURENTINO DUEÑAS HERRERO, «Los interlocutores sociales europeos», *Tirant lo Blanch*, 2002.
- ROSARIO GALLARDO MOYA, «La metamorfosis de la negociación colectiva europea», *RL*, n<sup>o</sup> 18, 2008.
- GINO GIUGNI, «Introducción al estudio de la autonomía colectiva», Editorial Comares, 2004.
- MARIO GRANDI, «Le parti sociali e l'autonomia contrattuale di fronte all'unione economica e monetaria», *Lavoro e Diritto*, VII, n<sup>o</sup> 3, 1993.
- , «La contrattazione collettiva europea: aspetti giuridici», en «La contrattazione collettiva europea. Profili giuridici ed economici», FrancoAngeli, 2001.
- FAUSTA GUARRIELLO, «Ordinamento comunitario e autonomia collettiva: il dialogo sociale», FrancoAngeli, 1994.
- ÁLVARO HERNANDO DE LARRAMENDI, «Notas sobre la aplicación en España del Acuerdo Marco europeo sobre teletrabajo», *Relaciones Laborales*, n<sup>o</sup> 21, 2003.
- JESÚS LAHERA FORTEZA, «La negociación colectiva no es fuente de derecho en el ordenamiento laboral español», *RL*, n<sup>o</sup> 1, 2008.
- ANTONIO LO FARO, «Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria. La contrattazione collettiva come risorsa dell'ordinamento giuridico comunitario», *Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, Università di Catania, Nuova Serie*, n<sup>o</sup> 167, Giuffrè Editore, 1999.
- , «Maastricht ed oltre. Le prospettive sociali dell'Europa comunitaria tra resistenze politiche limiti giuridici ed incertezze istituzionali», *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 1, 1993.
- LOURDES MELLA MÉNDEZ, «Comentario general al Acuerdo Marco sobre el teletrabajo», *Relaciones Laborales*, tomo I, 2003.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, «El futuro del diálogo social», *Boletín de Información sociolaboral internacional*, n<sup>o</sup> 83, 2002.
- JOSÉ M<sup>a</sup> MIRANDA BOTO, «Las competencias de la Comunidad Europea en materia social», *Aranzadi*, 2009.
- , «El principio de subsidiariedad en el ordenamiento comunitario y sus aplicaciones en materia social», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n<sup>o</sup> 47, 2003.

- MÓNICA MOLINA GARCÍA, «La negociación colectiva europea: entre el acuerdo colectivo y la norma negociada», *Tirant lo Blanch «colección laboral»*, n° 130, 2002.
- JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ, «Concertación y diálogo social», Editorial Lex Nova, 1999.
- FEDERICO NAVARRO NIETO, «La negociación colectiva en el Derecho Comunitario del Trabajo», *Civitas*, n° 102, 2000.
- ALAN C. NEAL, «We love you social dialogue – but who exactly are you?», en «La contrattazione collettiva europea. Profili giuridici ed economici», FrancoAngeli, 2001.
- ANTONIO OJEDA AVILÉS, «Subsidiariedad y competencias concurrentes en el Derecho Social Comunitario», *Relaciones Laborales*, tomo 1994-I.
- , «Compendio de Derecho Sindical», Tecnos, 1998.
- , «¿Son meras recomendaciones los acuerdos colectivos europeos?», *Relaciones Laborales*, n° 17, 1998
- , «Eficacia de los convenios colectivos europeos», en «La negociación colectiva en Europa», Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004.
- , «Convergencia descendente y aplicación de los acuerdos colectivos europeos», *Relaciones Laborales*, n° 23-24, 2009.
- FRANCISCO PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, «El derecho social comunitario en el Tratado de la Unión Europea», *Civitas estudios de Derecho Laboral*, 1994.
- , «Aporías de la negociación colectiva europea», *RMTAS*, n° 68, 2007.
- M<sup>a</sup> LUZ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (directora), «La negociación colectiva europea», Consejo General del poder judicial, 2005.
- MIGUEL RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, «Trabajo a tiempo parcial y Derecho Comunitario», *Relaciones Laborales* n.º 15-16, agosto 1998.
- UMBERTO ROMAGNOLI, «I profili istituzionale della contrattazione collettiva europea», en «La contrattazione collettiva in Europa», de Antonio Lettieri y Umberto Romagnoli, Ediesse, 1998.
- , «La libertad sindical, hoy», *Revista de Derecho Social*, n°14, 2001.
- M<sup>a</sup> DEL MAR RUIZ CASTILLO, «El diálogo social en el ámbito de la Unión Europea», *Civitas*, n° 85, 1997.
- TOMÁS SALA FRANCO, «La negociación colectiva en el marco europeo comunitario y el ordenamiento español», en AA.VV., «La contrattazione collettiva europea. Profili giuridici ed economici», FrancoAngeli, 2001.
- MARLENE SCHMIDT, «Representativity- A claim not satisfied: The social partners' role in the EC Law-Making Procedure for Social Policy», *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, n° 3, 1999.
- SILVANA SCIARRA, «La libertad sindical en la Europa social», *Relaciones Laborales*, tomo I, 1992.
- , «European Social Policy and Labour Law. Challenges and perspectives», en «Collected Courses of the Academy of European Law», Vol. IV, libro I. Academy of European Law, 1995.
- , «Diritti sociali fondamentali», *Dizionario di Diritto Comunitario*, Monduzzi editore, 1996.
- JUANA M<sup>a</sup> SERRANO GARCIA, «La negociación colectiva europea y los acuerdos libres: la vinculabilidad del Acuerdo Europeo sobre el Teletrabajo», en «La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva», ANTONIO BAYLOS GRAU (coordinador), Editorial Bomarzo, 2004.
- , «Los acuerdos colectivos libres ¿han dejado de ser mera voluntad política para disfrutar de vinculabilidad jurídica? El derecho a negociar colectivamente ejercido en el Acuerdo colectivo europeo sobre el teletrabajo», *Revista de Política Social*, n° 19, 2002.
- JEAN MICHAEL SERVAIS, «El complicado equilibrio de la promoción del crecimiento, el empleo y la competitividad con la defensa del Estado social», en «Estudios sobre la estrategia europea de la flexiseguridad: una aproximación crítica», JUAN PABLO LANDA ZAPIRAÍN (coordinador), Bomarzo - Colección Estudios, 2009.
- EDURNE TERRADILLOS ORMAETXEA, «La modernización del derecho laboral en Europa a través del MAC. ¿La emergencia de otro modelo social europeo?», en «Estudios sobre la estrategia europea de la flexiseguridad: una aproximación crítica», JUAN PABLO LANDA ZAPIRAÍN (coordinador), Bomarzo - Colección Estudios, 2009.

- MICHELE TIRABOSCHI, «Glacing at the past: An agreement for the markets of the XXIst century», *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 15/2, 1999.
- TIZIANO TREU, «Sviluppare la competitività e la giustizia sociale: le relazioni tra istituzioni e parti sociali», *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 4-1998.
- , «European collective bargaining levels and the competences of the social partners», en «European Community Labour Law. Principles and perspectives», AA.VV. (DAVIES, LYON-CAEN, SCIARRA, SIMITIS), Clarendon Press, Oxford, 1996.
- FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ, «La Europa social: debates y embates», *Relaciones Laborales*, n° 23-24, 2009.
- BRUNO VENEZIANI, «Dal dialogo sociale alla contrattazione collettiva nella fase della trasformazione istituzionale dell'Unione Europea», *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, Ediesse, n° 2, 1998.
- , «La Constitución europea: entre Erasmo de Róterdam y los iconos de la solidaridad», en «La Constitución Europea y las relaciones laborales», ROSA QUESADA (coordinadora), Monografías de Temas Laborales n° 18, CARL, 2004.
- MANFRED WEISS, «Social dialogue and collective bargaining in the framework of social Europe», en SPYROPOULOS y FRAGNIERE, «Work and social policies in the new Europe», European University Press, 1991.
- GAETANO ZILIO GRANDI, «Parti sociali e contratto collettivo nell'Unione Europea», Giappichelli Editore, 1998.
- VV.AA., HOLM-DETLEV KÖHLER y SERGIO GONZÁLEZ BEGEGA, «El diálogo social europeo. De la macroconcertación comunitaria a la negociación colectiva transnacional», *RMTAS* n° 72, 2008.
- , «Diálogo social y negociación colectiva a escala sectorial en la Unión Europea. Limitaciones y perspectivas», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 25, n° 2, 2007.
- VV.AA., «El ordenamiento laboral comunitario», JESÚS CRUZ VILLALÓN, MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ, M<sup>ra</sup> CRISTINA AGUILAR GONZÁLEZ y EMILIA CASTELLANO BURGUILLO, en «La Constitución Europea y las relaciones laborales», ROSA QUESADA (coordinadora), Monografías de Temas Laborales n° 18, 2004.
- VV.AA. BERNARD GERNIGNON, ALBERTO ODERO y HORACIO GUIDO, «Principios de la OIT sobre la negociación colectiva», *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 119, n° 1, 2000.

## 7.2. Normativa

Versión consolidada del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, DOUE C 83/47, de 30/3/2010.

Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea, DOUE C 83/19, de 30/3/2010.

Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, (2010/C 83/02), DOUE C 83/389, de 30/3/2010.

Declaración relativa a la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, DOUE C/83/19, de 30/3/2010.

Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, DOUE C 306/150, de 17/12/2007.

Declaración n° 23 relativa al futuro de la Unión Europea, anexa al Tratado de Niza, Diario Oficial n° C 80 de 10 marzo 2001.

Convención Europea, «Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa», CONV 850/03, 18 de julio de 2003, publicado en DOUE C n° 169.

Consejo, Decisión por la que se crea la Cumbre Social Tripartita para el crecimiento y el empleo, 6 de marzo de 2003, DOUE n° L 070, de 14/3/2003, págs. 31-33.

Directiva 2010/32/UE del Consejo que aplica el Acuerdo marco para la prevención de las lesiones causadas por instrumentos cortantes y punzantes en el sector hospitalario y sanitario celebrado por HOSPEEM y EPSU (10 de mayo de 2010, DOUE L 134/66, de 1/6/2010).

Directiva 2009/13/CE del Consejo por la que se aplica el Acuerdo celebrado entre las Asociaciones de Armadores de la Comunidad Europea

(ECSA) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (ETF) relativo al Convenios sobre el trabajo marítimo 2006, y se modifica la Directiva 1999/63/CE (16 de febrero de 2009, DOUE L 124/30, de 290/5/2009).

Decisión de la Comisión de 20 de mayo de 1998 relativa a la creación de Comités de diálogo sectorial para promover el diálogo entre los interlocutores sociales a escala europea, DOCE L 225 de 12/08/1998 p. 0027- 0028.

Decisión del Consejo de 9 de marzo de 1999 por la que se reforma el Comité permanente del empleo y se deroga la Decisión 70/532/CEE, Diario Oficial L 72 de 18/03/1999.

Acuerdo marco europeo interprofesional sobre el teletrabajo, celebrado por CES, UNICE/UEAPME y CEEP, de 16 de julio de 2002.

Acuerdo marco europeo interprofesional sobre el estrés en el lugar de trabajo, celebrado por CES, UNICE/UEAPME y CEEP, de 8 de octubre de 2004.

Acuerdo marco europeo interprofesional sobre la violencia y el acoso en el lugar de trabajo, celebrado por CES, BusinessEurope/UEAPME y CEEP, de 27 de abril de 2007.

Acuerdo marco europeo interprofesional sobre mercados de trabajo inclusivos, celebrado por CES, BusinessEurope/UEAPME y CEEP, de 25 de marzo de 2010.

Acuerdo sobre la protección de la salud de los trabajadores para la adecuada manipulación y el buen uso de la sílice cristalina y de los productos que la contienen, DO C 279, de 17/11/2006 (2006/C 279/02).

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Convenio n° 98 relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva (1949).

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo, 1998.

Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva del año 2003, Resolución de 30 de enero, prorrogado para el año 2004 por la Resolución de 23 de diciembre de 2003, BOE n° 313, 31/12/2003.

Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva del año 2005, Resolución de 7 de marzo de 2005, BOE n° 64, de 16 de marzo.

Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva del año 2008, Resolución de 21 de diciembre de 2007, BOE n° 12, de 14 de enero.

### 7.3. Documentos de interés

COMISIÓN EUROPEA, «Comunicación relativa a la aplicación sobre el Protocolo de Política Social, presentada al Consejo y al Parlamento Europeo», COM (93) 600 final, de 14 de diciembre.

- «Comunicación relativa al desarrollo del diálogo social a escala comunitaria», COM (96) 448 final, de 18 de septiembre.
- «Comunicación sobre la adaptación y fomento del diálogo social a escala comunitaria», COM (1998) 322 final, de 20 de mayo.
- «Comunicación sobre el diálogo social europeo, fuerza de modernización y cambio», COM (2002) 341 final, de 28 de junio.
- «Libro Blanco sobre la gobernanza europea: profundizar en la democracia de la Unión Europea», SEC (2000) 1547/7 final, de 11 de octubre de 2000.
- Informe sobre «Social dialogue for success: the role of the social partners in EU enlargement», www.europa.eu.int, 1999.
- «Documento conjunto de CES, UNICE y CEEP sobre la contribución conjunta de los interlocutores sociales al Consejo Europeo de Laeken», en «Documentación del Comité Ejecutivo de la CES», de 14 de diciembre de 2001, www.cc.oo.es
- Comunicación «Un proyecto para la Unión Europea», COM (2002) 247 final, de 22 de mayo de 2002.
- Working paper «Report on the implementation of the European social partners' Framework Agreement on Telework», SEC (2008) 2178, Bruselas 2/7/2008
- «Agenda Social Renovada: Oportunidades, acceso y solidaridad en la Europa del siglo XXI», COM (2008) 412 final, Bruselas, 2/7/2008
- Convocatoria anual de propuestas para financiar iniciativas de diálogo social: DG Empleo y Asuntos Sociales, 25/01/2010. Anuncio de convocatoria «Relaciones laborales y diálogo social» (Fecha límite: 31/08/2010).
- Social Agenda, n° 24, July 2010.
- Comunicación «EUROPA 2020: una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador», COM (2010) 2020, 3/3/2010.

- CONFEDERACIÓN EUROPEA DE SINDICATOS, «Towards an European system of industrial relations», 9<sup>th</sup> Congress, [www.etuc.org](http://www.etuc.org); versión española «Hacia un sistema europeo de relaciones industriales. Resolución específica» en [www.unicz.it/lavoro/CES\\_IX.htm](http://www.unicz.it/lavoro/CES_IX.htm), págs. 1-6, 1999, pág. 8.
- «Constitution of the European Trade Union Confederation», approved by the IXth ETUC Congress, Helsinki, 29/06-02/07/1999, en [www.etuc.org](http://www.etuc.org)
- «Programa de Acción. 10º Congreso Estatutario CES», 26-29/05/2003, versión final, [www.etuc.org](http://www.etuc.org)
- «Un nuevo acuerdo en política social. Contribución de la CES a la preparación de una agenda social renovada. Hacia un nuevo Programa de Acción Social», Comité Ejecutivo de la CES, marzo 2008.
- «Seguimiento del análisis conjunto sobre los desafíos del mercado de trabajo – mandato para un acuerdo sobre un mercado de trabajo que favorezca la inserción», Comité ejecutivo, Bruselas 24-25/6/2008.
- «Mandato de cara a la revisión del acuerdos sobre permiso parental», Comité ejecutivo, Bruselas 24-25/6/2008.
- «Capitalism makeover: a New Social Deal must come out of the crisis ruins», [www.etuc.org](http://www.etuc.org), febrero 2009.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, «Diálogo social en la Unión Europea» en «Memoria sobre la situación económica y laboral de España», capítulo II «mercado de trabajo y relaciones laborales» 2007 y 2008.

CONSEJO EUROPEO DE LAEKEN, Conclusiones de la Presidencia, «Declaración sobre el futuro de la Unión Europea», SN 300/1/01 REV 1, 14 y 15 diciembre de 2001.

EUROCOMMERCE Y UNI GLOBAL UNION, Proyecto de Programa de trabajo 2010-2011 del diálogo social europeo del sector del comercio

EIRO ON LINE, «Commission consults social partners on working time directive review», [www.eurofound.europa.eu/eiro/2010/04](http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2010/04), junio 2010.

#### 7.4. Enlaces

<http://europa.eu>

[www.ec.europa.eu/employment\\_social](http://www.ec.europa.eu/employment_social)

– [www.eurofound.europa.eu/eiro](http://www.eurofound.europa.eu/eiro)

– Webs de los interlocutores sociales europeos:

[www.etuc.org](http://www.etuc.org) (CES)

[www.buinesseurope.eu](http://www.buinesseurope.eu)

[www.ceep.eu](http://www.ceep.eu)

**RESUMEN** Parece que falta la voluntad de regular, de institucionalizar más el diálogo social. Los artículos 152, 154 y 155 TFUE configuran un escueto marco jurídico para la negociación colectiva, pero suficiente. Como no puede ser de otra manera, son los propios interlocutores sociales quienes, desde su libertad sindical o el correlativo derecho de asociacionismo empresarial, habrán de determinar los objetivos que pretenden alcanzar, porque el derecho de libertad sindical implica su autogobierno interno. Han demostrado proceder en el sentido de regular lo que entienden necesario para su funcionamiento, como supone la adopción de Programas de trabajo conjunto para períodos determinados, por lo que deducimos que no encuentran la necesidad de configurar un marco jurídico para la negociación colectiva: la indefinición jurídica como ventaja. Prefieren gozar de libertad para hacer y deshacer según las necesidades del momento. Cuando lo estimen oportuno, regularán.... o cuando lo estime oportuno la Comisión Europea. A pesar del reconocimiento tardío del significado profundo, trascendente e innovador que algunos de los resultados más elaborados del diálogo social tiene, de acuerdo con la Comisión Europea, «el diálogo social a nivel europeo es esencial para facilitar los cambios», y asimismo de acuerdo con la Confederación Europea de Sindicatos (CES), «el diálogo social es piedra angular del modelo social europeo», por lo que en respuesta a la pregunta inicial formulada, el diálogo social es una herramienta del presente y para el futuro.

**ABSTRACT** There seems to be a lack of will to regulate or institutionalise social dialogue further. Articles 152, 154 and 155 of TFEU shape up a concise yet sufficient legal framework for collective bargaining. As it could not be otherwise, due to their freedom of association and derived freedom of business association, it is social agents themselves that will have to define the goals to be achieved, as the right to establish trade unions implies their internal self-regulation. Social agents have proven to regulate what they understand to be necessary for their functioning, as shown by the adoption of joint work programmes for specific periods. Accordingly, it may be inferred that they do not perceive the need to establish a legal framework for collective bargaining –legal vagueness as an advantage. They rather prefer their freedom to do and undo as needed. When they deem it necessary, they will regulate... or when the European Commission thinks it appropriate. According to the European Commission, «social dialogue at the European level is key to facilitate change», and also to the European Trade Union Confederation, «social dialogue is the cornerstone of the European social model». Thus, despite the late acknowledgement of the profound, transcendent and innovative meaning of some of the most elaborate results of social dialogue, it is a tool for today and for the future.



# Negociación colectiva, Derecho de la competencia y libertades de circulación en la Unión Europea

ADORACIÓN GUAMÁN HERNÁNDEZ\*

---

## 1. INTRODUCCIÓN

... *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* (art. 152 TFUE).

Uno de los interrogantes más complejos nacidos de la construcción comunitaria es la relación existente entre el ejercicio y regulación estatal del derecho a la negociación colectiva y las normas que regulan la competencia y las libertades de circulación en la Unión Europea. Carente de cobijo normativo en el Derecho primario, el conflicto ha sido tratado por el Tribunal de Justicia, cuyas resoluciones, particularmente las recaídas en los últimos años, han trascendido los casos concretos convirtiéndose en una suerte de *tragic choice*<sup>1</sup>, con capacidad para cuestionar

el futuro de la configuración de los sistemas de acción colectiva estatales.

El enconado debate jurídico se ha convertido en una batalla, hasta el momento perdida, frente a la construcción del mercado ante un árbitro de dudosa neutralidad –el Tribunal de Justicia–. A lo largo de la misma, una mayoría de Estados miembros, arropados por una cuantiosa producción doctrinal e incluso por el propio Parlamento Europeo, han reivindicado la no aplicación por el Tribunal de Justicia de los parámetros de protección habitual de la libre competencia y de las libertades económicas a las acciones sindicales y a los sistemas de negociación colectiva.

Pese a la contundencia jurídica de los argumentos esgrimidos durante el debate, ninguno de ellos ha conseguido, hasta el momento, mover al Tribunal de Justicia hacia una postura que permita articular de

---

\* Ayudante Doctora. Universidad de Valencia.

<sup>1</sup> LO FARO, A., «Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking», *Lavoro e Diritto*, vol. 22, n.º. 1, 2008, pp. 63-96; retoma la expresión ORLANDINI, G., «Viking, Laval e Ruffert: i riflessi sul diritto di sciopero e

sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano », en VIMERCATI, A., (a cura di) *Il conflitto sbilanciato, libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Cacucci Editore, Bari, 2009, p. 61.



manera coherente con las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, el ejercicio de los derechos sociales fundamentales con el desarrollo de las libertades económicas reconocidas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y con el mantenimiento de la competencia en el mercado interior.

La corrección del rumbo marcado por el TJ podría realizarse por dos caminos, ambos debatidos en sede doctrinal a lo largo de los últimos años: o bien por la vía de la armonización, reconociendo la competencia de la UE en materia de regulación de los derechos de libertad sindical, negociación colectiva y huelga; o bien mediante la introducción de una cláusula social que protegiera el ejercicio de estos derechos conforme a las normas nacionales de la aplicación de este Derecho Constitucional Económico de la Unión<sup>2</sup>.

Ambas operaciones requieren, como es evidente, una reforma del Derecho primario, reforma para la cual el instrumento que parecía idóneo era el Tratado de Lisboa, convertido así en una oportunidad perdida para solucionar uno de los grandes problemas de la construcción comunitaria. Y es que este *conflitto sbilanciato*<sup>3</sup> no es más que una manifestación actual de uno de los debates fundamentales que han acompañado a la construcción comunitaria desde su nacimiento y que gira alrededor de la configuración y aplicación del principio de primacía y de la relación entre los ordenamientos jurídi-

cos de los Estados miembros y el Derecho comunitario<sup>4</sup>. Conflicto reflejo del desajuste existente entre los objetivos y valores preponderantes en la construcción comunitaria y los que han conformado la historia constitucional de, al menos, la mayoría de los Estados miembros de la antigua Unión Europea de los quince.

Teniendo como telón de fondo el desajuste mencionado, el objetivo de las siguientes páginas es analizar la punta actual del iceberg, esto es, la relación entre los convenios colectivos y las normas que regulan el merca-

---

<sup>4</sup> No puede dejar de señalarse que en esta operación el TJ se ha apoyado en el principio de primacía, cuyo contenido se encuentra hoy ya presente entre las Declaraciones anejas al Acta Final de la Conferencia Intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa. DOUE de 30 de marzo de 2010, C-83/335. Declaración número 17 relativa a la primacía: «La Conferencia recuerda que, con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia. Además, la Conferencia ha decidido incorporar a la presente Acta Final el dictamen del Servicio Jurídico del Consejo sobre la primacía, tal como figura en el documento 11197/07 (JUR 260): «Dictamen del Servicio Jurídico del Consejo de 22 de junio de 2007. Resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la primacía del Derecho comunitario es un principio fundamental del Derecho comunitario. Según el Tribunal de Justicia, este principio es inherente a la naturaleza específica de la Comunidad Europea. En el momento de la primera sentencia de esta jurisprudencia constante (Costa/ENEL, 15 de julio de 1964, asunto 6/64) el Tratado no contenía mención alguna a la primacía, y todavía hoy sigue sin contenerla. El hecho de que el principio de primacía no esté incluido en el futuro Tratado no cambiará en modo alguno la existencia de este principio ni la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia. Cabe recordar que el texto jurisprudencial de la sentencia citada establecía que: «(...) se desprende que al Derecho creado por el Tratado, nacido de una fuente autónoma, no se puede oponer, en razón de su específica naturaleza original una norma interna, cualquiera que sea ésta, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo aquél pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad.»

---

<sup>2</sup> Se utiliza esta denominación para referirse al conjunto conformado por las libertades de circulación y las normas de la competencia reconocidas en el TFUE, siguiendo el marchamo acuñado por BAQUERO CRUZ, en *Entre competencia y libre circulación, el Derecho Constitucional Económico de la Comunidad Europea*. Civitas, Madrid, 2002.

<sup>3</sup> Adoptando la denominación de la monografía coordinada por VIMERCATI, A., *Il conflitto sbilanciato, libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, cit.

do comunitario, estudiando su marco normativo, su tratamiento jurisprudencial y las posibles vías de solución a las cuestiones planteadas, valorando las aportaciones del Tratado de Lisboa en este sentido.

Sin embargo, antes de comenzar el tratamiento del conflicto que nos ocupa y dada la complejidad de los distintos planos que presenta la relación esbozada, es necesario realizar una síntesis previa, y acaso en exceso compendiada, del estado de la cuestión. En la actualidad puede afirmarse, y el análisis jurisprudencial que se realiza en posteriores epígrafes así lo justifica, que los convenios colectivos se encuentran sometidos a un doble control derivado de la protección de la competencia en el mercado y del ejercicio de las libertades económicas. Por un lado, los contenidos de los convenios colectivos no deben falsear la competencia en el mercado, dirigiéndose *exclusivamente* a la regulación de los *objetivos propios* de la negociación colectiva, sin perturbar la acción en el mercado de bienes y servicios de *terceros* actores económicos<sup>5</sup>; por otro, la aplicación de los convenios colectivos en las empresas no debe ser un obstáculo para el ejercicio por las mismas de las libertades de circulación, en particular las de establecimiento y prestación de servicios en el ámbito de la Unión Europea. Ya no se trata en este caso de la afectación de la posición en el mercado de terceros actores ajenos a la relación laboral que regula el convenio; se trata de la aplicación de las correspondientes normas colectivas a empresarios que actúan en el ámbito de aplicación sectorial y geográfico de las mismas. Frente al cumplimiento de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios, estas

empresas reivindican su libertad económica para circular por el territorio de la UE con el fin de exonerar esta aplicación y situarse, sin duda, en una mejor situación que sus competidores estatales que operan en el mismo sector.

La situación esbozada, en la que los convenios colectivos están siendo encorsetados en su contenido y condiciones de aplicación por el derecho del mercado comunitario, no se deriva, *per se*, de ninguna norma de Derecho de la Unión Europea o estatal. Al contrario, como veremos a lo largo de las siguientes páginas, no es posible encontrar un precepto que explicita la aplicación de las normas de la competencia a los convenios colectivos que, por otro lado y dado que son acuerdos *inter privados*, podrían entenderse *per se* fuera del ámbito de aplicación de las libertades de circulación. Tampoco existe la opción inversa, no siendo posible encontrar una «cláusula social» en el Derecho de la Unión que permita realizar una excepción de los convenios colectivos a la aplicación de este derecho del mercado.

Como no podía ser de otra manera, en ausencia de una articulación normativa en sede de Derecho primario, la solución de las fricciones entre los dos polos de la relación ha recaído en el Tribunal de Justicia. En la resolución de los asuntos planteados la posición de partida ha sido, por un lado, la aceptación de la existencia de un conflicto derivado de los efectos que, por su propia naturaleza, provocan los convenios colectivos respecto de la competencia en el mercado<sup>6</sup>; por otro, la necesidad de conciliar el derecho fundamental a la negociación colectiva con las exigencias derivadas de las libertades

<sup>5</sup> No puede dejar de apuntarse que, atendiendo a la experiencia española, una perturbación excesiva de las condiciones de competencia de una empresa firmante también podría, aparentemente, llevar a cuestionar el Convenio Colectivo ante las autoridades de la competencia por vulneración de la Ley de Defensa de la Competencia.

<sup>6</sup> STJCE de 21 de septiembre de 1999, *Drijvende Bokken*, C-219/97, párrafo 46, «bien es verdad que determinados efectos restrictivos de la competencia son inherentes a los acuerdos colectivos celebrados entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores».

protegidas por el TFUE y con el principio de proporcionalidad<sup>7</sup>.

A partir de esta constatación, el TJ ha ido delimitando los márgenes de la relación de manera ciertamente compleja. En primer lugar, y tomando como punto de partida la relevancia brindada en el Derecho primario a los acuerdos adoptados en el marco de las negociaciones colectivas y la necesidad de realizar una interpretación sistemática del Tratado, el TJ afirmaba la existencia de un límite a la aplicación del Derecho de la competencia respecto a los convenios colectivos en función de su naturaleza y su objeto<sup>8</sup>. En segundo lugar, y ya en el amplio campo de las libertades de circulación económicas, particularmente la de servicios, el TJ reiteraba que el Derecho comunitario no se opone a que los Estados miembros extiendan su legislación, o los convenios colectivos de trabajo concluidos por los agentes sociales, a toda persona que realice un trabajo asalariado, incluso de carácter temporal, en su territorio, sea cual sea el país de establecimiento del empresario<sup>9</sup>, permitiéndose a los Estados miembros imponer el cumplimiento de dichas normas por los medios adecuados<sup>10</sup>. Sin embargo, esta afirmación quedaba a renglón seguido matizada al establecer el propio Tribunal que

en todo caso, esta aplicación no puede justificar que se vulneren los derechos que confieren a los particulares las disposiciones del Tratado que reconocen sus libertades fundamentales<sup>11</sup>.

En este escenario, el Tratado de Lisboa ha evitado un tratamiento directo de la cuestión, el cual habría permitido atravesar la encrucijada en un sentido o en otro. En lugar de acometer esta vía, la reforma ha introducido determinadas modificaciones de incidencia indirecta: el art. 152 del TFUE y el 28 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE)<sup>12</sup>.

Por un lado, y con las carencias advertidas por la doctrina<sup>13</sup>, el artículo 152 TFUE incluye el reconocimiento y la promoción del papel de los interlocutores sociales en su ámbito, teniendo en cuenta la diversidad de los sistemas nacionales. Según este precepto, la Unión facilitará el diálogo entre ellos, dentro del respeto de su autonomía. Por otro, con la reforma realizada por el Tratado de Lisboa se reconoce a la CDFUE y a las llamadas «Explicaciones de la Carta»<sup>14</sup> el mismo valor jurídico de los Tratados (art. 6.1 del TUE)<sup>15</sup>. Con este reconocimiento, se cumple, al

<sup>7</sup> STJCE de 15 de julio de 2010, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania*, C-271/08, apartado 46.

<sup>8</sup> SSTJCE de 21 de septiembre de 1999, *Albany*, C-67/96, *Brentjen's*, C-115/97 a C-117/97, *Drijvende Bokken*, C-219/97 y de 21 de septiembre de 2000, *Van der Woude*, C-222/98.

<sup>9</sup> STJCE de 27 de marzo de 1990, *Rush Portuguesa*, C-113/89, apartado 18.

<sup>10</sup> STJCE de 3 de febrero de 1982, *Seco*, asuntos acumulados 62/81 y 63/81, apartado 14; SSTJCE de 23 de noviembre de 1999, *Arblade*, C-369/96 y C-376/96, apartado 41; STJCE de 15 de marzo de 2001, *Mazzoleni*, C-165/98, especialmente apartados 26 y ss.; STJCE de 25 de octubre de 2001, de 24 de enero de 2003, *Portugaia*, C-164/99, apartado 21; STJCE de 12 de octubre de 2004, *Wolff & Müller*, C-60/03, apartado 37; STJCE de 14 de abril de 2005, *Comisión contra Alemania*, C-341/02, apartado 4.

<sup>11</sup> STJCE de 11 de enero de 2007, *ITC*, C-208/05, apartado 40.

<sup>12</sup> Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2010/C 83/02), DOUE de 30 de marzo de 2010. Este texto recoge, adaptándola, la Carta proclamada el 7 de diciembre de 2000, a la que sustituyó a partir del día de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

<sup>13</sup> Al respecto *vid.* los acertados comentarios de MIRANDA BOTO, J.M., en «La incidencia del Tratado de Lisboa en el ámbito social», *Temas Laborales*, núm. 97/2008, pp. 20.

<sup>14</sup> Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales (2007/C 303/02), publicadas en el DOUE de 14 de diciembre de 2007.

<sup>15</sup> Sobre esta cuestión *vid.* BALLESTER PASTOR, M.A., «Los derechos sociales en la Carta Comunitaria de derechos fundamentales y en el Tratado de Lisboa», *Actualidad Laboral*, nº 15, Quincena del 1 al 15 sep. 2009, tomo 2.

menos formalmente, con la «*acuciante necesidad de la plasmación de derechos fundamentales en el ámbito social*»<sup>16</sup> dentro del Derecho de la Unión. En particular, el art. 28 de la Carta recoge los Derechos de negociación y de acción colectiva, estableciendo que «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».

Al desarrollo del conflicto expuesto y con la finalidad de mesurar la posibilidad de que estas modificaciones supongan una revisión de los criterios jurisprudenciales que enmarcan la relación entre los convenios colectivos y las normas que regulan el mercado interior, se dedican las siguientes páginas.

<sup>16</sup> SIMITIS, S., *Afirmación de los derechos fundamentales en la Unión Europea. Ha llegado el momento de actuar*, Comisión Europea (Empleo, relaciones laborales y asuntos sociales), Bruselas, Comisión Europea, febrero de 1999. Sobre el contenido de la Carta en su versión original destacan los primeros comentarios aparecidos tras su aprobación, especialmente: SCIARRA, S., «Derechos sociales. Reflexiones sobre la Carta Europea de Derechos Fundamentales», *Temas Laborales*, Nº62/2001. p. 18; BRAIBANT, G., «La charte des droits fondamentaux», *Droit Social*, nº1, Janvier, 2001; DE SCHUTTER, O., «La contribution de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la garantie des droits sociaux dans l'ordre juridique communautaire», *RDUH*, 2000; DE SCHUTTER, O., «Réflexions sur les transformations du droit de l'Union Européenne», DE SCHUTTER, O., NIHOUL, p. (coord.) *Une Constitution pour l'Europe*, Larcier, 2004, Bruselas; BERCUSSON, B., (ed.), *European Labour Law and the Charter of Fundamental Rights*, ETUI, Bruselas, 2002; MARTÍNEZ SIERRA, J.M., «La Carta de Derechos fundamentales», *La Constitución destituyente*, Los libros de la Catarata, 2005.

## 2. EL ESCENARIO DEL ENCUENTRO: MARCO HISTÓRICO-JURÍDICO DE LA RELACIÓN

La estrecha interdependencia conjugada con la división funcional entre el ordenamiento jurídico de la Unión Europea y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros han exacerbado o en ocasiones incluso provocado conflictos normativos novedosos<sup>17</sup>. No en vano, cuestiones que se resolvían en un marco horizontal, en un plano estatal, ahora se dirimen en el eje vertical, en el cual diversos ordenamientos pretenden su aplicación preferente.

La relación entre los convenios colectivos y las normas que disciplina el mercado es una buena muestra de esta situación. No se trata, evidentemente, de un conflicto nuevo, al menos en lo relativo al Derecho de la competencia, pero su agravamiento en los últimos años no puede deberse sino a la construcción del mercado interior de la Unión Europea con el consiguiente desarrollo de este Derecho.

Desde un punto de vista genérico es posible afirmar que el Derecho del trabajo se encuentra ligado a las normas reguladoras del mercado de bienes y servicios desde su nacimiento. Así, a lo largo de su historia, el ordenamiento laboral se ha orientado a la gestión de una relación *per se* conflictual entre la protección de los valores sociales y económicos, a modo de representación de un compromiso entre el capital y el trabajo, con el doble objetivo de proteger a los trabajadores y de permitir el funcionamiento del sistema económico capitalista, objetivo este último compatible y compartido con la disciplina del mercado de bienes y servicios<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Señalando la cuestión *vid.*, entre muchos otros, DELIYIANNI-DIMITRAKOU, C., «Négociation collective et règles communautaires en matière de concurrence », R.I.D.C., 3-2006, p. 288.

<sup>18</sup> Desarrollando esta cuestión *vid.* GOERLICH PESET, JM.; GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., «Ordenamiento laboral y disciplina de mercado» *Teoría y derecho, revista de pensamiento jurídico*, nº 5, 2009, pp. 118 y ss.

La función protectora del Derecho del trabajo limita *per se* la autonomía privada y con ello la libertad de empresa, situándose este conjunto normativo como un límite a la libre dinámica del mercado, por cuanto se concreta en trabas económicas u organizativas al funcionamiento de la empresa, dificultando su libre actuación en el mercado de bienes o servicios. De manera paralela, el Derecho del trabajo provoca el segundo de los resultados, las normas laborales aseguran una protección mínima a los trabajadores de forma generalizada, lo que constituye una directa garantía de que las empresas que los contratan se encontrarán en una posición similar en el mercado.

La convivencia de ambas funciones se consagraba en el constitucionalismo social propio del siglo XX, en el seno del cual se han criado y han madurado los sistemas de relaciones colectivas de trabajo de un elevado número de los Estados miembros de la Unión Europea<sup>19</sup>. La existencia jurídica del pacto capital-trabajo explica que las manifestaciones conflictuales hayan sido escasas y, al menos en el Estado español, se hayan ido solucionando, hasta una época reciente, por las vías habilitadas dentro del ordenamiento laboral<sup>20</sup>.

Sin embargo, la convivencia de las dos finalidades señaladas, asumida o cuanto menos aceptada durante décadas, ha comen-

zado a ser ya no sólo política sino jurídicamente cuestionada, evaluando la oportunidad de las normas laborales con parámetros de eficacia económica. El mercado, hoy convertido no ya sólo en una técnica de organización de las relaciones económicas sino también en un agente de evaluación del resto de las instituciones, incluyendo las típicamente laborales, se refuerza jurídicamente, estructurando sistemas de protección de las libertades económicas con ánimo expansivo.

Esta situación es mucho más acuciante desde el prisma vertical (la relación entre el Derecho de la Unión Europea y los ordenamientos estatales) que desde el horizontal. En el primero, la realización de las libertades de circulación económicas, conjugadas con el Derecho de la competencia, se configuran como sostenes del mercado interior europeo y de la propia construcción comunitaria, quedando como es bien sabido, los derechos sociales en un discreto segundo plano en cuanto a su reconocimiento y desarrollo<sup>21</sup>.

Parafraseando a Miranda Boto, es necesario aceptar que la «evolución del desequilibrio» en cuanto a la construcción del acervo

<sup>19</sup> El ejemplo más antiguo y evidente de las primeras fricciones entre las normas laborales y el Derecho de la competencia se encuentra en la experiencia estadounidense. En ésta, el choque entre la acción sindical y la *Sherman Act* de 1890, se produjo a principios del siglo pasado, siendo una constante presente en la normativa y en la jurisprudencia norteamericana desde los mismos orígenes de la normativa *antitrust*. Sobre el particular se remite al análisis y a la bibliografía recogida en GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., *Derecho del trabajo y legislación de defensa de la competencia*, Aranzadi, 2008.

<sup>20</sup> Así se demuestra en los informes nacionales incluidos en BRUUN, N.; HELLSTEN, J., *Collectives agreements and Competition law in the EU, the report of the COLCOM-project*, DJOF, Copenhagen, 2001.

<sup>21</sup> La carencia social de la construcción comunitaria ha sido analizada por numerosos autores, entre ellos es necesario destacar las siguientes contribuciones: MAESTRO BUELGA, G., «Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea», RDC, nº 7, 2000; DAVIES, P., «Market integration and Social Policy in the Court of Justice», *Ind. Law J.*, vol. 24, nº 1, March 1995; POIARES MADURO, M., «Striking the elusive balance between economic freedom and social rights in the EU» en ALSTON, Ph. *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1999; SCIARRA, S., «Market freedom and fundamental social rights», en HEPPLE, B., *Social and Labour Rights in a Global Context International and Comparative Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999; BARNARD, C. DEAKIN, S., «In search of coherence: social policy, the single market and fundamental rights», *IRJ*, 2000, vol. 31, nº 4, p. 331; DE SCHUTTER, O., DEAKIN, S., (dir.), *Social Rights and Market Forces*, Bruylant, Bruselas, 2005; GIUBBONI, S., *Social rights and market freedom in the European constitution: a labour law perspective*, Cambridge University Press, 2006.

social comunitario ha sido notable<sup>22</sup>. En este sentido, el evidente crecimiento de las competencias comunitarias en materia social ha venido acompañado, como no podía ser de otra manera, de una limitación de los márgenes de acción estatal<sup>23</sup>. Sin embargo, esta lenta y laboriosa labor de armonización no es la única vía de limitación de la soberanía estatal en materia social, al contrario, la otra puerta de entrada de la acción comunitaria en este campo ha sido más rápida, directa e incisiva, y ha sido conducida por el Tribunal de Justicia.

Así, la construcción del mercado interior ha justificado la revisión por el TJ de normas estatales sobre materias laborales y de Seguridad Social<sup>24</sup>. De esta manera, servicios de empleo<sup>25</sup>, regímenes de protección social<sup>26</sup> y convenios colectivos<sup>27</sup> han sido cuestionados por el Tribunal comunitario a la luz del dere-

cho de la competencia<sup>28</sup>. Por otro lado, y en paralelo, las libertades de circulación, en especial la de prestación de servicios pero también la de mercancías y la de establecimiento, se han confrontado en numerosos asuntos con disposiciones estatales relativas a las relaciones laborales, en particular, normas relativas al tiempo de trabajo<sup>29</sup>, a determinadas prestaciones reguladas del Sistema de Seguridad Social<sup>30</sup>, a la laboralidad o no de una prestación de servicios<sup>31</sup> o a la regulación de la colocación de mano de obra<sup>32</sup>. Junto con estas cuestiones, destacan las múltiples ocasiones en las que el Tribunal de Justicia ha evaluado la aplicabilidad de una norma estatal, autónoma o heterónoma, a trabajadores extranjeros desplazados en el marco de una prestación transnacional de servicios<sup>33</sup>.

<sup>22</sup> Sobre la construcción del acervo social comunitario y la evolución de las competencias comunitarias en la materia *vid.*, como obra de referencia fundamental, MIRANDA BOTO, J.M., *Las Competencias de la Comunidad Europea en Materia Social*, Aranzadi, 2009.

<sup>23</sup> Debe recordarse que el art. 4 del TFUE incluye la «política social, en los aspectos definidos en el Tratado» dentro de las competencias compartidas entre la UE y los Estados miembros.

<sup>24</sup> Sobre esta cuestión, *vid.*, en extenso: RACLET, A., *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2002, p. 293; LYON-CAEN, G., «La concurrence par la réduction du coût du travail», *Dr. ouv.*, 2003, p. 263 y LYON-CAEN, G., *Le droit du travail, une technique réversible*, Dalloz, 1995, pp. 88-92, a sensu contrario *vid.* BARON, F., *Marché intérieur et Droit social dans l'Union européenne*, Aix-en-Provence, PUAM, 1998, p. 41.

<sup>25</sup> SSTJCE de 23 abril de 1991, *Höfner*, C-41/90; de 11 de diciembre de 1997, *Job Centre II*, C-55/96.

<sup>26</sup> *Vid.* entre otras las SSTJCE *Poucet et Pistre*, asuntos acumulados C-159/91 y C-160/91; 16 de noviembre de 1995, *Federation Francaise des Societes d'Assurance*, C-244/94; de 22 de enero de 2002, *INAIL*, C-218/00.

<sup>27</sup> SSTJCE de 21 de septiembre de 1999, *Albany*, C-67/96, *Brentjen's*, C-115/97 a C-117/97, *Drijvende Bokken*, C-219/97; de 21 de septiembre de 2000, *Van der Woude*, C-222/98.

<sup>28</sup> Para un tratamiento de esta cuestión se remite en extenso a la bibliografía citada en GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., *Derecho del trabajo y legislación de defensa de la competencia*, Aranzadi, 2008.

<sup>29</sup> SSTJCE de 23 de noviembre de 1989, *Torfaen*, C-145/88; de 28 de febrero de 1991, *Conforama* C-312/89; de 16 de diciembre de 1992, *Reading Borough Council*, C-304/90; de 16 de diciembre de 1992, *Council of the City of Stoke-on-Trent y Norwich City Council*, C-169/91 y de 16 de diciembre de 1992, *Rochalder Borough Council*, 306/88; de 2 de junio de 1994, *Tankstation 't*, asuntos acumulados C-140/92 y C-402/92; STJCE de 2 de junio de 1994, *Punto Casa y PPV*, asuntos acumulados C-9/93 y C-258/93.

<sup>30</sup> Sobre esta cuestión existen numerosos pronunciamientos, la referencia de partida son las SSTJCE de 28 de abril de 1998, *Decker*, C-120/95 y de 28 de abril de 1998, *Kohll*, C-158/96. Para un resumen de la jurisprudencia del TJCE respecto de la interacción entre la regulación de los Sistemas de Seguridad Social y las libertades de circulación (servicios) *vid.* la reciente sentencia de 5 de marzo de 2009, *Kattner*, C-350/07.

<sup>31</sup> SSTJCE de 5 de junio de 1997, *Syndesmos*, C-398/95 y de 15 de junio de 2006, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa*, C-255/04.

<sup>32</sup> STJCE de 18 de enero de 1979, *Van Wesemael*, asuntos acumulados 110 y 111/78; de 17 de diciembre de 1984, *Webb*, 279/80; de 11 de enero de 2007, *ITC*, C-208/05.

<sup>33</sup> Entre otras es necesario destacar las SSTJCE de 3 de febrero de 1982, *Seco*, asuntos acumulados 62/81 y 63/81; de 27 de marzo de 1990, *Rush Portuguesa*,

Por último y como se ha señalado anteriormente, en su jurisprudencia más reciente, el TJ ha entrado en la valoración del ejercicio de derechos sociales colectivos, huelga y negociación colectiva, a la luz de la realización de las libertades de circulación, aplicando los principios asentados en los asuntos anteriores. Con la «*saga Laval*»<sup>34</sup>, el TJ ha operado lo que para algunos autores es la muestra de la «inevitable subordinación de los derechos sociales al mercado»<sup>35</sup>, situando a los convenios colectivos en el centro de un «*conflitto sbilanciato*».

Tras el recorrido efectuado es necesario plantearse una cuestión inevitable para continuar con el análisis ¿Cuáles son las razones que han situado a la negociación colectiva en el punto de mira del derecho del mercado?

La explicación comúnmente aceptada por la doctrina ha pivotado fundamentalmente en la transformación experimentada por las funciones de la negociación colectiva. Así, un aumento del peso de la función de organización y gestión de la situación económica y productiva de la empresa, frente a aquellas más tradicionales de fijación de las condiciones de la prestación de trabajo y de gobierno de las relaciones industriales, habría llevado a los convenios colectivos a regular materias fuera del supuesto «núcleo duro» de las condiciones

C-113/89; 23 de noviembre de 1999, *Arblade*, C-369/96 y C-376/96; 25 de octubre de 2001, *Finalarte*, asuntos acumulados C-49/98, C-70/98, C-71/98, C-50/98, C-52/98, C-53/98, C-54/98, C-68/98, C-69/98; 15 de marzo de 2001, *Mazzoleni*, C-165/98; 24 de enero de 2003, *Portugaia Construções Ltda.*, C-164/99; 12 de octubre de 2004, *Wolff & Müller*, C-60/03; 14 de abril de 2005, *Comisión contra Alemania*, C-341/02.

<sup>34</sup> SSTJCE de 18 de diciembre de 2007, *Laval*, C-341/05; de 3 de abril de 2008, *Rüffert*, C-346/06; de 19 de junio de 2008, *Comisión contra Luxemburgo*, C-319/06. El pórtico de entrada a todas ellas fue la STJCE de 11 de diciembre de 2007, *Viking Line*, C-438/05.

<sup>35</sup> FREDMAN, S., «Transformation or dilution: fundamental rights in the EU Social Space», *ELJ*, p. 41.

de trabajo y empleo<sup>36</sup>. La expansión *ultra vires* del ámbito objetivo de la negociación legitimaría o cuanto menos explicaría la entrada en escena del derecho *antitrust*.

Sin embargo, y pese a haber compartido parcialmente las razones anteriores en contribuciones precedentes<sup>37</sup>, el ejemplo del estado de la cuestión en el caso español nos conduce a revisar estos planteamientos. No puede negarse que el peso específico de las funciones de la negociación colectiva ha ido evolucionando y la función de gestión de las condiciones de producción en la empresa ha cobrado una mayor relevancia. Sin embargo, no son estos nuevos contenidos, que como veremos en los epígrafes siguientes afectan a

---

<sup>36</sup> Como se señala en el conocido Informe Supiot, las transformaciones de las funciones de negociación colectiva en la Europa continental se iniciaron fundamentalmente en los setenta, al comenzar a utilizarse los convenios colectivos como herramienta para adaptar las condiciones de trabajo a las necesidades de la competitividad empresarial. Junto a esta nueva función, y desde los años ochenta del siglo pasado, la negociación colectiva ha devenido un factor esencial para la organización del trabajo en general y no sólo para la fijación de las condiciones del mismo, pasando del objeto de la negociación de la persona del trabajador al propio trabajo y a las condiciones de productividad. SUPIOT, A., (Coord.), *Transformations of Labour and future of Labour Law in Europe*, 1998, párrafos 349-366; sobre la transformación señalada *vid.*, entre la doctrina española, VALDÉS DAL-RÉ, F., «El modelo español de la negociación colectiva», en PÉREZ DE LOS COBOS, F.; GOERLICH PESET, J.M., (Coord.), *El régimen jurídico de la negociación colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 65 y 66; MONEREO PÉREZ, J.L.; FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., «Las funciones de la autonomía colectiva en el escenario post-industrial», *ius-tel.com*, RGDTS, nº 5, marzo 2004; DEL REY GUANTER, S., «Una década de transformación del sistema de negociación colectiva y la 'refundación' de la teoría jurídica de los convenios colectivos», *RL*, tomo I, 1996, pp. 188-190; MERCADER UGUINA, J. R., «Los nuevos contenidos de la negociación colectiva en las grandes empresas», en AA.VV., *Nuevas relaciones laborales y negociación colectiva*. XV Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva, MTAS, Madrid, 2003, p. 138 y ss.

<sup>37</sup> Así se sostenía en GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., *Derecho del trabajo y legislación de defensa de la competencia*, cit.

cuestiones *intra corporate* y se mantienen por tanto al abrigo de la disciplina *antitrust*, las que han sido cuestionadas por el Derecho del mercado.

El problema no son tanto los contenidos como la desconfianza hacia las vías tradicionales de control de estas normas laborales y la voluntad de someterlas a los parámetros utilizados para mantener la competencia y la libertad de movimiento de los agentes económicos en el mercado de bienes y servicios. En otras palabras, excesos en el contenido o en la voluntad de extender la aplicación de los convenios colectivos más allá de lo permitido por el marco jurídico aplicable han existido siempre, pero en el ámbito estatal y concretamente en el español estas situaciones se solucio- naban por las vías establecidas en el ordena- miento laboral para la impugnación de los convenios colectivos.

La situación, como se demuestra a lo largo de los siguientes epígrafes, ha cambiado. El progresivo protagonismo del Derecho de la competencia, tanto en el plano comunitario como en el estatal<sup>38</sup> así como el aumento de la movilidad transnacional de empresas en ejer- cicio de sus libertades económicas *fundamen- tales* de circulación, todo ello unido a la ampliación del mercado interior con la entra- da de los últimos doce Estados miembros son

<sup>38</sup> No en vano el Reglamento 1/2003 sobre la apli- cación de los artículos 81 y 82 del TCE faculta plena- mente a los órganos jurisdiccionales nacionales para aplicar el Derecho comunitario de la competencia, señalando que los mismos «desempeñan un cometido esencial en la aplicación de las normas comunitarias de competencia. Salvaguardan los derechos subjetivos que emanan del Derecho comunitario al pronunciarse sobre los litigios entre particulares, por ejemplo mediante el resarcimiento de daños y perjuicios a los afectados por la comisión de infracciones. La función de los órganos jurisdiccionales nacionales es, a este respecto, comple- mentaria de la de las autoridades de competencia de los Estados miembros» [Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002, relativo a la apli- cación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado].

los factores que, a juicio de esta autora, pue- den considerarse como responsables funda- mentales del cambio señalado y del estado actual del conflicto.

### 3. LOS LÍMITES IMPUESTOS PARA LA VALIDEZ DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS ESTATALES POR EL DERECHO COMUNITARIO DE LA COMPETENCIA Y SU APLICACIÓN EN EL ESTADO ESPAÑOL

Por extraño que pudiera parecer hace tan sólo una década, la expresión «*Collective agreements are in restraint of competition*», es una ya afirmación ampliamente aceptada entre los iuslaboralistas europeos<sup>39</sup>. En esta línea, no cabe ya duda, como afirmaba M. Rodríguez-Piñero de que «el principio de com- petencia libre y no falseada, elevado a base constitucional del ordenamiento jurídico comunitario, por su transversalidad, incide mediatamente en los Derechos del trabajo nacionales...»<sup>40</sup>. Efectivamente, y aun cuando el ámbito subjetivo de aplicación del Dere- cho comunitario (y estatal) de la competencia es la empresa<sup>41</sup>, las fronteras entre éste y las normas e instituciones estatales de carácter

<sup>39</sup> La muestra la encontramos en los escritos de la doctrina francesa. Si en 1992 la afirmación de que los trabajadores subordinados y sus organizaciones sindica- les no podían ser considerados como empresas en el sentido del derecho de la competencia era en general incontestable (LYON-CAEN, A., «Droit social et droit de la concurrence, observations sur une rencontre», *Les orien- tations sociales du droit contemporain*, Ecrits en l'hon- neur de Jean Savatier, Puf, Paris, 1992, p. 332) en 2003 ya se señalaba con alarma la cotidianidad que había adquirido la exigencia de que los convenios colectivos (y más en general el derecho del trabajo) respetaran el Derecho de la competencia (LYON-CAEN, G., «La concu- rrence par la réduction...», cit., p. 261).

<sup>40</sup> RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., «Ayudas públicas para el empleo v. libre competencia», RL, nº 23, 2001, p.1.

<sup>41</sup> STJCE de 16 de septiembre de 1999, *Becu*, C- 22/98, apartado 24.



social, y en particular los convenios colectivos, se han venido difuminando parcialmente<sup>42</sup>, corroborándose en cierta medida el carácter invasor que le auguraban ciertos autores<sup>43</sup>.

El análisis de esta *invasión*, presente ya tanto en el plano vertical como en el horizontal, es el objetivo de los siguientes epígrafes. Para ello debe partirse de las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa en la configuración de las normas sobre competencia en el Derecho primario. Esta última reforma de los Tratados ha eliminado el contenido del antiguo artículo 3.g del TCE, en el cual se preveía que, a efectos de alcanzar los fines de la Comunidad, la acción de la misma debía implicar un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior.

La referencia a esta competencia no falseada ha desaparecido del TFUE, donde sólo en el Preámbulo se establece que «la eliminación de los obstáculos existentes exige una acción concertada para garantizar un desarrollo económico estable, un intercambio comercial equilibrado y una competencia leal», para instalarse en el Protocolo número 27 sobre Mercado interior y Competencia. En éste se afirma que el mercado interior tal como se define en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea incluye un sistema que garantiza que no se falsea la competencia, conviniendo las Altas Partes Contratantes en que la Unión tomará, en caso necesario, medidas en el marco de las disposiciones de los Tratados, incluido el artículo 352 del Tra-

tado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>44</sup>.

Si la eliminación de la protección de la competencia no falseada entre los objetivos de la UE podría haber indicado una voluntad de redimensionar la misma con respecto a otras políticas de la Unión, como la social, la inclusión del Protocolo ha dejado claro que la defensa de la competencia sigue siendo uno de los pilares básicos de la construcción del mercado interior.

Cabe señalar por último la única referencia existente a la relación entre los derechos fundamentales y la regulación de la competencia en el Derecho derivado. La misma se encuentra en el Considerando 37 del Reglamento 1/2003<sup>45</sup> que sitúa el respeto a los derechos y principios recogidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea como frontera de la aplicación de los arts. 81 y 82 TCE. Hasta el momento el Considerando 37 no ha sido utilizado por el TJ como parámetro de decisión en la relación entre los convenios colectivos y el Derecho de la competencia.

### 3.1. Los convenios colectivos y la exención por la naturaleza y el objeto

Con los asuntos *Albany*, *Brentjen's* y *Drijvende Bokken*, de 21 de septiembre de 1999<sup>46</sup>, se planteó por primera vez la compatibilidad de un convenio colectivo con las disposiciones comunitarias de defensa de la competencia,

<sup>42</sup> PUTMAN, E., «Les rapports entre droit social et droit de la concurrence», en RIDE, nº 2, 1998, p. 108.

<sup>43</sup> IDOT, L. «Nouvelle invasion ou confirmation du domaine du droit de la concurrence? À propos de quelques développements récents...» *Europe*, janvier 1996, p. 1; también ROCELLA coincide con la afirmación de la interacción creciente entre las normas de la competencia y el derecho del trabajo, que demuestran, ROCELLA, M., *La Corte de Giustizia e il diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 105.

<sup>44</sup> El Protocolo se incorpora como anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DOUE de 30 de marzo de 2010.

<sup>45</sup> Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

<sup>46</sup> SSTJCE de 21 de septiembre de 1999, *Albany*, *Brentjen's*, *Drijvende Bokken*, C-67/96, C-115/97 a C-117/97, C-219/997. En lo sucesivo *Albany et al.*

cuestionándose si un acuerdo pactado entre empresarios y trabajadores podría ser considerado como un pacto entre empresas.

En estos asuntos el TJ resolvió tres cuestiones prejudiciales planteadas en el marco de diferentes litigios con supuestos de hecho similares acaecidos en Holanda. Se planteaban con los tres casos diversos interrogantes, cuyo marco general era la creación de determinados fondos sectoriales de pensiones mediante convenios colectivos entre los empresarios y los trabajadores y su posterior designación como obligatorios para las empresas de un sector. La voluntad de varias empresas de afiliarse a otros fondos de pensiones existentes en el mercado de referencia motivó el cuestionamiento de la compatibilidad de estas normas colectivas con el Tratado CE (art. 10 en relación con el art. 85 y art. 86.1 en relación con el art. 82 del TCE, hoy arts. 101 y ss.)<sup>47</sup>.

<sup>47</sup> En este sistema se preveía que, a instancia de los representantes de los empresarios y de los trabajadores de un sector concreto de la economía, el Ministro competente podía declarar obligatoria la afiliación a un fondo de pensiones sectorial para todas las empresas de dicho sector. La práctica habitual era el establecimiento de fondos sectoriales obligatorios mediante convenios colectivos entre los empresarios y trabajadores de un determinado sector de actividad. En los casos concretos, diversos acuerdos colectivos habían establecido un plan de pensiones sectorial determinado, siendo el mismo declarado obligatorio mediante decreto ministerial. Los litigios que dieron lugar a las cuestiones prejudiciales se suscitaron tras el impago por parte de tres empresas de las cotizaciones debidas a los fondos. Las empresas (*Albany*, *Brentjen's*, y *Drijvende Bokken*) consideraron de aplicación la normativa de la competencia por entender que los acuerdos entre empresarios y trabajadores declarados obligatorios constituían acuerdos entre empresas, quedando por tanto dentro del ámbito de aplicación del artículo 81.1 TCE. A su juicio, tales acuerdos restringían la competencia por una doble vía. En primer lugar por eliminar tanto la libertad de las empresas del sector para afiliarse a fondos distintos como la posibilidad de la utilización de las condiciones de dicha afiliación como instrumento para mejorar su competitividad. En segundo lugar porque se excluía a los aseguradores de una parte sustancial del mercado. Según las

Las preguntas que con carácter prejudicial fueron elevadas ante el Tribunal pueden ser agrupadas, en dos bloques. La primera cuestión en la que entró el TJCE fue la naturaleza del fondo de pensiones, para valorar si debía entenderse como una empresa a efectos de la aplicación de las normas de la competencia; en segundo lugar el Tribunal de Justicia estudió la posibilidad de aplicar el art. 81 TCE al convenio colectivo por el que se designaba el fondo y de considerar contrario a los arts. 82 y 86 TCE la actuación del Estado al extender la obligatoriedad *erga omnes* de la mencionada norma.

El TJ entró en la resolución de las cuestiones elevadas por el órgano jurisdiccional estatal, sin acoger los argumentos jurídicos desarrollados por el Abogado General Jacobs en sus Conclusiones<sup>48</sup> y centrándose en una

empresas, la afectación a la competencia derivada del acuerdo superaba el ámbito nacional y tenía una entidad «sensible», por lo que se cumplían los requisitos de aplicación de las normas de la competencia tanto en lo subjetivo, al considerar empresas a las partes del acuerdo, como en lo material, al producir el acuerdo una restricción de la competencia en el mercado interior. Por todos estos motivos, en opinión de las empresas, las autoridades públicas, al crear un marco legal y al acoger la petición de los interlocutores sociales de hacer obligatoria la afiliación a un fondo sectorial de pensiones, habían favorecido o fortalecido la ejecución y el funcionamiento de acuerdos entre empresas contrarios a los arts. 3. g), 10, 81, 82 y 86.2 TCE.

<sup>48</sup> Conclusiones acumuladas del Abogado General JACOBS, presentadas el 28 de enero de 1999, asuntos *Albany*, C-67/96; *Brentjen's*, C-115/97 a C-117/97; *Drijvende Bokken*, C-219/97, apartado 46. El Abogado General planteó la relación entre los convenios colectivos y el Derecho de la competencia enfocándolo en términos de «inmunidad», de manera acorde con el modelo norteamericano y con la tradición anglosajona. El Abogado partía por un lado de la existencia de efectos restrictivos de la competencia directa y necesariamente derivados de los acuerdos colectivos; por otro, JACOBS afirmaba la inexistencia de una excepción social general o inmunidad específica, implícita o explícita, en relación a los convenios colectivos. Así las cosas, el art. 81 TCE debía ser considerado aplicable con algunos límites. Construía de esta manera el Abogado una suerte de inmunidad limitada que debía amparar a cierto tipo de

interpretación sistemática y *ad intra* del Tratado CE. Así, partiendo de la existencia de dos políticas en contraposición, el TJCE consideró que aun cuando las fricciones parecían derivarse de manera ineludible de la propia naturaleza de la negociación colectiva<sup>49</sup>, un convenio colectivo no podía ser calificado como un acuerdo entre empresas, en razón a su *naturaleza y su objeto*<sup>50</sup> dada la necesidad de realizar una interpretación útil y coherente de las disposiciones del Tratado, en su conjunto. Establecía de esta manera el Tribunal

---

convenios, fundamentada en la necesidad de compaginar la defensa de la competencia con el fomento de la negociación colectiva. Según la opinión del Abogado, para que pudiera aplicarse la excepción el convenio debía reunir tres características fundamentales: haberse celebrado en el marco de unas negociaciones formales entre empresarios y trabajadores; haberse gestado y concluido de buena fe y tener un contenido adecuado. La dificultad de evaluación de este último criterio llevó al Abogado a proponer unos criterios a modo ejemplificativo. Así, afirmaba que se entenderá por justificada la excepción de la aplicación de las normas de la competencia cuando el convenio verse sobre las cuestiones consideradas como el «núcleo duro de la negociación colectiva», a saber, salarios y condiciones de trabajo y cuando el convenio no afecte a terceros o a otros mercados. Por último, respecto de la posibilidad de aplicar una excepción subjetiva derivada de la participación de los sindicatos, JACOBS señaló que aun siendo entidades sin ánimo de lucro pueden realizar actividades económicas por lo que, según el concepto de empresa propio del Derecho de la competencia, en algunas circunstancias los sindicatos pueden ser considerados como empresas. Sin embargo, continua JACOBS, cuando los sindicatos actúan como agentes representativos de los intereses de los trabajadores de un determinado sector, como es el caso al tratarse de un convenio colectivo, el art. 81 no es de aplicación. Aun así, y dado que, en todo caso, un convenio colectivo de sector será, siempre y en todo caso, un acuerdo entre empresas, por la pluralidad de agentes en el banco económico, la aplicación de las normas de la competencia debe considerarse posible.

<sup>49</sup> STJCE de 21 de septiembre de 1999, *Drijvende Bokken*, C-219/97, apartado 46 «bien es verdad que determinados efectos restrictivos de la competencia son inherentes a los acuerdos colectivos celebrados entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores».

<sup>50</sup> STJCE de 21 de septiembre de 1999, *Albany*, C-67/96, apartado 60.

lo que parte de la doctrina ha denominado una «inmunidad básica»<sup>51</sup> o limitada, debida tanto a la naturaleza o génesis del acuerdo como a su contenido.

Con esta solución, el TJ evitó un análisis jurídico más profundo y riguroso. Podría, por un lado, haber establecido una excepción social de carácter general basada en el ámbito subjetivo, por la intervención del sindicato, o en la adecuación del convenio a las normas laborales que regulan la negociación colectiva en el derecho estatal. En cambio, como indica con precisión Voudsen, el Tribunal sitúa el plano del análisis únicamente en la normativa comunitaria, cuando de ésta no se deriva ni la existencia de una verdadera «negociación colectiva europea» ni tan siquiera de un procedimiento similar al recogido en los ordenamientos de los Estados miembros<sup>52</sup>.

Por otro lado, en sentido contrario, podría haber aplicado los parámetros del Derecho de la competencia y realizar un examen *antitrust* del convenio colectivo, dejando así claros los límites que el Derecho de la competencia puede imponer a los convenios colectivos. En lugar de adoptar una de las dos opciones, el TJ optó por una postura de carácter más político, pero cuya entidad jurídica no cerraba en absoluto la cuestión.

Así, al no establecer un listado de las materias que constituyen dicho objeto, la primera condición de la inmunidad queda ciertamente indefinida. La doctrina se ha pre-

---

<sup>51</sup> ICHINO, P., «Collective bargaining and antitrust laws: an open issue», IJCLLIR, vol. 17, n° 2, 2001, p. 193.

<sup>52</sup> VOUSDEN, S., «Albany, Market and Social Exclusion», ILJ, n° 39, 2003, p. 188. Es necesario señalar siguiendo al mismo autor que la propia normativa comunitaria prevé la existencia de los llamados acuerdos autónomos, que quedan por su propia naturaleza, fuera del radio de acción del TCE. En este sentido, recordando esta carencia de un sistema armonizado de negociación colectiva se pronuncia DELIYIANNI-DIMITRAKOU, C., «Négociation collective et règles communautaires en matière de concurrence», cit., p. 791.

guntado si el Tribunal se refería a los objetivos de política social como contenido de la negociación o más estrictamente a las condiciones de trabajo y empleo<sup>53</sup>. En este caso, los convenios colectivos gozan de una inmunidad básica frente a las normas reguladoras de la competencia en la medida en que regulen cuestiones relacionadas con las mencionadas condiciones, lo cual no queda lejos del «núcleo duro» referido por el Abogado general<sup>54</sup>. De la

<sup>53</sup> VIGNEAU, C., «De la soustraction des accords collectives aux règles communautaires de concurrence», JFPC, E, nº 25, 2001, p. 1034.

<sup>54</sup> EVJU, S., «Collective agreements and competition law. The Albany puzzle and Van der Woude», IJLLIR, vol. 17, nº 2, 2001, p. 194, en el mismo sentido DE VOS, M., *A decade beyond Maastricht: The European Social Dialogue Revisited*, Kluwer Law International, Great Britain, 2003, p. 78. Determinar cuál debe ser el contenido de los convenios colectivos es una operación complicada. Tradicionalmente dentro del «núcleo duro» se han entendido tanto las condiciones de trabajo como los salarios. Sin embargo, la delimitación de este núcleo no es una cuestión pacífica. Es más, del tenor de la normativa internacional se desprende una evidente amplitud. Así, en la primera definición de contrato colectivo, que fue realizada por la Recomendación núm. 91, se establece que dicha expresión comprende «todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional». Posteriormente, el Convenio 98, volvió a insistir sobre el contenido en su artículo 4 *in fine*: «Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo». Idéntica alusión a las condiciones de empleo encontramos en el artículo 7 del Convenio 151. Por su parte, en el Convenio 154 de la OIT sobre la negociación colectiva, se afirmó que la finalidad de los convenios colectivos será la fijación de las condiciones de trabajo y empleo, la regulación de las relaciones entre empleadores, y trabajadores organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez.

misma manera puede deducirse de esta interpretación, en sentido contrario, que no serán inmunes los convenios colectivos que se refieran a aspectos ligados con el modo de organización o producción<sup>55</sup>. Tras *Albany* parece claro que estos «convenios colectivos enriquecidos» no van a beneficiarse de la inmunidad pretoriana.

Por otro lado, caben también dudas respecto a lo que pueda ser considerado como la *naturaleza* del acuerdo. Evidentemente, debe tratarse de convenios entre representantes de trabajadores y empresarios, excluyéndose la posibilidad de aplicar la inmunidad a un acuerdo de una organización profesional<sup>56</sup>. Sin embargo, considerando la diversidad existente entre los Estados miembros en lo relativo a la estructura y organización de la negociación colectiva, habría sido necesario realizar una remisión clara a las prácticas estatales como punto de partida para valorar la *naturaleza* del acuerdo.

En fin, las debilidades del razonamiento del Tribunal han sido un foco constante de crítica doctrinal. La opinión más compartida es que la primera respuesta del Tribunal sobre la controvertida cuestión de la relación entre los convenios colectivos y el Derecho de la competencia fue en exceso genérica<sup>57</sup>, derivándose del reconocimiento de esta «inmuni-

<sup>55</sup> Son cuestiones en las que la participación de los actores sociales ha sido reivindicada en numerosos textos de las Instituciones comunitarias, especialmente en los relativos al empleo. Un claro ejemplo en la Estrategia Europea para el Empleo, en el contexto de la cual las políticas comunitarias se han orientado a animar a los actores sociales a actuar más allá de los parámetros tradicionales de la negociación colectiva; idéntica ampliación del papel de los actores sociales la encontramos en la Recomendación del Consejo L-217/34, señalando la cuestión *vid.* VOUDSEN, S., «Albany, Market Law and Social Exclusion», *cit.*, pp. 190-191.

<sup>56</sup> Así queda claro en las STJCE de 12 de septiembre de 2000, *Pavlov*, asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98.

<sup>57</sup> ICHINO, P., «Collective bargaining and antitrust laws...», *cit.*, p. 193.

dad básica» o «inmunidad relativa» una serie de problemas para cuya resolución no existe anclaje constitucional en el ordenamiento comunitario. Es más, para algunos autores, la única conclusión que permiten estas sentencias es que el TJCE no descarta que el art. 81 TCE pueda ser aplicado a ciertos tipos de convenios colectivos<sup>58</sup>.

### 3.2. Las limitadas consecuencias de la doctrina *Albany*

El 21 de septiembre de 2000 el TJCE dictó la primera sentencia en la que aplicó directamente la doctrina *Albany* con respecto a la relación entre los convenios colectivos y el Derecho de la competencia. En el Asunto *Van der Woude*<sup>59</sup> el Tribunal retomó el razonamiento jurídico anteriormente expuesto, sin proceder a su revisión o concreción.

En esta ocasión tanto el Abogado como el Tribunal consideraron sucesivamente los planos formal y material del convenio<sup>60</sup>. En relación con la naturaleza del acuerdo y existiendo conformidad entre las partes respecto su condición de convenio colectivo, tanto Fennelly como el TJ apreciaron la concurrencia del primer requisito establecido en *Albany*. En relación con el ámbito material, tanto Abogado<sup>61</sup> como

Tribunal<sup>62</sup> entendieron que las cuestiones relacionadas con la asistencia sanitaria conciernen a las relaciones de trabajo y por ende a las materias objeto de la negociación colectiva por lo que la inmunidad material también debía entenderse aplicable.

Con la sentencia *Van der Woude* el TJ solucionaba uno de los problemas apuntados respecto de los casos anteriores: la determinación de qué debe ser entendido como un convenio colectivo. En el caso *Van der Woude*, como no podía ser de otra manera, el Tribunal se ceñía a lo que las partes consideren, en función de su propia legislación y procedimientos. Esto convierte la primera parte del test de *Albany* en una mera formalidad, por tanto la cuestión material se revela cómo el núcleo fundamental de evaluación del TJCE.

A este respecto el asunto *Van der Woude* no añade claridad a los criterios, vagos, constatados en su jurisprudencia anterior, refiriéndose de nuevo al *objeto* del convenio por lo que la cuestión sigue abierta, a la espera de nuevos pronunciamientos que aporten criterios para determinar las materias que el Tribunal entiende dentro del contenido *legítimo* de los convenios colectivos.

Desde este asunto de 21 de septiembre del 2000, el TJ no ha tenido que volver a afrontar la cuestión de la aplicación del Derecho de la competencia a los convenios colectivos, centrándose los conflictos en la relación entre la libre prestación de servicios y la aplicación a las empresas que la ejercen de los convenios sectoriales vigentes en el mercado de referencia donde actúan. Cabe señalar, sin embargo,

<sup>58</sup> CMLR, nº 37, 2000, p. 441.

<sup>59</sup> STJCE de 21 de septiembre de 2000, *Van der Woude*, C-222/98.

<sup>60</sup> STJCE de 21 de septiembre de 2000, *Van der Woude*, C-222/98, apartado 23. Conclusiones del Abogado General FENNELLY, presentadas el 11 de mayo de 2000, asunto *Van Der Woude*, C-222/98, apartado 24.

<sup>61</sup> *Ibidem*, apartado 25: «Una pensión puede estar más estrechamente ligada al salario, en el sentido de retribución directa, que un seguro de enfermedad. Sin embargo, ello no basta para negar a un convenio sobre seguro de enfermedad la naturaleza de convenio relativo a las condiciones de trabajo. El objetivo de un convenio celebrado entre empresarios y representantes de los trabajadores sobre la prestación de un seguro de enfermedad consiste en mejorar las condiciones de trabajo de los trabajadores por cuenta ajena. Dicha finalidad se logra al eliminar o paliar, tanto directa como indirectamente, la inquietud sobre la cobertura de los gastos médicos.»

<sup>62</sup> STJCE de 21 de septiembre de 2000, *Van der Woude*, C-222/98, apartado 25 «... en lo que atañe a su objeto, el acuerdo *instaura, en un sector determinado, un régimen de seguro de asistencia sanitaria que contribuye a mejorar las condiciones de trabajo de los trabajadores no sólo garantizándoles los medios necesarios para hacer frente a los gastos de enfermedad, sino también reduciendo los costes que, a falta de un convenio colectivo, habrían debido ser soportados por los trabajadores.»*

que en el asunto C-271/08, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania* de 15 de julio de 2010, el Tribunal valoró la aplicación de la jurisprudencia *Albany* a un supuesto de hecho relacionado con las libertades de circulación<sup>63</sup>, afirmando que la excepción pergeñada en esta sentencia de 2001 no puede extenderse al ámbito de las libertades.

Este último asunto tuvo su origen en un recurso por incumplimiento presentado por la Comisión contra la República Federal de Alemania, por el que aquélla solicitaba al Tribunal de Justicia la declaración de que dicho Estado miembro ha incumplido hasta el 31 de enero de 2006 las obligaciones que le incumben en virtud de las Directivas 92/50 y 2004/18<sup>64</sup>, que concretizan la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios<sup>65</sup>. El incumplimiento de estas Directivas derivó de la designación en convenio colectivo de las entidades aseguradoras a las que se encomienda la ejecución de los llamados planes de pensiones de empleo derivados de la conversión de salarios. La cuestión plantea

de nuevo la existencia de un conflicto entre los deberes derivados de las libertades fundamentales, por un lado, y el derecho de negociación colectiva y el derecho de autonomía negocial.

Siguiendo la senda jurídica marcada en la jurisprudencia *Albany*, el Gobierno alemán, sostenido por los Gobiernos de Dinamarca y del Reino Unido<sup>66</sup>, estimaba que la normativa comunitaria sobre contratación pública no es aplicable al caso porque la decisión a favor de determinadas entidades gestoras del régimen de pensiones, que según la Comisión debería haber sido objeto de licitación, fue adoptada conjuntamente por los interlocutores sociales y, por lo tanto, debe valorarse la misma a la luz de la autonomía negocial. Por ello, el Gobierno alemán consideró posible una aplicación analógica de la jurisprudencia *Albany*, entendiéndose que, en primer lugar, la misma implica la existencia de una excepción sectorial de la aplicabilidad de las normas sobre la competencia contenidas en el Derecho primario, y que en segundo lugar, ésta cubre los convenios colectivos.

El TJ no ha acogido en su sentencia ninguna de las dos interpretaciones mencionadas. En sus fundamentos jurídicos, el Tribunal parte del reconocimiento de la diversidad existente respecto del derecho a la negociación colectiva, sentando tres premisas fundamentales: este derecho está presente en los diferentes instrumentos internacionales en los que los Estados miembros han participado o a los que se han adherido; del art. 28 de la CDFUE, interpretado en relación con el artículo 52, apartado 6, de la misma, se desprende que la protección del derecho funda-

<sup>63</sup> STJCE de 15 de julio de 2010, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania*, C-271/08, las conclusiones de la Abogada Trstenjak fueron presentadas el 14 de abril de 2010.

<sup>64</sup> Los incumplimientos se refieren hasta el 31 de enero de 2006 a la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios y a partir del 1 de febrero de 2006 a la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

<sup>65</sup> La Comisión consideraba que el Estado alemán había incumplido las obligaciones estipuladas en las Directivas al haber adjudicado algunas administraciones locales y empresas municipales con más de 1.218 trabajadores directamente, sin haber convocado una licitación a escala de la Unión Europea, contratos de servicios de planes de pensiones de empleo a entidades y empresas contempladas en el artículo 6 del convenio colectivo relativo a la conversión en aportaciones al plan de pensiones de una parte de la retribución de los trabajadores de la función pública local.

<sup>66</sup> De hecho el Gobierno de Dinamarca consideraba que si el Tribunal concluyese que los contratos de determinada envergadura celebrados entre las entidades empleadoras del sector público y los sindicatos en materia de inversión de fondos destinados a la previsión de jubilación de los trabajadores del sector público están sujetos a la obligación de licitación, se pondrá en peligro el sistema danés de planes de pensión de empleo.

mental a la negociación colectiva debe tener plenamente en cuenta, en particular, las legislaciones y prácticas nacionales; el art. 152 TFUE reconoce y obliga a la UE a promover el papel de los interlocutores sociales en su ámbito, teniendo en cuenta la diversidad de los sistemas nacionales.

Por añadidura, el TJ reconoce que, en el caso concreto, el convenio colectivo que se considera contrario a las libertades de circulación tiene una clara finalidad social, ya que su objetivo es la mejora del nivel de las pensiones de jubilación de los trabajadores afectados.

Sin embargo, ni el reconocimiento como derecho fundamental ni los objetivos sociales implican una excepción automática de la aplicación de las normas de Derecho derivado concernidas en el caso y que son un desarrollo de las libertades de circulación. Esto es así, considera el TJ por dos razones: en primer lugar, porque según afirmó en su jurisprudencia anterior (con cita del asunto *Viking Line*) las cláusulas de los convenios colectivos no están excluidas del ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a la libre circulación; en segundo lugar, refiriéndose en este caso tanto a *Viking Line* como a *Laval*, reitera el Tribunal que el derecho a la negociación colectiva puede quedar sometido a ciertas restricciones, que se justifican en el tenor literal del art. 28 de la CDFUE, el cual reconoce la posibilidad de sumar los límites derivados por el Derecho de la UE a los existentes en los ordenamientos nacionales<sup>67</sup>. Por ello, el ejercicio del derecho fundamental a la negociación colectiva debe conciliarse con las exigencias derivadas de las libertades protegidas por el TFUE que, en este caso, las Directivas 92/50 y 2004/18 pretenden aplicar, y con el principio de proporcionalidad.

<sup>67</sup> STJCE de 15 de julio de 2010, C-271/08, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania*, apartados 37 y ss.

La Abogada General entraba en sus Conclusiones en la cuestión de la existencia de una excepción de los convenios colectivos frente a las normas del mercado con mayor amplitud. Para ello acudía a la sentencia *Van der Woude*, estimando que en la misma se explicita que las disposiciones y las decisiones basadas en un convenio colectivo, pueden sustraerse al ámbito de aplicación del artículo 81 CE si cumplen dos requisitos, a saber, que el acuerdo haya sido adoptado en el marco de una negociación colectiva, y que el objetivo perseguido por el mismo sea mejorar *las condiciones de empleo y de trabajo*. Esta interpretación es excesiva por cuanto, como se ha comentado anteriormente, ni en este pronunciamiento ni en las sentencias *Albany et alt.* el Tribunal llegó tan lejos como pretendían los Abogados Generales.

Sin embargo, de nuevo en esta ocasión la Abogada General hace una interpretación expansiva, basándose no en lo afirmado por el Tribunal sino fundamentalmente en las Conclusiones realizadas por los Abogados Jacobs (en *Albany*) y Fennelly (en *Van der Woude*)<sup>68</sup> para acabar concluyendo que «el Tribunal de Justicia no declaró la existencia de una excepción sectorial de las normas sobre la competencia garantizadas por el Derecho primario para los convenios colectivos. Estas sentencias deben interpretarse en el sentido de que con ellas se declaró la existencia en el Derecho primario de un límite intrínseco del artículo 81 CE respecto a los convenios colectivos de un contenido determinado». Siendo tal contenido la «mejora del empleo y del trabajo».

A continuación, la Abogada General rechaza en sus Conclusiones la pretensión del

<sup>68</sup> De hecho, en su propuesta final el Abogado General FENNELLY consideró aplicable la exención siempre y cuando el convenio colectivo «se limite estrictamente a regular las condiciones de trabajo», mostrando así de nuevo el carácter limitado de la exención. Conclusiones del Abogado General FENNELLY, presentadas el 11 de mayo de 2000, STJCE de 21 de septiembre de 2000, *Van Der Woude*, C-222/98, apartado 44.

Gobierno Alemán de aplicar la jurisprudencia *Albany* al caso concreto, referido en última instancia a posibles limitaciones de las libertades de circulación (establecimiento y servicios). Basa esta afirmación en que, aun cuando ambos conjuntos normativos (libertades de circulación y normas en el ámbito de la libre competencia) pretenden alcanzar el objetivo de la realización del mercado interior, el hecho de que un convenio o una actividad queden fuera del ámbito de aplicación de las normas sobre competencia no significa necesariamente que también queden excluidos del ámbito de aplicación de las normas sobre libertad de circulación<sup>69</sup>.

Recuerda en este sentido la Abogada que el TJ ha señalado que «un acuerdo o una actividad pueden quedar comprendidos en el ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a la libre circulación de personas o de servicios y estar al mismo tiempo excluidos del ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a la libre competencia, y al revés»<sup>70</sup>, por lo que la *exclusión* configurada

<sup>69</sup> Adopta expresamente la interpretación realizada por el Abogado General POIARES MADURO en sus conclusiones de 23 de mayo de 2007 presentadas en la sentencia de 11 de diciembre de 2007, C-438/05, *Viking Line*, punto 26.

<sup>70</sup> De nuevo se remite la Abogada a la sentencia de 11 de diciembre de 2007, C-438/05, *Viking Line*, apartado 53, para a continuación añadir un párrafo de dudosa interpretación «A mayor abundamiento añadiré que, incluso en el caso de que la relación entre la autonomía negocial y las normas sobre la competencia recogidas en el Derecho primario, por un lado, y entre la autonomía negocial y las libertades fundamentales, por otro, hubiera de concebirse de manera semejante, ello no significaría la posibilidad de extrapolar sin más las prescripciones contenidas en las sentencias *Albany*, *Brentjens* y *DRIJVENDE BOKKEN* al presente asunto, sino que las prescripciones y valoraciones relativas al ámbito de la competencia contenidas en estas sentencias deberían analizarse teniendo en cuenta el reconocimiento de la autonomía negocial como derecho fundamental», Conclusiones de la Abogada TRSTENJAK, presentadas el 14 de abril de 2010, STJCE de 15 de julio de 2010, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania*, C-271/08, apartado 69.

en la jurisprudencia *Albany* no es directamente aplicable a las libertades de circulación.

El TJ acogía en su sentencia este último paso de la argumentación jurídica de la Abogada General, añadiendo que a diferencia de lo que ocurre con la protección de la competencia en el mercado, «no puede considerarse que sea inherente al propio ejercicio de la libertad de los interlocutores sociales y del derecho a la negociación colectiva la vulneración de las directivas que dan aplicación a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios en el ámbito de la contratación pública». Señalando igualmente que la concreta designación de entidades y empresas para el desempeño de los objetivos de mejora del nivel de las pensiones de los trabajadores se excede de la «esencia del derecho de negociación colectiva»<sup>71</sup>.

Quedando así circunscrita la repercusión de la jurisprudencia *Albany* en el plano comunitario hasta el momento, la experiencia estatal, especialmente la española en los últimos años, nos demuestra que el conflicto entre las normas laborales y la defensa comunitaria de la competencia también se produce en el plano horizontal.

### 3.3. El caso español como ejemplo del conflicto horizontal y la incidencia de la doctrina *Albany*

Como señala el Reglamento 1/2003<sup>72</sup>, el Derecho comunitario de la competencia y la aplicación que de sus preceptos han realizado las Instituciones comunitarias no son sufi-

<sup>71</sup> STJCE de 15 de julio de 2010, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania*, C-271/08, apartados 49 y ss.

<sup>72</sup> Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.



cientes para asegurar una competencia no falseada en el mercado interior. La consecución de este objetivo del Tratado CE necesita de la colaboración de los Estados miembros, no sólo en la aplicación del Derecho comunitario de la competencia sino en el desarrollo de sus propios sistemas *antitrust*, enmarcado en el respeto del ordenamiento jurídico comunitario<sup>73</sup>.

Este desarrollo ha llevado a la aplicación de las normas de la competencia a los convenios colectivos en el ámbito estatal, con resultados muy diversos<sup>74</sup>. En el ámbito español, desde el año 2007, el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) y su sucesora, la Comisión de Defensa de la Competencia (CNC), han venido revisando la adecuación de los convenios colectivos a la Ley de Defensa de la Competencia<sup>75</sup>.

La reciente intervención de los organismos *antitrust* no implica la inexistencia del conflicto en años anteriores. Todo lo contrario, la experiencia jurisprudencial demuestra como desde 1993 se han venido sucediendo pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales del orden social que han dirimido cuestiones en las que se cuestionaban los contenidos de los convenios colectivos por su afectación a las condiciones de competencia en el mercado de bienes y servicios<sup>76</sup>.

<sup>73</sup> GODYER, D.G., *EC competition law*, 4ª ed, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 436.

<sup>74</sup> Respecto de la relación del par analizado en el ámbito estatal *vid.*, DRIGUEZ, L., *Droit social et Droit de la concurrence*, Bruylant, 2007; ANTONMATTEI, P.H., DESTOURS, S., «Convention collective et droit de la concurrence: nouvelle rencontre», DS, nº 11, 2003, pp. 999 y ss.; PIROVANO, A., «Droit de la concurrence et progrès social, (après la loi NRE du 15 mai 2001)» CHRON. D., nº 1, 2002; y especialmente BRUUN, N.; HELLSTEN, J., *Collectives agreements and Competition law in the EU*, cit.. En el ámbito español se remite a lo señalado en GOERLICH PESET, J.M., GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., «Ordenamiento laboral y disciplina de mercado» *Teoría y derecho, revista de pensamiento jurídico*, nº 5, 2009, pp. 118 y ss. y en la bibliografía allí citada.

<sup>75</sup> Ley 20/2007 de 11 de julio.

<sup>76</sup> El Tribunal Supremo abrió la cuestión con su sentencia de 15 marzo 1993, conocida como el asunto de

Sin embargo, la Resolución de 29 enero 2007<sup>77</sup> del TDC marcaba un antes y un después en el tratamiento de este conflicto. En ella se planteó por primera vez ante el TDC la adecuación con la LDC de la denominada «Cláusula de fijación de precios y competencia desleal», contenida en un convenio colectivo de sector de las empresas de ayuda a domicilio de la Comunidad Autónoma de Cantabria<sup>78</sup>. El TDC, considerando que el contenido

las «farmacias militares», en la que señalaba con claridad que «(l)a competencia que al Tribunal de Defensa de la Competencia atribuye la Ley 16/1989, de 17 julio, respecto a lo que dicha Ley denomina ‘conductas prohibidas’, ‘abuso de posición dominante’ y ‘falseamiento de la libre competencia por actos desleales’, afecta a actuaciones que tiendan a perjudicar la competencia en el mercado, sin que obviamente incluya el control de legalidad o de lesividad de convenios colectivos; control que, como antes se ha dicho, corresponde al ámbito jurisdiccional del Orden Social». Posteriormente, diversos asuntos, relacionados con los límites a la apertura en festivos derivados de los convenios colectivos, con las restricciones establecidas en los convenios colectivos respecto al recurso por las empresas obligadas por los convenios a mecanismos de externalización o en particular con el recurso a las empresas de trabajo temporal, han sido igualmente resueltos en sede del orden social, sin intervención de las autoridades de defensa de la competencia ni del orden civil o mercantil. Para una análisis en detalle de este conjunto de jurisprudencia *vid.* GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., *Derecho del trabajo y legislación de defensa de la competencia*, cit.

<sup>77</sup> Resolución del TDC, expte. 607/06, *Ayuda a domicilio*, de 29 de enero de 2007. En este caso, la denuncia fue formulada por la Alcaldía de un municipio contra Comisiones Obreras de Cantabria y la Asociación de Servicios de Ayuda a Domicilio de Cantabria. La denuncia se fundamentaba en la incorporación en el convenio de una fijación del precio mínimo y obligatorio al que las empresas del sector deben ofertar sus servicios.

<sup>78</sup> Convenio colectivo de sector de las empresas de ayuda a domicilio de Cantabria, (BO. Cantabria, de 10 de mayo de 2004, núm. 90) Artículo 51. Repercusión en precios de servicios y competencia desleal: «Ambas representaciones hacen constar expresamente que las condiciones económicas pactadas en este convenio colectivo tendrán repercusión en los precios de los servicios. La Comisión Paritaria del convenio, establecida en el artículo 10, será la encargada de la comprobación del cumplimiento de lo pactado en este artículo. Se consi-

de los convenios colectivos se circunscribe a las condiciones de empleo y a las relaciones de los trabajadores con los empresarios, afirmó que la cláusula impugnada tenía como pretensión regular el beneficio empresarial y de eliminar la competencia en precios en el mercado de la ayuda a domicilio, considerando culpables del ilícito concurrencial a todas las partes negociadoras y sancionándolas con una multa de 3.000 euros. Además de la sanción pecuniaria, el Tribunal resolvió obligar a las partes a la publicación de la parte dispositiva de la resolución en el BOE, en el Boletín de la Comunidad Autónoma de Cantabria y en uno de los diarios de mayor difusión de la Comunidad.

A esta resolución han seguido otros pronunciamientos similares de la CNC, la de 16 de marzo de 2009 «Convenio *contact center*»<sup>79</sup> y la de 17 de marzo de 2009 «Convenio de Seguridad»<sup>80</sup>. En ambos casos la Comisión Nacional ha mantenido la argumentación de 2007, considerando que sindicatos y patronal,

---

derará incumplimiento del convenio, con las consecuencias derivadas en la legislación vigente, las ofertas comerciales realizadas por las empresas que sean inferiores a los costes del presente convenio. A estos efectos, se considerarán costes mínimos repercutibles, o precio de referencia, para la categoría de Auxiliar de Ayuda a Domicilio, en los servicios concertados con las Administraciones Públicas o entidades mercantiles, para el año 2004, los siguientes: Coste convenio por hora: 11,5 euros/hora; Coste por hora nocturna: 13,5 euros/hora. Estos costes se actualizarán cada año, por parte de la Comisión Paritaria, teniendo en consideración los incrementos salariales pactados en este convenio para cada uno de los años de vigencia del mismo, y las modificaciones legales que afectasen a los mismos. Aquellas empresas, trabajadores o sus representantes, pondrán en conocimiento de la Comisión Paritaria cualquier incumplimiento de lo dispuesto en este artículo, quedando facultados los miembros de dicha Comisión Paritaria para iniciar las acciones legales o de denuncia de la empresa ante quien corresponda o se consideren pertinentes...».

<sup>79</sup> Resolución de 16 de marzo de 2009, Expte. S/0076/08, «Convenio Contact Center».

<sup>80</sup> Resolución de 17 de marzo de 2009, Expte. S/0077/08, «Empresas de Seguridad».

habían cometido una infracción del art. 1.1 de la LDC al incluir en un convenio colectivo la «cláusula de fijación de precios y competencia desleal». A diferencia del asunto de 2007, estos dos últimos casos se han resuelto por la vía convencional<sup>81</sup>, aviniéndose las partes a inaplicar la cláusula declarada contraria a la LDC y asumiendo una serie de deberes pro futuro<sup>82</sup>, que vinculan la actuación de los actores sociales negociadores con la CNC.

Con estas resoluciones las autoridades de la competencia han efectuado una triple operación. En primer lugar, las autoridades de la competencia han considerado, de facto, a los sindicatos como agentes económicos, dentro del ámbito subjetivo de aplicación del Derecho de la competencia; en segundo lugar, la CNC ha considerado un convenio colectivo como un acuerdo entre empresas, cuyo contenido únicamente se vería exento de la aplicación de las normas de la competencia en el caso de ceñirse a las condiciones de empleo y relaciones de los trabajadores con los empresarios, cuestión para cuya valoración se considera en todo caso competente; en tercer lugar y sobre las dos premisas anteriores, las

---

<sup>81</sup> Permitida en el art. 52 de la LDC.

<sup>82</sup> En concreto, el Fundamento de Derecho segundo de la Resolución de 17 de marzo de 2009 establece lo siguiente: «Para garantizar el adecuado cumplimiento de los compromisos, las partes deberán: 1. Comunicar a sus asociados el contenido del acuerdo de terminación convencional que, en su caso, adopte el Consejo de la CNC. 2. En el marco del control de la legalidad de los convenios colectivos por parte del Ministerio de Trabajo e Inmigración (o, en su caso, de las autoridades laborales de las Comunidades Autónomas), prevista en el artículo 90.5 del Estatuto de los Trabajadores, las partes indicarán a esas autoridades laborales, en el momento de la presentación de los convenios para su registro y publicación, que tales convenios no contienen ninguna cláusula contraria a la LDC. 3. A efectos de la vigilancia del cumplimiento de los compromisos, las partes remitirán a la Dirección de Investigación de la CNC copia de la publicación en el BOE del acuerdo de declaración de inaplicación del artículo 74 del Convenio vigente, así como de los convenios posteriores que lo sustituyan». Una previsión similar se encuentra en la Resolución de 16 de marzo de 2009.

autoridades de la competencia han realizado un control de legalidad de los convenios cuestionados, control hasta ahora reservado al orden jurisdiccional social, mandando a las partes negociadoras operar una variación del contenido de los convenios encausados<sup>83</sup>.

En las Resoluciones comentadas ni la CNC ni su antecesor el TDC han considerado la posible aplicación de la doctrina *Albany*. Bien es cierto que en ninguno de los casos se estimaba aplicable el Derecho comunitario, pero dada la particularidad de los supuestos y la total similitud del art. 1.1 de la LDC al art. 101.1 del TFUE, la CNC podría haberse apoyado en la interpretación del juez comunitario.

La remisión al asunto *Albany* se ha realizado en cambio en la Resolución de 24 de septiembre de 2009, «Empresas estibadoras»<sup>84</sup>,

<sup>83</sup> Es también interesante el contenido de la Resolución de 23 de abril de 2010, «Empresas Reponedoras de Productos en Grandes Almacenes», Expte. S/0161/09. En ella la CNC, siguiendo las consideraciones de la Dirección de Investigación, decide no incoar un procedimiento sancionador contra un conjunto de empresas que decidieron aumentar de manera generalizada y homogénea las tarifas de sus servicios de reposición para 2009 en un 10% respecto de 2008 justificando este aumento en la entrada en vigor del Convenio colectivo nacional, para las empresas dedicadas a los Servicios de Campo para Actividades de Reposición (BOE 27 de enero de 2009). El Consejo de la CNC consideró en su Resolución que la firma de un convenio colectivo con un incremento salarial del 10% en un servicio cuyos costes son fundamentalmente salariales y de seguridad social justifica un aumento del precio de servicios, aun acordado de manera conjunta por las empresas del sector. De esta manera, la CNC asume el claro vínculo existente entre precio del servicio y costes laborales en empresas intensivas en mano de obra, objetivo fundamental, pese a los defectos en su relación, de la censurada «cláusula de fijación de precios y competencia desleal».

<sup>84</sup> Resolución de 24 de septiembre de 2009, Empresas estibadoras, expediente sancionador 2805/07. En ella la CNC ha considerado que el IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria, suscrito el 26 de julio de 2007 por la Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarias de Buques (ANESCO), la Coordinadora Estatal

confirmada por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de mayo de 2010<sup>85</sup>, en la que la CNC declara acreditada una infracción del art. 1.1 de la LDC y del art. 81 del TCE por la firma y puesta en funcionamiento del IV Acuerdo para la regulación de las Relaciones Laborales en el sector de la estiba portuaria, imponiendo sanciones pecuniarias a las partes firmantes, entre las que se encuentran los sindicatos CIG y LAB.

Dejando de lado el examen pormenorizado de la compleja resolución, cabe destacar que, como se refleja en la misma, la Dirección de Investigación de la CNC realiza un exhaustivo control de legalidad del IV Acuerdo, examinando fundamentalmente la representatividad de las partes negociadoras y el contenido del acuerdo a la luz de la normativa vigente y, en particular, de lo establecido en el Título III del Estatuto de los trabajadores<sup>86</sup>.

Del contenido de la Resolución es particularmente relevante la referencia a la impugnación de oficio del IV Acuerdo realizada por la Dirección General de Trabajo con fecha de 30 de abril de 2008 siguiendo el procedimiento de control de legalidad de los convenios colectivos previsto en el art. 90 ET, basada en la falta de legitimidad de los firmantes, en el exceso en el ámbito de aplicación y en la afec-

de Trabajadores del Mar (CETM), la Confederación Intersindical Galega (CIG) y Langile Abertzaleen Batzordeak (LAB), y posteriormente modificado, supone una infracción tipificada en el artículo 1 de la LDC.

<sup>85</sup> SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 4 de mayo de 2010, R. 5/2009.

<sup>86</sup> En el Fundamento de Derecho quinto de la Resolución el Consejo de la CNC afirma que no va a entrar a valorar la legitimación de las partes u otros aspectos propios de la regulación laboral que son competencia de la autoridad laboral sino que se ceñirá a sus competencias en materia de preservar la competencia en el mercado. En base a las mismas, continúa la resolución, el Consejo somete a valoración la parte del IV Acuerdo que, según su criterio, excede del ámbito reservado a los interlocutores que lo firman. La valoración realizada es, claramente, una aplicación de los criterios laborales de legitimidad de las partes para la adopción del convenio colectivo.

tación a intereses de terceros. Esta impugnación fue resuelta por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 1 de junio de 2009<sup>87</sup>, en la que se apreció la demanda de la DGT. La AN declara nulos un conjunto de artículos del IV Acuerdo por ser contrarios a la legalidad vigente (en cuanto a representatividad y contenido) y señala que el mismo carece de la naturaleza estatutaria sin perjuicio de mantener su naturaleza de convenio extraestatutario.

Como puede observarse, el control de la legalidad del acuerdo desde el punto de vista de su adecuación a las exigencias de representatividad y de adecuación de sus ámbitos personal y funcional, impuestas por el Estatuto de los Trabajadores ha sido realizado por dos vías y de manera paralela, por la Comisión Nacional de la Competencia y por la Dirección General de Trabajo, dando lugar ambos procedimientos a sendas sentencias de la Audiencia Nacional, una en el orden contencioso y otra en el orden social.

Las dos vías abocan a un punto en común, el IV Acuerdo no es un convenio colectivo estatutario. A partir de ahí las consecuencias difieren. En el orden social se considera que siendo un convenio colectivo extraestatutario su contenido, una vez eliminadas las cláusulas ilegales derivadas del exceso de sus ámbitos personal y funcional, obliga únicamente a firmantes y adheridos voluntariamente. En cambio, la resolución de la CNC considera que el IV Acuerdo no es un convenio extraestatutario puesto que su contenido, la definición de su ámbito de aplicación, no es acorde con la legalidad vigente.

De esta calificación, considerando que el IV Acuerdo no puede ser considerado como un convenio colectivo, la resolución de la CNC deriva la inaplicabilidad de la jurisprudencia *Albany*, que repasa en sus Fundamentos

<sup>87</sup> SAN, Sala de lo Social, de 1 de junio, Sentencia número 50/2009.

Jurídicos sexto y séptimo realizando una particular interpretación de la misma. En efecto, la CNC interpreta la sentencia *Albany* a la luz de la sentencia *Viking Line* y de las Conclusiones del Abogado General Jacobs para concluir, aplicando las tres condiciones señaladas por el Abogado, que «en principio, los convenios colectivos celebrados de buena fe entre empresarios y trabajadores sobre las cuestiones normales propias de la negociación colectiva, como los salarios o determinadas condiciones de trabajo, que no afecten de forma directa a terceros o a otros mercados, deben disfrutar de una inmunidad automática respecto del examen con arreglo a las normas de defensa de la competencia. Pero cuando el acuerdo o convenio va más allá de esos ámbitos, las autoridades de competencia, de acuerdo con la doctrina de la Sentencia *Albany*, deberán analizar la naturaleza y objeto del mismo antes de decidir si cae bajo las normas de competencia o está excluido de las mismas. Y en ese análisis habrá de prestar especial atención no sólo a las materias que trate el convenio, también y sobre todo, a si establece obligaciones a terceros o afecta a otros mercados de una forma no justificada por el objetivo de la negociación colectiva.»<sup>88</sup>

En definitiva y según esta interpretación, parece que la Sentencia *Albany* abre la puerta a la entrada de las autoridades de la competencia en el examen de la adecuación de la naturaleza y objeto de los convenios colectivos a la legalidad vigente<sup>89</sup>. De esta manera,

<sup>88</sup> Resolución de 24 de septiembre de 2009, Empresas estibadoras, expediente sancionador 2805/07, Fundamento de Derecho séptimo.

<sup>89</sup> Cuestión que se corrobora con la adopción de la Resolución de 1 de febrero de 2010, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Trabajo e Inmigración y la Comisión Nacional de la Competencia (BOE de 26 de febrero de 2010). En este Convenio de colaboración se establece un Protocolo de actuación con el objetivo de conseguir un «desarrollo eficaz» de las funciones que la legislación atribuye a la DGT y a la CNC en los aspectos relacionados con la negociación colectiva y la defensa de la competencia. En breve, según el Convenio

el Derecho comunitario de la competencia justifica nuevas vías de control del contenido de los convenios, vías que se han complementado de manera paralela con los límites derivados de la realización de las libertades de circulación comunitarias a la aplicación de los convenios colectivos a las empresas que ejercitan tales libertades en el territorio de la UE.

#### 4. LAS CONDICIONES DE APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS ESTATALES IMPUESTAS POR LA REALIZACIÓN DE LAS LIBERTADES ECONÓMICAS COMUNITARIAS

Constituida como una Comunidad de Derecho, la construcción comunitaria se ha enfrentado desde sus orígenes al complicado objetivo de conseguir un *gobierno jurídico de la diversidad* existente entre los Derechos nacionales<sup>90</sup>. Si el modelo comunitario de integración jurídica se ha fundamentado tradicionalmente en el recurso a instrumentos de Derecho derivado para conseguir el mencionado objetivo, no puede negarse que la realidad actual demuestra que tales instrumentos están cediendo el paso a otras maneras de gobernar la diversidad. En efecto, el auge del llamado *soft law*, del método abierto de coordinación o la intensa labor de integración negativa a través de la extensión jurisprudencial del ámbito de aplicación de las liber-

la DGT se compromete a remitir a la CNC los convenios colectivos que contengan a su juicio cláusulas que pudieran contravenir la LDC, estableciéndose un procedimiento en paralelo con información mutua y reconociendo que, si tras la comunicación a la Comisión negociadora ésta se negara a retirar la cláusula que se considera por la CNC contraria a la competencia, ambas instancias, DGT y CNC, realizarán, en el ámbito de sus competencias, las actuaciones que procedieren.

<sup>90</sup> Se recogen aquí las ideas del profesor PORTA, J., en *La réalisation du droit communautaire, Essai sur le gouvernement juridique de la diversité I y II*, Fondation Varenne, Thèses n° 13, Paris, 2008.

tades de circulación, demuestran que el modelo de normativa comunitaria está siendo lentamente sustituido por nuevas vías de interacción/integración.

Si bien es cierto que la integración funcional comunitaria ha ido puliendo la diversidad existente entre los ordenamientos estatales, fundamentalmente en el plano económico e incluso, lentamente, en algunos aspectos sociales; tampoco puede negarse que la carencia histórica de competencias, conjugada con la ausencia de voluntad política, ha impedido en materia laboral, la adopción de una estrategia armonizadora en cuestiones hoy en día tan debatidas como las condiciones salariales o, claro está, los sistemas de relaciones colectivas y en particular de negociación colectiva.

En estas materias, la opción ha sido la gestión de la diversidad adoptando el método del conflicto de normas, clásico del Derecho internacional privado, bien que al menos *ab initio*, aparentemente modulado y con límites. En efecto, el progresivo aumento del ejercicio por las empresas establecidas en los Estados miembros de la libertad para prestar servicios con el consiguiente crecimiento de los problemas derivados de la definición de la norma aplicable a las relaciones laborales en el seno de las mismas, condujo a la adopción de la bien conocida Directiva 96/71<sup>91</sup>.

<sup>91</sup> Directiva 96/71/CE de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. Debe recordarse que la predominante finalidad económica se demuestra en la base jurídica utilizada por la Directiva, el actual art. 53.1 aplicable a la libre prestación de servicios por remisión del art. 60 ambos del TFUE. Así lo han señalado, PALAO MORENO, G., «Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios», REDI, vol. XLIX (1997), I, p. 378; RODRIGUEZ PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., «El desplazamiento temporal de trabajadores y la Directiva 96/71», *Relaciones Laborales*, tomo I-1999, p. 82.

De manera previa a la entrada en vigor de esta norma, el TJ ya se había enfrentado a un numeroso conjunto de asuntos en los que se confrontaban la aplicación de normas sociales estatales con el ejercicio de las libertades de circulación, en particular la mencionada libertad para prestar servicios.

La cláusula de estilo del TJ en estos asuntos era la siguiente: «el Derecho comunitario no se opone a que los Estados miembros extiendan su legislación, o los convenios colectivos de trabajo concluidos por los agentes sociales, a toda persona que realice un trabajo asalariado, incluso de carácter temporal, en su territorio, sea cual sea el país de establecimiento del empresario»<sup>92</sup>, además, «el Derecho comunitario tampoco prohíbe a los Estados miembros imponer el cumplimiento de dichas normas por los medios adecuados»<sup>93</sup>.

Sin embargo, según la interpretación del TJ de los fundamentos normativos de las libertades de circulación sitios en el Derecho primario, la aplicabilidad de las normas sociales no es ilimitada, ni aun cuando las mismas se orienten a la protección de los trabajadores. Si estas normas estatales tienen como efecto la limitación de las libertades de circulación, su aplicación va a quedar condicionada al cumplimiento de las siguientes condiciones: las normas deben estar justificadas por razones imperiosas de interés general; deben aplicarse a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el Esta-

do de destino; el interés que protegen debe estar ya salvaguardado por las normas a las que está sujeto el prestador en el Estado miembro en el que está establecido<sup>94</sup> y deben ser necesarias y proporcionadas para la protección de los trabajadores afectados<sup>95</sup>. En fin, los consabidos principios de justificación del objetivo con arreglo a los principios de Derecho comunitario, no discriminación, no duplicidad<sup>96</sup> y proporcionalidad del sacrificio<sup>97</sup>.

Con estos parámetros el TJ determinaba la norma aplicable, modulando el resultado de la aplicación de la norma de conflicto que, antes de la adopción de la Directiva 96/71, no

<sup>94</sup> STJCE de 23 de noviembre de 1999, *Arblade*, C-369/96 y C-376/96, apartados 34-35; STJCE de 15 de marzo de 2001, *Mazzoleni*, C-165/98, especialmente apartado 24; STJCE de 24 de enero de 2003, *Portugaia*, C-164/99, apartado 19; STJCE de 12 de octubre de 2004, *Wolff & Müller*, C-60/03, apartado 35.

<sup>95</sup> STJCE de 15 de marzo de 2001, *Mazzoleni*, C-165/98; STJCE de 24 de enero de 2003, apartado 34 y STJCE de 25 de octubre de 2001, *Finalarte*, asuntos acumulados C-49/98, C-70/98, C-71/98, C-50/98, C-52/98, C-53/98, C-54/98, C-68/98, C-69/98, apartado 49.

<sup>96</sup> El TJ reiteraba el alcance de esta exigencia en la sentencia de 19 de junio de 2008, *Comisión contra Luxemburgo*, C-319/06, apartado 42: «Pues bien, aunque, según reiterada jurisprudencia, el Derecho comunitario no se opone a que los Estados miembros extiendan su legislación, o los convenios colectivos de trabajo celebrados por los interlocutores sociales, a cualquier persona que efectúe un trabajo por cuenta ajena, aun cuando sea temporal, en su territorio, cualquiera que sea el Estado miembro de establecimiento del empresario, no es menos cierto que tal facultad está supeditada al requisito de que los trabajadores afectados, que realizan temporalmente trabajos en el Estado de acogida, no gocen ya de la misma protección, o de una protección esencialmente comparable, en virtud de obligaciones que se impongan a su empresario en el Estado miembro en el que se halla establecido».

<sup>97</sup> Para un tratamiento de los mismos se remite a la bibliografía citada en GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., «La incidencia de las libertades de circulación comunitarias en el Derecho del Trabajo: el estado de la cuestión en la jurisprudencia del TJCE», *Revista Aranzadi Unión Europea*, nº 6.

<sup>92</sup> STJCE de 27 de marzo de 1990, *Rush Portuguesa*, C-113/89, apartado 18.

<sup>93</sup> STJCE de 3 de febrero de 1982, *Seco*, asuntos acumulados 62/81 y 63/81, apartado 14; SSTJCE de 23 de noviembre de 1999, *Arblade*, C-369/96 y C-376/96, apartado 41; STJCE de 15 de marzo de 2001, *Mazzoleni*, C-165/98, especialmente apartados 26 y ss.; STJCE de 25 de octubre de 2001, de 24 de enero de 2003, *Portugaia*, C-164/99, apartado 21; STJCE de 12 de octubre de 2004, *Wolff & Müller*, C-60/03, apartado 37; STJCE de 14 de abril de 2005, *Comisión contra Alemania*, C-341/02, apartado, 24.

era otra que el art. 6 del antiguo Convenio de Roma sobre las obligaciones contractuales<sup>98</sup>.

Tras su entrada en vigor en 1999, la mencionada Directiva 96/71 se configuró como norma de conflicto aplicable en las situaciones de desplazamiento transnacional de trabajadores en el marco de una prestación de servicios<sup>99</sup>. Codificando la jurisprudencia anterior del TJ, la norma de Derecho derivado determina un conjunto de disposiciones del ordenamiento del Estado de acogida temporal, que deben ser obligatoriamente contem-

<sup>98</sup> La determinación de la norma aplicable al contrato de trabajo en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes se regulaba en el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 1980 de 19 de junio de 1980, 80/934/CEE, sustituido por el Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), el cual resulta aplicable desde el 17 de diciembre de 2009.

<sup>99</sup> Este carácter de la Directiva se corrobora por las abundantes remisiones y la voluntad de coordinación existentes en el texto del Reglamento Roma I, el cual ha prestado una atención específica a las situaciones de desplazamiento temporal de trabajadores, recogiendo lo estipulado en el antiguo art. 6 del Convenio de 1980 (que pasa a ser el art.8) pero actualizando la cuestión mediante una remisión expresa a la aplicabilidad de los contenidos de la Directiva 96/71. El Reglamento utiliza, una vez más, la técnica de definir en sus «Considerandos», del 34 al 37, cuestiones fundamentales como la ya mencionada remisión a la Directiva, la obligación de respetar «disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo» y las normas mínimas de derecho necesario con idéntico objetivo, a las que se refiere como «disposiciones que solo puedan excluirse en su beneficio», la distinción fundamental entre leyes de policía y normas de derecho necesario así como la esperada definición de temporalidad: señalando que la realización del trabajo en otro país se considera temporal «cuando se supone que el trabajador va a reanudar su trabajo en el país de origen tras realizar su tarea en el extranjero. La celebración de un nuevo contrato de trabajo con el empleador original o con un empleador que pertenezca al mismo grupo de empresas que el empleador originario no debe excluir que se considere que el trabajador realiza su trabajo en otro país de manera temporal». Se pone así el acento en la no inclusión del trabajador en el mercado de trabajo del país de acogida por la necesaria reanudación del mismo en el país de origen.

pladas cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, incluyendo en el texto un listado de materias no limitativo, así como las vías normativas por las cuales dichas condiciones pueden ser impuestas a las empresas extranjeras<sup>100</sup>.

El TJ ha atribuido en su jurisprudencia diversos objetivos a esta norma de Derecho derivado de difícil conciliación. Por un lado, el Tribunal ha afirmado que su finalidad es

<sup>100</sup> En su art. 3, la Directiva determina un conjunto de materias, en un listado en principio no limitativo, acerca de las cuales pueden imponerse las condiciones del Estado miembro de acogida a todas las personas que trabajen en su territorio, incluyendo las empresas que desplacen temporalmente a trabajadores a otros Estados miembros siempre que dichas condiciones se encuentren establecidas de manera conforme a las indicaciones del texto de la Directiva. Las dos vías previstas son la utilización de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas y los convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general. Como señala el apartado 8 del mencionado artículo, por convenios colectivos declarados de aplicación general se entenderán aquellos que deban respetar todas las empresas pertenecientes al sector o profesión de que se trate. A falta de un sistema de declaración de aplicación general de convenios colectivos, continúa este apartado, «los Estados miembros podrán basarse, si así lo deciden, en los convenios colectivos que surtan efecto general en todas las empresas similares pertenecientes a la profesión o al sector de que se trate y correspondientes al ámbito de aplicación territorial de éstos, y/o los convenios colectivos celebrados por las organizaciones de los interlocutores sociales más representativas a escala nacional y que sean ampliamente aplicados en el conjunto del territorio nacional, siempre que su aplicación a las empresas mencionadas en el apartado 1 del artículo 1 garantice igualdad de trato por lo que respecta a las materias enumeradas en el párrafo primero del apartado 1 del presente artículo entre dichas empresas y las demás empresas mencionadas en el presente párrafo que se hallen en una situación similar». Para un desarrollo del contenido de esta norma y de su trasposición en el Estado español *vid.* por todos, CASAS BAAMONDE, M.E.; GUANTER DEL REY, S., *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, CES, Madrid, 2002 y CREMERS, J. et al., «Posting of workers in the single market: attempts to prevent social dumping and regime competition in the EU», *Industrial Law Journal*, vol. 38, 2007, así como la doctrina y los textos de las Instituciones Europeas citados en el artículo.

establecer, «en interés de los empresarios y los miembros de su personal, las condiciones de trabajo y empleo aplicables a la relación de trabajo cuando una empresa establecida en un Estado miembro determinado desplace trabajadores al territorio de otro Estado miembro, con carácter temporal, en el marco de una prestación de servicios»<sup>101</sup>. En otro de sus pronunciamientos, el TJ afirmaba que de la lectura de la Directiva a la luz del artículo 49 se desprende que su objetivo consiste, en particular, en la consecución de la libre prestación de servicios, la cual es una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado<sup>102</sup>.

La aplicación de la Directiva y su transposición por los Estados miembros no ha permitido, como demuestra la jurisprudencia posterior del TJ, una gestión eficiente de la diversidad que permita compatibilizar la construcción del mercado interior con la protección de los trabajadores. Al contrario, a lo largo de los años, el número de escenarios de la interacción ha ido *in crescendo*. La situación ha devenido especialmente conflictiva tras las dos últimas ampliaciones y con el pro-

gresivo aumento de las situaciones de utilización por parte de las empresas de los diferentes estándares laborales existentes en los Estados miembros como vía para obtener un mayor beneficio, siendo los últimos y más gravemente afectados por este *dumping* social, los sistemas de relaciones colectivas de trabajo.

La prueba evidente de esta situación la encontramos en los asuntos *Laval*<sup>103</sup>, *Rüffert*<sup>104</sup>, *Comisión contra Luxemburgo*<sup>105</sup> (en adelante nos referiremos a este conjunto de asuntos denominándolos la «*saga Laval*»).

Todos ellos pivotan acerca de la idea de que la negociación colectiva como vehículo de regulación de las condiciones de trabajo puede obstaculizar, si no se adoptan los acuerdos según unas pautas comunes marcadas en la Directiva 96/71, la libertad fundamental para prestar servicios.

#### 4.1. El reposicionamiento de los límites: *Viking Line* como pórtico de entrada

Como se ha señalado en epígrafes anteriores, tras el asunto *Van der Woude*, los convenios colectivos no habían sido examinados de nuevo por el TJ a la luz de la realización del mercado interior de la UE. Durante décadas, la labor del Tribunal se había centrado en el examen de las restricciones a las libertades de circulación económicas provocadas por la aplicación de normas laborales estatales rela-

<sup>101</sup> STJCE de 18 de diciembre de 2007, *Laval*, C-341/05, apartado 58.

<sup>102</sup> STJCE de 3 de abril de 2008, *Rüffert*, C-346/06, apartado 36. Según la interpretación del Abogado General TRSTENJAK en sus conclusiones al asunto, *Comisión contra Luxemburgo*, C-319/06, presentadas el 13 de septiembre de 2007, la complicada teleología de la Directiva 96/71 puede resumirse en tres objetivos muy diferentes: evitar distorsiones de la competencia, defender los derechos de los trabajadores desplazados y eliminar los obstáculos e imprecisiones que dificulten la libre prestación de los servicios. Atrás queda por tanto la consideración de que la Directiva debía fungir como un instrumento de gestión de la diversidad y protección de los derechos de los trabajadores, algo que el mismo Tribunal había señalado en la mencionada sentencia *Wolff & Müller*, donde afirmó que «no existe necesariamente una contradicción entre el objetivo de mantener la competencia leal, por una parte, y el de garantizar la protección de los trabajadores, por otra. El quinto considerando de la Directiva 96/71 demuestra que estos dos objetivos pueden perseguirse simultáneamente».

<sup>103</sup> STJCE de 18 de diciembre de 2007, *Laval*, C-341/05.

<sup>104</sup> STJCE de 3 de abril de 2008, *Rüffert*, C-346/06. Las conclusiones al caso elaboradas por el Abogado General IVE BOT, fueron publicadas el 20 de septiembre de 2007. Sobre la cuestión se remite al análisis realizado en GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., «Desplazamiento transnacional de trabajadores y convenios colectivos (Parte Tercera): el Caso *Rüffert*», AS, nº 5, 2008.

<sup>105</sup> STJCE de 19 de junio de 2008, *Comisión contra Luxemburgo*, C-319/06.



tivas a relaciones individuales de trabajo o de seguridad social. En cambio la acción colectiva de los actores sociales dirigida a la regulación de las condiciones de trabajo no había sido directamente considerada por el TJ como un obstáculo al ejercicio de las libertades de circulación. Es más, a diferencia de lo que ocurre respecto con las normas de la competencia, el Tribunal ha afirmado que no puede considerarse que sea inherente al propio ejercicio de la libertad de los interlocutores sociales y del derecho a la negociación colectiva la vulneración de estas libertades económicas<sup>106</sup>. Pese a lo cual, esta vulneración se ha demostrado no solo posible sino en los últimos tiempos hasta recurrente.

En diciembre de 2007, el asunto *Viking Line*<sup>107</sup> marcó un punto de inflexión en la

<sup>106</sup> STJCE de 15 de julio de 2010, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania*, C-271/08, apartado 47.

<sup>107</sup> STJCE de 11 de diciembre de 2007, *Viking Line*, C-438/05. Las conclusiones al caso elaboradas por el Abogado General MIGUEL POIARES MADURO, han sido presentadas el 23 de mayo de 2007. Escuetamente resumidos, los hechos que dieron lugar a la cuestión prejudicial son los siguientes: el conflicto se suscitó entre el Sindicato de Marineros Finlandés (FSU) y la empresa *Viking Line* de la misma nacionalidad, propietaria del *Rosella*, buque abanderado en Finlandia y destinado desde el mes de agosto de 2003 al transporte de pasajeros entre Helsinki y Tallin (Estonia). Las relaciones laborales entre la tripulación del buque, predominantemente finlandesa, y la empresa se encontraban reguladas por un convenio colectivo firmado entre esta última y el FSU, según la normativa finlandesa. Los problemas entre el sindicato y la empresa comenzaron cuando ésta le comunicó su decisión de reabanderar el buque en Estonia. *Viking Line* justificó esta decisión afirmando estar sufriendo pérdidas dada la competencia directa de los buques estonios, con condiciones salariales menores. El sindicato finlandés mostró su desacuerdo y procedió a notificar los hechos a la Federación Internacional de Trabajadores del Transporte (ITF), de la cual es miembro, solicitándole que aplicara su política relativa a los pabellones de conveniencia. Según esta línea de actuación, seguida por el sindicato desde 1948 con el objetivo de evitar el *dumping social* ligado a los cambios de pabellón de los buques, las condiciones de trabajo y los salarios de la tripulación deben negociarse por el sindicato del país don-

jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Con esta sentencia, el TJ construía una argumentación jurídica que le permitía sortear los dos obstáculos fundamentales para evitar la aplicación de las normas que regulan las libertades de circulación a las acciones colectivas y en particular a los convenios colectivos: la imposición de límites derivados de la aplicación de las libertades económicas al ejercicio legítimo, en términos de normativa estatal, de derechos fundamentales y la eficacia frente a terceros de las libertades económicas comunitarias.

En relación con la primera cuestión, es bien cierto que el punto de partida de la resolución mencionada podía parecer esperanzador. En ella, el TJ reconocía, por primera vez que el derecho de huelga es un derecho fundamental que forma parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. Se trata, sin embargo, de un reconocimiento nacido con lastre.

En efecto, para realizarlo el TJ se apoyaba en las normas internacionales, en el art. 28 de la Carta de Niza y en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, señalando que su protección debe realizarse de conformidad con el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales. Por tanto, su ejercicio debe conciliarse con las exigencias relativas a los derechos protegidos por el Tratado, en particular las libertades económicas fundamentales y con el principio de proporcionalidad, citando en

de se ubica el propietario del barco. Procediendo de manera acorde a esta política, la ITF comunicó a sus federaciones los hechos, recordando que según la línea de acción sindical ninguna de las federaciones a excepción del FSU podría negociar con *Viking* un convenio colectivo aplicable al *Rosella*. No va a desarrollarse el razonamiento del TJCE en profundidad, remitiendo a lo ya comentado en GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., «La sumisión del derecho de huelga a la libertad de establecimiento comunitaria: el caso *Viking Line*». *Aranzadi Social*, nº 21, 2007.

respaldo de esta conclusión su doctrina sentada en los asuntos *Schmidberger*<sup>108</sup> y *Omega*<sup>109</sup>.

<sup>108</sup> STJCE de 12 de junio de 2003, *Schmidberger*, C-112/00. En este asunto la restricción a la libre circulación de mercancías se derivó del ejercicio de los derechos de expresión y reunión, en el curso de una manifestación convocada por una asociación ecologista que cortó una autopista austriaca con la finalidad de sensibilizar a la opinión pública de los problemas de polución que provocaba la mencionada vía de tránsito. El Tribunal afirmó que la presencia de un derecho fundamental exigía la ponderación de los intereses en juego a la luz de las circunstancias concretas. Así, afirmando que «...al imponerse el respeto de los derechos fundamentales tanto a la Comunidad como a sus Estados miembros, la protección de tales derechos constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario, incluso en virtud de una libertad fundamental garantizada por el Tratado como la libre circulación de mercancías» el Tribunal consideró justificada la acción y exoneró la responsabilidad del Estado por varios motivos: haber obtenido la manifestación los preceptivos permisos; haber provocado un impacto reducido sobre la circulación en la autovía; tener una finalidad distinta de la de restringir la libre circulación y haber informado públicamente de las acciones a fin de aminorar el impacto.

<sup>109</sup> STJCE de 14 de octubre de 2004, *Omega*, C-36/02. En esta ocasión el origen del litigio fue una orden de una autoridad gubernativa alemana mediante la cual se prohibieron los simulacros de homicidio en el marco de un juego de *laser*. La prohibición se motivó en la amenaza para el orden público y la dignidad humana que suponía la oferta de tal actividad «recreativa». Dicha orden conllevaba una potencial restricción a la libre prestación de servicios de una empresa inglesa que comercializaba dicho juego, legal en el Reino Unido, en régimen de franquicia y que planeaba ejercer la actividad en Alemania. En el litigio principal las autoridades alemanas consideraron que esa modalidad de juego amenazaba al orden público, según la concepción predominante en la opinión pública, implicando un menoscabo a la dignidad humana. El TJCE consideró que tal valor, consagrado en la Constitución alemana, se encuentra garantizado y protegido en el ordenamiento jurídico comunitario, como principio general del Derecho. Su protección por tanto constituye un interés legítimo que puede justificar una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario, siempre que tales restricciones sean necesarias «para la protección de los intereses que pretenden garantizar y sólo si dichos objetivos no pueden alcanzarse con medidas menos restrictivas».

De esta manera, el valor del reconocimiento del derecho de huelga por el TJ como derecho fundamental realizado en la sentencia *Viking Line* conlleva un sentido contrario al esperado. En efecto, el TJ reconoce el derecho de huelga como fundamental en el ordenamiento de la Unión pero de este reconocimiento no puede derivarse ni una nueva competencia comunitaria ni una protección adicional a la existente en los ordenamientos nacionales, dados los límites normativos existentes tanto en el TFUE como en la propia Carta de Niza. Así, como señala Orlandini, a pesar del reconocimiento del TJ «el derecho fundamental a la acción colectiva existe si el mismo está reconocido en el ordenamiento nacional, en cambio, de no existir este último o no haber recibido el mismo una tutela específica las reglas comunitarias de tutela de las libertades económicas no requerirían ninguna ponderación con el derecho de acción colectiva que, no existiendo para el Estado interesado tampoco existen para la UE»<sup>110</sup>.

El primer impacto de la sentencia no deriva pues del reconocimiento del derecho sino de la afirmación que acompaña al mismo, esto es, de la necesidad de conciliar su ejercicio con las libertades económicas comunitarias. El derecho de huelga debe respetar, por tanto, no sólo las fronteras que a su ejercicio imponen ya los sistemas normativos estatales, sino los nuevos límites que se derivan del Derecho de la Unión<sup>111</sup>.

Tras eliminar la posibilidad de que el reconocimiento como un derecho fundamental implique la existencia de una excepción a la aplicación de las normas que regulan el mercado interior, el Tribunal valoraba en *Viking Line* la posibilidad de aplicar el antiguo art. 43 TCE, actual 49 TFUE, a una acción realizada por actores privados, en este caso, una huelga.

<sup>110</sup> ORLANDINI, G., «*Viking, Laval e Rüffert...*», cit., p. 56.

<sup>111</sup> En este sentido interpreta el TJ el art. 28 de la CDFUE en su sentencia 18 de diciembre de 2007, *Laval*, C-341/05, apartado 91.

La necesidad de que las acciones de particulares no supongan un obstáculo a las libertades de circulación ya había sido señalada por el TJ, bien que por vía indirecta. Así, el Tribunal ha afirmado la responsabilidad del Estado por acciones privadas que obstaculicen de manera no justificada estas libertades, en concreto la libre circulación de mercancías, en las sentencias de 9 de diciembre de 1997, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa*, C-265/95 y de 12 de junio de 2003, *Schmidberger*, C-112/00. En esta última el Tribunal reiteró que las normas que prohíben el establecimiento de restricciones cuantitativas a la importación o exportación así como las medidas equivalentes a las mismas «obligan a los Estados miembros no sólo a no adoptar ellos mismos actos o comportamientos que puedan constituir un obstáculo a los intercambios, sino también, en relación con el artículo 5 del Tratado, a tomar todas las medidas necesarias y adecuadas para garantizar en su territorio el respeto de dicha libertad fundamental». Con esta afirmación el TJ concluye que «la autoridad nacional competente, cuando se enfrenta a obstáculos al ejercicio efectivo de una libertad fundamental reconocida en el TCE, como la libre circulación de mercancías, y que se derivan de actuaciones llevadas a cabo por particulares, está obligada a adoptar las medidas apropiadas al objeto de garantizar dicha libertad en el Estado miembro de que se trate».

Más allá de la responsabilidad del Estado en el control de la actividad de los particulares, el TJ establecía en el asunto *Viking Line* la existencia de una vía directa de control cuando las acciones de los particulares que obstaculizan las libertades económicas tiene como finalidad «regular colectivamente el trabajo por cuenta ajena, el trabajo por cuenta propia y las prestaciones de servicios»<sup>112</sup>.

<sup>112</sup> STJCE de 11 de diciembre de 2007, *Viking Line*, C-438/05, apartado 33.

Para realizar esta afirmación el TJ partía de su jurisprudencia anterior en la cual había afirmado reiteradamente que «las disposiciones comunitarias en materia de libre circulación de personas y de servicios no rigen solamente la actuación de las autoridades públicas, sino que se extienden asimismo a las normativas de otra naturaleza que tengan por finalidad regular colectivamente el trabajo por cuenta ajena y las prestaciones de servicios. (...) la eliminación, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de personas y a la libre prestación de servicios correría peligro si la supresión de las barreras de origen estatal pudiera ser neutralizada con obstáculos derivados del ejercicio de su autonomía jurídica por asociaciones y organismos que no están sometidos al Derecho público»<sup>113</sup>.

Partiendo de esta premisa y señalando que las condiciones de trabajo de los diferentes Estados miembros se rigen, bien por disposiciones de carácter legislativo o reglamentario, bien por convenios colectivos y otros actos celebrados o adoptados por personas privadas, el TJ afirmaba en *Viking Line* que «...si las prohibiciones previstas en los artículos citados se limitaran a los actos de la autoridad pública, ello podría crear desigualdades en su aplicación».

Es cierto, continuaba el TJ que «la organización de medidas de conflicto colectivo por los sindicatos de trabajadores debe considerarse incluida en la autonomía jurídica de que disponen estos organismos, que no cons-

<sup>113</sup> SSTJCE de 15 de febrero de 1995, *Bosman*, C-415/93, párrafo 85; de 11 de abril de 2000, *Deliège*, C-51/96 y C-191/97, apartado 47. Se retoma en estos asuntos la afirmación realizada en el asunto *Walrave* (STJCE de 12 de diciembre de 1974, 36/74, apartado 18) en la que el Tribunal se refirió, además de a la libre circulación de trabajadores a la libertad de prestar servicios. Evidentemente en estos casos el Tribunal no se estaba pronunciando acerca de un convenio colectivo sino respecto de normas adoptadas por asociaciones deportivas.

tituyen entidades de Derecho público, en virtud de la libertad sindical que les reconoce, en particular, el Derecho nacional». Sin embargo, en tanto en cuanto estas medidas son el último recurso de las organizaciones sindicales para lograr su reivindicación de que se regule de modo colectivo el trabajo de los asalariados de la empresa, éstas deben considerarse relacionadas, de modo inseparable, con el convenio colectivo, razón por la que están comprendidas dentro del ámbito de aplicación de las libertades de circulación, en el caso concreto, de la libertad de establecimiento<sup>114</sup>.

De esta manera, al haber partido de la premisa del ligamen indisoluble entre la acción sindical y la adopción del convenio, y al considerar el convenio bajo el ámbito de aplicación de las libertades de circulación, el Tribunal concluye que las acciones sindicales también deben entenderse sujetas a las mismas<sup>115</sup>.

Sobre estos cimientos el Tribunal ha edificado los límites a la aplicación de los convenios colectivos en las situaciones de movilidad empresarial transnacional en el territorio UE. Superados los dos escollos fundamentales mencionados, en el caso *Laval* el TJ basó esencialmente el examen del ejercicio del derecho colectivo fundamental en el análisis de la adecuación del Derecho interno con la Directiva 96/71<sup>116</sup>. Con este pronunciamiento

el Tribunal inauguró una línea de interpretación rígida de los requisitos impuestos por la norma comunitaria para la aplicación de los convenios colectivos a los trabajadores desplazados en el marco de una prestación transnacional de servicios, interpretación que ha marcado la resolución del posterior caso *Rüffert*<sup>117</sup> y que se ha mantenido en el asunto *Comisión contra Luxemburgo*<sup>118</sup>.

nacionalidad para realizar una serie de trabajos en un municipio sueco, en el marco de un contrato de obra obtenido en una licitación pública. Tras el comienzo de las actividades de construcción, la sección local de la Federación sueca de obreros de la construcción contactó con la empresa, a efectos de concluir con la misma un acuerdo de adhesión al convenio colectivo de la construcción. Según el procedimiento habitual, una vez firmado el acuerdo y rigiendo la obligación de paz social se procedería a la negociación de los salarios, objetivo fundamental de la negociación. La empresa letona se negó a la adhesión a la norma colectiva sueca, procediendo en cambio a la firma de un convenio con el sindicato letón de los obreros de la construcción. Como reacción el sindicato sueco inició diversas acciones colectivas, entre ellas un bloqueo que paralizó la actividad de la empresa sin que las mismas fueran reiniciadas posteriormente, por lo que la municipalidad de Vaxholm procedió a anular el contrato con la compañía.

<sup>117</sup> STJCE de 3 de abril de 2008, *Rüffert*, C-346/06. Las conclusiones al caso elaboradas por el Abogado General Ives BOT, han sido presentadas el 20 de septiembre de 2007. El asunto tiene como origen la aplicación de la Ley del *Land* de Baja Sajonia sobre la Contratación Pública. La misma impone a las empresas adjudicatarias, independientemente de su nacionalidad, la obligación de abonar como mínimo los salarios establecidos en convenios colectivos que no han sido declarados de eficacia *erga omnes*. Sobre la cuestión se remite al análisis realizado en GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., «Desplazamiento transnacional de trabajadores y convenios colectivos (Parte Tercera): el Caso *Rüffert*», *AS*, nº 5, 2008.

<sup>118</sup> STJCE de 19 de junio de 2008, *Comisión contra Luxemburgo*, C-319/06. Las conclusiones al caso elaboradas por Conclusiones del Abogado General TRSTENJAK presentadas el 13 de septiembre de 2007. En esta ocasión se trata de un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión contra este Estado por vulnerar en la norma de adaptación de la Directiva 96/71 (la ley de 20 de diciembre de 2002) el Derecho comunitario y en particular el art. 3 apartados 1 y 10 de la mencionada norma de Derecho derivado. Entre otras cuestiones

<sup>114</sup> STJCE de 11 de diciembre de 2007, *Viking Line*, C-438/05, apartados 36-37.

<sup>115</sup> La misma interpretación es retomada en las Conclusiones de la Abogada General TRSTENJAK publicadas el 14 de abril de 2010 al asunto de 15 de julio 2010, *Comisión contra Alemania*, C-271/08, párrafo 73. En ellas la Abogada señala con claridad que: «Una exclusión de la normativa laboral de carácter colectivo del ámbito de aplicación de las libertades fundamentales supondría el riesgo de crear desigualdades en la aplicación de las obligaciones derivadas de las libertades fundamentales consagradas en el Derecho primario».

<sup>116</sup> De manera esquemática, el supuesto de hecho de esta sentencia puede resumirse como sigue: la empresa letona *Laval* desplazó a 35 obreros de la misma

#### 4.2. Las condiciones que las libertades de circulación imponen a la aplicación de los convenios colectivos según la doctrina del TJ

La regulación de los sistemas de relaciones colectivas de los Estados miembros de la UE se caracteriza por una marcada diversidad. Efectivamente, entre ellos es posible encontrar desde sistemas de negociación colectiva fundamentados en la eficacia *erga omnes* de los acuerdos, derivada de un reconocimiento legislativo de la misma, hasta los llamados sistemas de tipo voluntario. Estos últimos, donde la intervención del Estado se minimiza o acaso desaparece, se basan en el equilibrio de fuerzas derivado del libre recurso al conflicto como fórmula de presión para el cumplimiento de lo acordado.

En particular, los sistemas sueco y alemán, afectados por las sentencias *Laval* y *Rüffert*, han estado caracterizados por esta elusión de la participación del Estado en las relaciones colectivas de trabajo, evitando el mecanismo de la extensión legal de la eficacia de los convenios por razones políticas y sociales ligadas a la propia evolución de sus respectivos modelos de relaciones industriales<sup>119</sup>. En estos sistemas, el rechazo a la

señaladas en el recurso, que es admitido por el Tribunal en su totalidad, la norma luxemburguesa califica la totalidad de las normas internas relativas a los convenios colectivos como «disposiciones de orden público», intentando integrar así la regulación de la negociación colectiva en el listado de materias del art. 3.1 por la vía del apartado primero del art. 3.10 de la Directiva.

<sup>119</sup> El modelo sueco de relaciones industriales se ha construido tomando como principio fundamental la abstención del Estado en la regulación del mercado de trabajo, que queda derivada a la responsabilidad común de los actores sociales. Sobre el sistema de relaciones industriales en Suecia, *vid.* NORBERG, P.; NUMHAUSER-HENNING, A., «La negociación colectiva en Suecia», en *La negociación colectiva en Europa*, cit., pp. 235 y ss; MANTZ, T., «Des salaires minima élevés déterminés en toute autonomie par les partenaires sociaux», *Chronique internationale de l'IRES* – nº 103-novembre 2006, pp. 103 y ss. En el caso alemán, el reconocimiento de la

extensión de la eficacia de los convenios por la vía de la acción estatal se encuentra fundamentado en la propia historia de las relaciones entre los actores sociales y en la configuración actual de los mismos, de sus relaciones de poder y de sus equilibrios<sup>120</sup>.

La existencia de esta diversidad, reconocida y protegida por el actual art. 152 del TFUE, ha sido condicionada por el TJ en su interpretación de la Directiva 96/71. La mis-

autonomía colectiva se ha derivado de la libertad de coacción, reconocida en el art. 9.3 de la Ley Fundamental. El Tribunal Constitucional ha afirmado que esta autonomía de los actores sociales implica la *exoneración* del Estado, dado que la libertad constitucionalizada «se legitima en la experiencia histórica que la negación colectiva promueve con éxito y mejor que una intervención estatal los objetivos de los diferentes grupos económicos y del interés general». Recoge esta doctrina constitucional ZACHERT, U., en «La negociación colectiva en Alemania», en *La negociación colectiva en Europa*, cit., pp. 30 y ss.

<sup>120</sup> Cabe recordar aquí que en el modelo sueco, ni los salarios mínimos son fijados por ley ni existe una declaración de la eficacia *erga omnes* de los convenios colectivos. Son los sindicatos los encargados de negociar y mantener los estándares salariales y de condiciones de trabajo. Por ello, los sindicatos a través de la presión de la acción colectiva y los instrumentos de negociación inducen a los empresarios no afiliados a las asociaciones firmantes de los convenios colectivos a suscribir acuerdos de adhesión a los convenios firmados en el sector de referencia. Evidentemente, cuando los empresarios se niegan a la firma de los acuerdos, como sucedió en el caso *Laval*, los sindicatos tienen el derecho a recurrir a distintas medidas de acción colectiva, siendo indiferente que la empresa sea nacional o extranjera. Esta autosuficiencia sindical es paralela a la abstención estatal en materia de relaciones colectivas de trabajo, que se configura como una característica intrínsecamente ligada a la naturaleza del sistema sueco, donde el elevado nivel de sindicación existente y la capacidad de presión sindical mediante acciones colectivas garantizan la eficacia de los convenios. La autonomía de los actores sociales es, por tanto, un rasgo principal de un sistema cuyos principales actores, constituidos a finales del siglo XIX mantienen una histórica relación de concertación, cooperación y colaboración, con una tasa de sindicación que oscila entre el 70 y el 75%. Sobre esta cuestión *vid.* RÖNNMAR, M., «Liberata prestazione di servizi, diritto del lavoro e rapporti collettivi nell'esperienza svedese. Le implicazioni delle sentenze *Laval*, *Viking* e *Rüffert*» en VIMERCATI, A., *Il conflitto sbilanciato...*, cit., pp. 109 y ss.

ma, señala el Tribunal, no realiza una armonización ni del contenido de las disposiciones imperativas de protección mínima, que pueden ser fijados por los Estados miembros respetando el Tratado y los principios generales de Derecho comunitario<sup>121</sup>, ni de los sistemas de fijación de las condiciones de trabajo y empleo en los Estados miembros. Al contrario, éstos pueden elegir, a nivel nacional, un sistema que no figure expresamente entre los previstos en esa Directiva, «siempre que no obstaculice la prestación de servicios entre los Estados miembros»<sup>122</sup>.

Y evidentemente, he aquí el problema, la determinación del cómo y del por qué un sistema nacional de negociación colectiva puede obstaculizar la prestación de servicios, cuestión que el TJ ha abordado con profusión en los asuntos que configuran la «*saga Laval*».

#### 4.2.1. *Materias a las que pueden referirse las condiciones de trabajo y empleo aplicables a los trabajadores desplazados*

Como se señalaba anteriormente, el apartado primero del art. 3 de la Directiva 96/71 establece que los Estados miembros velarán por qué, cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, en el marco de una prestación de servicios transnacional, las empresas garanticen a los trabajadores desplazados en su territorio las condiciones de trabajo y empleo relativas a las materias enumeradas en esa disposición. De entre todas ellas, ha sido el salario mínimo la que ha generado mayor número de conflictos dada la intervención convencional en la designación de los mínimos salariales aplicables a los trabajadores de las empresas que prestan sus servicios en un Estado miembro diferente a su Estado de origen.

<sup>121</sup> STJCE de 18 de diciembre de 2007, *Laval*, C-341/05, apartado 60.

<sup>122</sup> STJCE de 18 de diciembre de 2007, *Laval*, C-341/05, apartado 68.

La mencionada disposición persigue, según la interpretación del TJ, dos objetivos concretos. Por un lado, asegurar una competencia leal entre las empresas nacionales y las empresas que realicen una prestación de servicios transnacional, «en la medida en que obliga a estas últimas a reconocer a sus trabajadores, respecto a una lista limitada de materias, las condiciones de trabajo y empleo fijadas, en el Estado miembro de acogida»<sup>123</sup>. Por otro, el artículo tiene por objetivo asegurar a los trabajadores desplazados la aplicación de las disposiciones de protección *mínimas* del Estado miembro de acogida en relación con las condiciones de trabajo y empleo relativas a las materias mencionadas mientras realizan actividades con carácter temporal en el territorio de dicho Estado miembro<sup>124</sup>. En particular, el apartado 1, párrafo primero, letra c) del art. 3 de la Directiva remarca la facultad de intervención de los Estados miembros, en lo que a los salarios se refiere, a las cuantías del salario *mínimo*<sup>125</sup>.

La redacción del art. 3 permite, *a priori*, la ampliación cualitativa y cuantitativa del listado de materias y del nivel de protección de las mismas. En primer lugar, el apartado 7 del mismo artículo establece que lo dispuesto en los apartados 1 a 6 del art. 3 no impide la aplicación de condiciones de trabajo y empleo más favorables para los trabajadores. Por añadidura, del considerando decimoséptimo de la Directiva se desprende que las disposiciones imperativas de protección mínima

<sup>123</sup> STJCE de 18 de diciembre de 2007, *Laval*, C-341/05, apartados 74-75. Esta norma, continua el TJ, impide por tanto que «mediante una aplicación a sus trabajadores, en relación con estas materias, de las condiciones de trabajo y empleo vigentes en el Estado miembro de origen, las empresas establecidas en otros Estados miembros puedan ejercer una competencia desleal hacia las empresas del Estado miembro de acogida, en el marco de una prestación de servicios transnacional, cuando el nivel de protección social es más elevado en el Estado miembro de acogida».

<sup>124</sup> *Ibidem*, apartado 75.

<sup>125</sup> STJCE de 19 de junio de 2008, *Comisión contra Luxemburgo*, C-319/06.

vigentes en el Estado de acogida no deben impedir la aplicación de tales condiciones. A pesar de lo que parece desprenderse de la literalidad de estas disposiciones, el TJ ha negado que las mismas puedan interpretarse en el sentido de permitir al Estado miembro de acogida supeditar la realización de una prestación de servicios en su territorio al cumplimiento de condiciones de trabajo y empleo que vayan más allá de las disposiciones imperativas de protección mínima<sup>126</sup>.

El TJ establece por tanto que el grado de protección que se establece en relación con las materias del art. 3.1 [párrafo primero, letras a) a g)] es un techo insuperable, afirmando que de permitirse la imposición de mayores cotas de protección se estaría privando de sentido a la Directiva 96/71. Por tanto, continua el TJ, «sin perjuicio de la facultad de las empresas establecidas en otros Estados miembros de adherirse voluntariamente en el Estado miembro de acogida, en particular en el marco de un compromiso asumido hacia su propio personal desplazado, a un convenio colectivo de trabajo eventualmente más favorable, el nivel de protección que debe garantizarse a los trabajadores desplazados al territorio del Estado miembro de acogida se limita, en principio, al previsto en el artículo 3, apartado 1, párrafo primero, letras a) a g), de la Directiva 96/71, salvo que dichos trabajadores ya disfrutaran, en virtud de la legislación o de convenios colectivos en el Estado miembro de origen, de condiciones de trabajo y empleo más favorables en relación con las materias previstas en dicha disposición»<sup>127</sup>. De esta manera, la posibilidad de un incremento cualitativo del grado de protección queda cerrada.

La otra vía es la ampliación cuantitativa de las materias cuyos niveles de protección

pueden imponerse a las empresas extranjeras que realicen una prestación de servicios. La misma está prevista en el apartado 10 del art. 3 de la Directiva 96/71, donde se establece que los Estados miembros podrán imponer condiciones de trabajo y empleo referidas a materias distintas de las enumeradas específicamente en el apartado 1, párrafo primero, letras a) a g), del mismo art. 3, de conformidad con las disposiciones del Tratado y en la medida en que se trate de disposiciones de orden público que se apliquen, de igual modo, a las empresas nacionales y a las de otros Estados miembros.

Sin embargo, la posibilidad de calificar disposiciones nacionales como disposiciones de orden público es especialmente limitada, según ha afirmado el Tribunal de Justicia, cuando esta calificación tiene repercusiones en el contexto comunitario<sup>128</sup>. En particular, cuando la calificación de orden público se utiliza «como justificación de una excepción al principio fundamental de la libre prestación de servicios, dicho concepto debe interpretarse en sentido estricto, de manera que cada Estado miembro no pueda determinar unilateralmente su alcance sin control por parte de

<sup>126</sup> STJCE de 18 de diciembre de 2007, *Laval*, C-341/05, apartado 79.

<sup>127</sup> STJCE de 18 de diciembre de 2007, *Laval*, C-341/05, apartados 80-81.

<sup>128</sup> Esta cuestión se encuentra en el origen del asunto *Comisión contra Luxemburgo*. El artículo 1 de la Ley de 20 de diciembre de 2002 por la que se adapta el ordenamiento luxemburgués a la Directiva 96/71 dispone que: «Constituyen disposiciones de orden público nacional, en lo que atañe, en particular, a las disposiciones de carácter convencional o contractual, con arreglo a lo establecido en la Ley de 27 de marzo de 1986 sobre aprobación del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, y, como tales, son aplicables a todos los trabajadores que desarrollen una actividad en el territorio del Gran Ducado de Luxemburgo, incluidos los que son objeto de un desplazamiento temporal, cualquiera que sea su duración o su naturaleza, todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como las que se deriven de convenios colectivos declarados de obligación general o de un laudo arbitral con un ámbito de aplicación similar al de los convenios colectivos de obligación general, relativas a (...) 11. a los convenios colectivos de trabajo».

las instituciones de la Comunidad Europea (...) De ello se deriva que el orden público sólo puede invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad<sup>129</sup>.

De esta manera, la segunda vía de escape con la que la Directiva 96/71 parecía permitir la gestión de la diversidad y de las particularidades nacionales en el contenido de la negociación colectiva queda de esta manera cerrada.

#### 4.2.2. *Límites para la aplicación de las condiciones de trabajo y empleo determinadas por convenios colectivos a los trabajadores desplazados*

Tal y como se desprende del supuesto de hecho, las acciones colectivas de huelga y de boicot que dieron lugar a la sentencia *Laval* de 18 de diciembre de 2007, tuvieron la clara finalidad de obligar a la empresa extranjera a firmar un convenio colectivo y a pactar unos salarios coincidentes con los aplicables en el Estado de acogida. Los sindicatos suecos buscaban con su actuación igualar las condiciones laborales en el sector y proteger los derechos de los trabajadores, pero no cabe duda de que la aplicación del convenio colectivo a la totalidad del sector conseguiría igualmente el objetivo de igualar las condiciones de competencia en el sector en cuanto a la mano de obra se refiere.

Ni el carácter de la huelga como derecho fundamental, reconocimiento que se fundamenta de manera mimética al asunto anterior *Viking Line*, ni los evidentes objetivos de la acción sindical, ni la necesidad de hacer efectiva la lucha contra el *dumping* social sometiendo a todas las empresas del sector a condiciones similares, fueron considerados

por el Tribunal como argumento suficiente para defender la actuación sindical. Al contrario, el TJCE finalizaba su análisis considerando que la acción del sindicato era contraria tanto a la Directiva 96/71 como al art. 49 del TCE. Para ello, a lo largo de la sentencia, el Tribunal centró su análisis en la norma de Derecho derivado, considerando que el ordenamiento sueco no cumple con los requisitos en ella impuestos en cuanto a la configuración de la eficacia de los convenios colectivos.

El TJ parte del párrafo primero del art. 3 de la Directiva donde se establece que las condiciones de trabajo y empleo relativas a las materias contempladas en las letras a) a g) de la disposición se fijan, respecto a las prestaciones de servicios transnacionales en el ámbito de la construcción, bien por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, o bien por convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general. Los convenios colectivos y laudos arbitrales han de ser aquellos que deban respetar todas las empresas pertenecientes al sector o la profesión de que se trate y correspondientes al ámbito de aplicación territorial de éstos. Como vía alternativa a este sistema, que plasma la práctica de los sistemas de negociación con eficacia *erga omnes* de los convenios, el apartado octavo del mismo artículo permite, además, que los Estados miembros, a falta de un sistema de declaración de aplicación general de convenios colectivos o laudos arbitrales, tomen como base los que surtan efecto general en todas las empresas similares pertenecientes al sector de que se trate o los celebrados por las organizaciones de los interlocutores sociales más representativas a escala nacional y que sean ampliamente aplicados en el conjunto del territorio nacional.

Esta vía alternativa ha sido interpretada por el TJ de nuevo de manera estricta. Como afirmaba en el caso *Laval*, «el uso de esta última posibilidad exige, por una parte, que el Estado miembro lo decida así y, por otra parte, que la aplicación de los convenios colectivos a las empresas que desplazan trabajado-

<sup>129</sup> STJCE de 19 de junio de 2008, *Comisión contra Luxemburgo*, C-319/06, apartado 50.



res garantice a éstos, en cuanto a las materias enumeradas en el artículo 3, apartado 1, párrafo primero, letras a) a g), de la Directiva 96/71, igualdad de trato en relación con las empresas nacionales que pertenezcan al sector o a la profesión de que se trate que se encuentren en una situación similar. Existe igualdad de trato, en el sentido del artículo 3, apartado 8, de dicha Directiva, cuando estas últimas empresas estén sometidas a las mismas obligaciones, respecto a las mencionadas materias, que las empresas objeto de los desplazamientos y cuando a unas y a otras puedan serles exigidas obligaciones con los mismos efectos»<sup>130</sup>.

Esto implica que, a falta de un sistema de declaración de aplicación general de convenios colectivos, los Estados miembros podrán basarse, *si así lo deciden*, en convenios colectivos que surtan efecto general en todas las empresas similares pertenecientes al sector. El modelo sueco, caracterizado por el alto nivel de sindicación, consigue la obligatoriedad de los convenios sin necesidad de una decisión *expresa*, ya que la misma se deriva del poder que el Estado reconoce a los sindicatos para ejercer medidas de acción colectiva. Sin embargo, en opinión del juzgador comunitario, la ausencia de una declaración *expresa* del Estado impide considerar como salario mínimo las cantidades que los sindicatos pretenden imponer a la empresa letona.

La estricta interpretación de la Directiva 96/71 en cuanto a las condiciones para considerar aplicables los convenios colectivos continuó en el asunto *Rüffert*. Como ya hiciera en el caso *Laval*, el Tribunal utilizó como punto de partida el art. 3 de la Directiva analizando a la luz del mismo, y posteriormente del art. 49 del TCE, las circunstancias del caso concreto. En esta ocasión existe una norma, la Ley del *Land* de Baja Sajonia sobre la Contratación Pública, que impone a las empresas

adjudicatarias, independientemente de su nacionalidad, la obligación de abonar como mínimo los salarios establecidos en convenios colectivos<sup>131</sup>. Con esta norma, el Estado alemán ha utilizado expresamente una de las dos vías habilitadas por la Directiva. Sin embargo, el TJ considera que esta vía es subsidiaria a la primera, no pudiendo utilizarse si existe una declaración de eficacia general de los convenios colectivos, cosa que según su parecer ocurre en el sistema alemán<sup>132</sup>.

<sup>131</sup> Como el propio TJ reconoce, se trata de una medida de carácter legal, adoptada por una autoridad de un Estado miembro, que exige a la entidad adjudicadora designar como adjudicatarios de contratos públicos de obras únicamente a las empresas que, en la licitación, se comprometan por escrito a pagar a sus trabajadores, como contraprestación por la ejecución de los servicios de que se trate, como mínimo, la retribución prevista en el convenio colectivo aplicable en lugar de la referida ejecución.

<sup>132</sup> El sistema alemán de negociación colectiva carece de una declaración de la eficacia *erga omnes* de los convenios, que benefician y obligan únicamente a los trabajadores y empresarios afiliados a los sindicatos y patronales firmantes. Los niveles salariales se han establecido tradicionalmente mediante convenios colectivos sectoriales y regionales dando paso paulatinamente a una mayor descentralización. En el sector de la construcción la previsión de los salarios mínimos se encuentra en un convenio colectivo federal, norma en la que se menciona expresamente la existencia de salarios superiores, pactados colectivamente a otros niveles, que no se verán afectados por los mínimos previstos con carácter general. La eficacia limitada de los convenios colectivos que caracteriza el sistema alemán tiene diversas excepciones. La más importante de ellas es la posibilidad de realizar una declaración ministerial de extensión de la fuerza vinculante de los convenios, establecida en el art. 5 de la Ley de Convenios Colectivos (Tarifvertrags-gesetz, de 9 de abril de 1949). Este precepto prevé que el Ministro de Trabajo pueda determinar que un convenio colectivo cuente con eficacia general si concurren una serie de circunstancias relativas al número de empresarios afectados por el convenio y al interés que revista el mismo. Por añadidura, y dado el creciente número de empresas extranjeras que desplazan trabajadores a Alemania, la transposición de la Directiva 96/71 sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, mediante la Ley Alemana de Desplazamiento de Trabajadores (*Arbeitnehmer-Entsendegesetz*) de 1996, habilitó una nueva vía para extender

<sup>130</sup> STJCE de 19 de junio de 2008, *Comisión contra Luxemburgo*, C-319/06, apartado 66.

El TJ concluye la sentencia *Rüffert* estimando que la cuantía salarial que la norma del *Land* impone se encuentra recogida en un convenio colectivo que no ha sido declarado generalmente aplicable; esta falta de declaración de aplicabilidad *erga omnes* no puede solucionarse a través de la vía del apartado 8º del art. 3 de la Directiva 96/71, porque en Alemania existe un sistema de declaración de aplicación general de convenios; tampoco es posible derivar esta obligación de la previsión contenida en la Ley de contratación pública, la cual no fija por sí misma la cuantía del salario; por último, no es posible establecer obligatoriamente protecciones nacionales reforzadas, considerando que la Directiva prevé expresamente el grado de protección exigible a las empresas extranjeras<sup>133</sup>.

la aplicabilidad de un convenio a la totalidad de trabajadores y empresarios de un sector determinado. Esta vía se utilizó ya en 1996 en el sector de la construcción, extendiendo la aplicabilidad del *TV Mindestlohn*, para que las condiciones salariales mínimas fijadas en el convenio colectivo federal se pudieran aplicar de manera general a empresas alemanas y extranjeras. Posteriormente, se han introducido siguiendo idéntico mecanismo los mínimos salariales en diversos sectores, como el de la limpieza, correos y otros. Sin embargo, el recurso a la extensión no es sencillo, ni en el plano jurídico ni en el político. De hecho, la extensión de la eficacia de los convenios por la vía de una decisión ministerial es un método tradicionalmente poco utilizado en Alemania y reservado a sectores con condiciones determinadas, aunque éstas se han suavizado con la entrada de la Ley Alemana de Desplazamiento de trabajadores. Sobre esta cuestión *vid.* ZACHERT, U., «La negociación colectiva en Alemania» en *La negociación colectiva en Europa*, cit., pp. 44-46.

<sup>133</sup> «...en relación con las materias a que se refiere su artículo 3, apartado 1, párrafo primero, letras a) a g), la Directiva 96/71 prevé expresamente el grado de protección cuyo respeto puede exigir el Estado miembro de acogida a las empresas establecidas en otros Estados miembros en favor de sus trabajadores desplazados a su territorio. Por lo demás, tal interpretación privaría de eficacia a dicha Directiva», STJCE de 3 de abril de 2008, *Rüffert*, C-346/06, apartado 33. Como señala el Abogado General en sus Conclusiones, con esta última afirmación, el Tribunal ha convertido la norma comunitaria en un techo, vaciando de contenido la posibilidad de mejorar las condiciones laborales, prevista en el art. 3.7 de la Directiva 96/71.

Un último asunto, el ya comentado *Comisión contra Alemania*<sup>134</sup>, ha llevado de nuevo al TJ a valorar la obstaculización de las libertades económicas derivada del contenido de un convenio colectivo. En esta ocasión el supuesto de hecho es totalmente diverso a los anteriores, no se trata de un desplazamiento transnacional de trabajadores sino de una adjudicación realizada por administraciones locales y empresas municipales de contratos de servicios de planes de pensiones de empleo a una serie de empresas determinadas en los convenios colectivos negociados entre las administraciones públicas y sus empleados. Como consecuencia de lo establecido en los convenios, las administraciones locales limitaron su capacidad decisoria a la hora de elegir las entidades gestoras del régimen de pensiones, ya que no podrían licitar libremente un acuerdo marco relativo a la conversión en aportaciones sin incurrir al mismo tiempo en un incumplimiento del convenio colectivo.

Considerando que dichas adjudicaciones deberían haberse realizado siguiendo los procedimientos establecidos en la Directiva sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos<sup>135</sup>, la Comisión interpuso un recurso de incumplimiento contra la República Federal Alemana. Para la resolución del mismo, el TJ ha valorado dos cuestiones fundamentales. En primer lugar, si como alegaba este Estado miembro, los convenios colectivos que contenían la adjudicación debían quedar fuera del ámbito de aplicación de las libertades de circulación; en segundo lugar, si la aplicación de las

<sup>134</sup> STJCE de 15 de julio de 2010, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania*, C-271/08.

<sup>135</sup> Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios y a partir del 1 de febrero de 2006 Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

Directivas, que son un desarrollo de estas libertades, es conciliable con la realización de los objetivos sociales que se perseguían con los convenios colectivos<sup>136</sup>.

A la primera cuestión, el Tribunal contestó de manera negativa, no considerando transportable, como se ha señalado en epígrafes anteriores, la jurisprudencia *Albany*<sup>137</sup> y afirmando con claridad que el ejercicio del derecho fundamental a la negociación colectiva debe conciliarse con las exigencias derivadas por las libertades protegidas por el TFUE y con el principio de proporcionalidad<sup>138</sup>.

Las Conclusiones de la Abogada General ahondaban en esta cuestión con mayor profundidad. Tras repasar el reconocimiento de la negociación colectiva como derecho fundamental en los textos internacionales y comunitarios, la Abogada consideró que en caso de colisión entre un derecho fundamental y una libertad fundamental debe partirse del principio de igualdad de rango de ambas posiciones jurídicas, recíprocamente limitables. Por ello, no es posible una exclusión automática de los convenios colectivos del ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios. Al contrario, en el caso de darse esta situación, «deberá averiguarse si, a la luz de la totalidad de las circunstancias del caso, las libertades fundamentales pueden justificar una limitación de los derechos fundamentales de negociación colectiva y de

autonomía negocial o, si, al revés, estos derechos fundamentales exigen una limitación del ámbito de aplicación de estas libertades fundamentales y de las normas del Derecho secundario basadas en las mismas»<sup>139</sup>.

---

<sup>139</sup> Conclusiones de la Abogada General a la STJCE de 15 de julio de 2010, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania*, C-271/08, apartados 75-84. A lo largo de sus Conclusiones (particularmente a partir del párrafo 179) la Abogada realiza una interesante crítica a las sentencias *Viking Line* y *Laval* mediante un análisis del método seguido por el TJ. En este sentido, señala que el TJ ha tendido a resolver los conflictos entre el ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades fundamentales invocando las causas de justificación de las restricciones de las libertades fundamentales «consagradas» en el Derecho primario así como las causas de justificación «no escritas» reconocidas por la jurisprudencia. Considera la Abogada que con el planteamiento realizado en las mencionadas sentencias, el TJ sugiere la existencia de una relación jerárquica entre las libertades fundamentales y los derechos fundamentales en la que estos últimos están supeditados a las primeras, a las que sólo pueden restringir si concurre una causa de justificación, ya sea escrita o no escrita y siempre que respeten el principio de proporcionalidad, no dando lugar a un resultado discriminatorio. Afirmando la inexistencia de esta relación jerárquica entre las libertades fundamentales y los derechos fundamentales, en las Conclusiones se señala que la relación entre las libertades fundamentales y los derechos fundamentales se caracteriza por una amplia convergencia, tanto formal como material, por lo que sería un error pretender la existencia, en principio, de un conflicto o una relación jerárquica entre los derechos fundamentales y las libertades fundamentales. Por ello, cuando en un caso concreto, el ejercicio de un derecho fundamental cause una restricción a una libertad fundamental, deberá buscarse el equilibrio adecuado entre ambas posiciones jurídicas, controlando la idoneidad, la necesidad y la adecuación de la medida de que se trate. En base a todo ello concluye la Abogada que «la restricción a una libertad fundamental debe considerarse justificada cuando dicha restricción se produjo como consecuencia del ejercicio de un derecho fundamental reconocido por el Derecho comunitario y es idónea, necesaria y adecuada para alcanzar los intereses protegidos por ese derecho fundamental. Del mismo modo, la restricción a un derecho fundamental está justificada cuando se produjo como consecuencia del ejercicio de una libertad fundamental y es idónea, necesaria y adecuada para alcanzar los intereses protegidos por esa libertad fundamental».

---

<sup>136</sup> Para responder a esta última cuestión el TJ examina si la aplicación de las Directivas es incompatible con la consecución del objetivo social perseguido por las partes firmantes, llegando a la conclusión de que las normas de Derecho derivado permiten la introducción de elementos de solidaridad en los procedimientos de adjudicación de los contratos.

<sup>137</sup> STJCE de 15 de julio de 2010, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania*, C-271/08, apartados 37-50.

<sup>138</sup> STJCE de 15 de julio de 2010, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania*, C-271/08, apartado 46.

Con este planteamiento y a la luz de los argumentos alegados por el Gobierno alemán en las Conclusiones se examinaba si la restricción de las libertades fundamentales denunciada por lo Comisión era idónea, necesaria y proporcionada para alcanzar los objetivos perseguidos por los derechos fundamentales de negociación colectiva y de autonomía negocial. Para ello se analizó la concreta medida cuestionada, que no era la decisión de posibilitar la conversión en aportaciones, sino la determinación en el convenio de las concretas entidades gestoras del régimen de pensiones. Tras el examen minucioso la Abogada finalizaba considerando que esta medida era idónea, es decir adecuada para garantizar la consecución de los intereses protegidos por los derechos fundamentales ejercitados, pero no necesaria, por cuanto la protección de las condiciones de empleo de los trabajadores no requería una concreción de las empresas que debían prestar los servicios sino que habría sido posible compaginar el respeto al Derecho comunitario, permitiendo el procedimiento de licitación pública, con la regulación de la conversión de los salarios en aportaciones realizada por el convenio colectivo<sup>140</sup>. Tampoco era posible considerar, a juicio de la Abogada General, que la medida era adecuada a la finalidad perseguida. La conclusión a la que conduce el razonamiento expuesto es que «el derecho fundamental de negociación colectiva y el derecho fundamen-

tal de autonomía negocial no impiden declarar la existencia de dicho incumplimiento de estas Directivas, debido a la falta de proporcionalidad».

En TJ estudiaba en segundo lugar si la aplicación de las Directivas mencionadas, que son un desarrollo de estas libertades, es conciliable con la realización de los objetivos sociales que se perseguían con los convenios colectivos<sup>141</sup>. Afirmaba el Tribunal que esto requería comprobar, de manera previa, si la adopción de la decisión examinada, la cláusula del convenio colectivo, había tenido en cuenta tres objetivos: la mejora del nivel de pensiones de jubilación de los trabajadores afectados, la realización de las libertades de establecimiento y de prestación de servicios, y la apertura a la competencia a escala de la Unión<sup>142</sup>.

En su análisis el TJ aceptó que, como alegaba el Gobierno Alemán, el sistema permite la implicación de los trabajadores y persigue la obtención de mejores condiciones para los mismos<sup>143</sup>. Sin embargo, el Tribunal sostiene que el mantenimiento de los elementos de solidaridad en cuanto a los intereses de los trabajadores no es, de por sí, incompatible con la aplicación de un procedimiento de adjudicación de contratos, puesto que estos procedimientos no excluyen que la licitación imponga a los licitadores interesados condiciones acordes con los intereses de los trabajadores afectados. Debe remarcar por tanto que el TJ parece aceptar de esta manera que la introducción de cláusulas sociales entre las

<sup>140</sup> El Gobierno alemán justificaba la selección previa realizada en el convenio en las siguientes razones: la transparencia de la elección de las entidades gestoras del régimen de pensiones, el mayor grado de aceptación por parte de los trabajadores debido a la participación de los representantes de los trabajadores en la toma de la decisión preliminar a favor de determinadas entidades gestoras del régimen de pensiones, el mejor conocimiento de la materia que poseen los interlocutores sociales negociadores del convenio colectivo, y las peculiaridades de las entidades gestoras del régimen de pensiones seleccionadas. Ninguna de ellas justificaba, según la interpretación de la Abogada General, la adopción de la medida concreta de selección de las empresas en los convenios colectivos.

<sup>141</sup> Para responder a esta última cuestión el TJ examina si la aplicación de las Directivas es incompatible con la consecución del objetivo social perseguido por las partes firmantes, llegando a la conclusión de que las normas de Derecho derivado permiten la introducción de elementos de solidaridad en los procedimientos de adjudicación de los contratos.

<sup>142</sup> STJCE de 15 de julio de 2010, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania*, C-271/08, apartado 52.

<sup>143</sup> *Ibidem*, apartados 58-66.

condiciones de licitación es acorde con las libertades comunitarias.

Sosteniendo por tanto que los procedimientos de adjudicación tienen como objetivo garantizar, en interés de las empresas municipales y de sus trabajadores, el acceso a una mayor oferta de servicios a escala de la Unión, el TJ considera inaceptable una restricción como la cuestionada por la Comisión. Lo que no valora en la sentencia es la participación de los trabajadores en la designación de las empresas como valor *per se*, evidentemente presente cuando la decisión se realiza mediante una norma colectiva.

### 4.3. Reacciones y repercusiones de la *saga Laval*

En las sentencias señaladas el Tribunal ha examinado la estructura y los contenidos de la negociación colectiva estatal a la luz de las normas de desarrollo de las libertades de circulación comunitarias, considerando que ni la normativa sueca, ni la alemana, ni la luxemburguesa se adecúan a las mismas, existiendo en estos ordenamientos restricciones a la libre circulación de bienes y servicios derivadas de la aplicación de los convenios colectivos<sup>144</sup>.

<sup>144</sup> Como ha señalado la doctrina, los supuestos de hecho concernidos en las sentencias anteriores no son situaciones aisladas. En efecto, las características del sistema sueco –valorización de la autonomía colectiva, sindicatos fuertes, altas tasas de sindicación, tradición de cooperación entre los actores sociales y papel central de la autonomía colectiva– no sólo se encuentran en este Estado sino que pueden predicarse del llamado modelo nórdico, compartido por distintos Estados miembros de la Unión Europea. En particular, en Suecia, la sentencia provocó un intenso debate jurídico-político incluso antes de la publicación del fallo. De hecho, en el tiempo de espera de la resolución de la cuestión prejudicial, los actores sociales suecos realizaron un intento de autoregulación, impulsando la adhesión de los empresarios extranjeros a las organizaciones empresariales suecas para que les fuera directamente de aplicación el convenio colectivo del sector cuestionado (RÖNNMAR, M.,

El principal punto de fricción, según demuestran los asuntos analizados, sigue siendo precisamente la norma orientada a solucionarlo, esto es la Directiva 96/71. La interpretación del TJ de la misma ha estrechado sus márgenes de manera tal que no permite ni la gestión del conflicto ni el respeto de la diversidad de los sistemas estatales de relaciones colectivas, elevado a valor digno de protección por el actual art. 152 del TFUE introducido por el Tratado de Lisboa.

Al contrario, el resultado de esta norma ha sido principalmente la «igualación de las situaciones jurídicas» de los actores económicos en su ejercicio de la libre prestación de servicios<sup>145</sup>, lo cual no implica un efecto similar en las condiciones laborales de los trabajadores. Así, la gestión de la diversidad se ha orientado fundamentalmente a impulsar la realización de esta libertad económica, la realización del mercado interior, situando *de facto* a las normas laborales estatales en un modelo de «paradigma competitivo». Configurada por el TJ como un máximo común, esta norma permite *de facto* las situaciones de utilización por parte de las empresas de los diferentes estándares laborales existen-

«Libera prestazione di servizi, diritto del lavoro e rapporti collettivi nell'esperienza svedese...», cit., p., 112). Otros autores han señalado en otros casos como el caso italiano donde los convenios colectivos carecen de eficacia *erga omnes*, la interpretación del TJ implica que las empresas extranjeras sólo deberán respetar las cláusulas sobre los mínimos retributivos, que son las únicas dotadas, por el momento, de eficacia general. Sobre la cuestión *vid.* ORLANDINI, G., «*Viking, Laval e Rüffert...*», cit., p. 65.

<sup>145</sup> Debe recordarse que la libre prestación de servicios no implica únicamente la prohibición de la discriminación sino la igualación de las condiciones de prestación. De esta manera, la libertad se ve obstaculizada por normas que, pese a no ser discriminatorias, suponen un desincentivo a la movilidad transnacional por ser su cumplimiento más gravoso para las empresas extranjeras que para las nacionales (STJCE de 11 de enero de 2007, *ITC*, C-208/05, apartado 55), lo cual sucede, por ejemplo, con la determinación de los salarios por vía negociada.

tes en los Estados miembros como vía para obtener un mayor beneficio, el manido *dumping social*.

Considerando ya consolidada la jurisprudencia de la *Saga Laval*, la Directiva se configura como un techo máximo que marca los estándares más altos de tutela que pueden aplicarse a los trabajadores desplazados en el marco de una prestación transnacional de servicios. Así, a las empresas extranjeras se les puede imponer, por un lado y respecto de las materias del artículo 3.1 de la Directiva, el respeto de las condiciones mínimas establecidas en las leyes o en los convenios colectivos que cumplan los requisitos establecidos en la Directiva. Por otro lado, y respecto de las materias que no son consideradas por la Directiva como fundamentales, sólo sería posible imponer aquellas condiciones previstas en normas o disposiciones de orden público, entendiendo este concepto de manera restrictiva y no determinable unilateralmente por los Estados miembros<sup>146</sup>.

Como respuesta a esta interpretación, otra Institución, el Parlamento Europeo, se ha hecho eco de la respuesta sindical, política y doctrinal a los anteriores pronunciamientos, elaborando el Informe sobre los retos para los convenios colectivos en la Unión Europea de septiembre de 2008<sup>147</sup>, elaborado por la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales.

En este Informe se incluye, como Exposición de Motivos, el análisis del contenido y las consecuencias de las sentencias *Viking*, *Laval* y *Rüffert* a la luz del Derecho aplicable, afirmando como necesaria la compaginación

del ejercicio de las libertades de circulación con el de los derechos sociales fundamentales<sup>148</sup>.

En base a esta premisa, la interpretación de la Directiva 96/71 difiere de la realizada por el TJ, considerando que su objetivo es establecer un clima de competencia leal y medidas que garanticen el respeto de los derechos de los trabajadores, sin armonizar las disposiciones estatales. Por ello, el listado de materias del art. 3.1 de la norma debe entenderse como un conjunto de normas internacionales obligatorias acordadas comúnmente por los Estados miembros, que puede ser ampliado por la vía del apartado 10 del mismo artículo con otras normas internacionales que deberán ser consideradas como de orden público, entre las que se encuentra, evidentemente, el art. 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que codifica el derecho a la negociación colectiva y a las acciones colectivas. Es más, según se afirma en el informe, el uso de este apartado es fundamental para permitir la pervivencia de la diversidad entre la regulación en los Estados miembros de las cuestiones relativas a los mercados laborales y las políticas sociales, señalándose por último que, para la consecución de los objetivos de la Directiva, el respeto de las disposiciones existentes en los Estados miembros sobre los convenios colectivos es imprescindible.

El Informe del Parlamento va más allá del caso concreto y se preocupa por afirmar la no preponderancia de las libertades económicas

<sup>146</sup> El resumen se toma de ORLANDINI, G., «*Viking, Laval e Rüffert...*», cit., p. 65.

<sup>147</sup> Informe sobre los retos para los convenios colectivos en la Unión Europea [2008/2085(INI)] — Comisión de Empleo y Asuntos Sociales. Ponente: JAN ANDERSSON (A6-0370/2008). Documento disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2008-0370+0+DOC+XML+V0//ES>

<sup>148</sup> Informe sobre los retos para los convenios colectivos en la Unión Europea [2008/2085(INI)], Propuesta de Resolución, Considerandos A-J. La misma propuesta fue realizada por la Confederación Europea de Sindicatos, denominándola «cláusula para el progreso social». Señalando los límites a la acción sindical derivados del Derecho de la UE *vid.*, FERNÁNDEZ ARTIACH, P.; FITA ORTEGA, F., «Nuevos retos del sindicalismo y de la acción sindical», en CAMPS RUIS, L.; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.; SALA FRANCO, T., *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

frente a los derechos sociales, remarcando que las primeras «no pueden interpretarse en el sentido de que otorgan a las empresas el derecho a soslayar o eludir las disposiciones y prácticas nacionales en materia social y de empleo o imponer una competencia desleal a las retribuciones y a las condiciones laborales (...) por lo tanto, las acciones transfronterizas de las empresas que pueden menoscabar las condiciones de empleo y de trabajo en el país de acogida deben ser proporcionadas y no pueden quedar automáticamente justificadas por las disposiciones del Tratado sobre la libre circulación de servicios o la libertad de establecimiento»<sup>149</sup>.

Como conclusión a su Informe, el Parlamento pide a la Comisión una revisión parcial de la Directiva 96/71 así como, entre otras cosas, la reafirmación en sede de Derecho primario del equilibrio entre los derechos fundamentales y las libertades económicas para contribuir a evitar una carrera hacia unas normas sociales más bajas, garantizando que la legislación comunitaria se puede aplicar sobre la base de todos los modelos laborales existentes, proponiendo la compilación de las cláusulas sociales existentes en el Reglamento Monti<sup>150</sup> y en la Directiva de servicios<sup>151</sup> en

<sup>149</sup> *Ibidem*, apartado 16.

<sup>150</sup> El Reglamento 2679/1998 de 7 de diciembre, sobre funcionamiento del mercado interior en relación con la libre circulación de mercancías incluyó la primera disposición normativa orientada a mediar entre estas dos lógicas contrapuestas, la llamada «Cláusula Monti» (el Reglamento ha sido considerado como respuesta normativa orientada a limitar los posibles efectos de la precitada STJCE de 9 de diciembre de 1997, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa*, C-265/95). En el Reglamento se afirma la responsabilidad del Estado por las acciones realizadas por particulares que perturban gravemente el buen funcionamiento del mercado interior, si bien se establece que en todo caso, las responsabilidades que puedan exigirse a los Estados tendrán como límite el respeto a los derechos fundamentales, incluido el derecho o la libertad de huelga.

<sup>151</sup> La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa

una sola cláusula social en el Derecho primario o en un acuerdo interinstitucional<sup>152</sup>. La introducción de semejante cláusula social supondría un claro avance en la construcción social de la UE, cuya realización, habiendo dejado pasar la oportunidad que suponía el Tratado de Lisboa, parece políticamente lejana.

## 5. EL TRATADO DE LISBOA O LA OPORTUNIDAD PERDIDA: LABOUR IS NOT A COMMODITY?

«Es trabajo no es una mercancía», en 1914 se introdujo esta afirmación en la *Clayton Act* estadounidense para construir una excepción a la aplicación de las normas de la competencia, que estaban siendo utilizadas para controlar y sancionar las acciones sindicales. Posteriormente, la misma aserción se incluyó como uno de los pórticos de la Declaración de Filadelfia de la Organización Internacional del Trabajo, situándose entre las bases de la autonomía del Derecho del trabajo frente a la ordenación del mercado. Efectivamente, si el trabajo no es una mercancía, la regulación del mismo, en cuanto a contenido y fuentes, debe ser autónoma, aunque sin duda compatible, de la regulación del mercado de bienes y servicios.

La autonomía del ordenamiento laboral nunca ha sido absoluta, al contrario, los puntos de interacción con las normas que desarrollan la libertad de empresa y su ejercicio han sido numerosos e intermitentes. Sin embargo, como demuestra lo desarrollado en

a los servicios en el mercado interior, contiene los siguientes límites relacionados con las cuestiones sociales: las normas sociales comunitarias (Considerando 13); la legislación nacional en materia de seguridad social (Art. 1.6 en el mismo sentido, Considerando 14) y el ejercicio de los Derechos Fundamentales, con especial mención a la acción sindical Art. 1.7 (en el mismo sentido, Considerando 15).

<sup>152</sup> *Ibidem*, p. 17.

las páginas anteriores, los conflictos entre ambos se han agravado tanto cuantitativa como cualitativamente en las dos últimas décadas, dada la mayor exigencia del mercado de bienes y servicios respecto de las normas laborales, en el plano horizontal y sobre todo en el vertical.

Posiblemente nos encontremos ante la apertura de una nueva fase de relaciones entre las normas de la competencia y libertades económicas y el Derecho del Trabajo donde se busca superar, en aras de un «mejor funcionamiento del mercado de bienes y servicios» la tradicional autonomía de lo laboral. En esta fase, el papel uniformizador de las normas laborales, incluyendo los convenios colectivos, se cuestiona, supeditando la aplicación de las mismas a la no obstaculización de las libertades económicas<sup>153</sup>, elevadas a la altura de los derechos sociales fundamentales por el Derecho comunitario.

Evidentemente no estamos ante un conflicto meramente jurídico, de engarce y gestión de la interacción normativa multinivel producida por la construcción de la Unión Europea, sino ante un problema de dimensiones político-ideológicas, que evidencia las tensiones entre lo económico y lo social, pre-

<sup>153</sup> Las consecuencias del cuestionamiento de este papel uniformizador son evidentes. En efecto, si el régimen jurídico laboral fija unas condiciones para la explotación de la mano de obra que deben ser respetadas por la generalidad de los empresarios que compiten en el ámbito de aplicación de dichas normas laborales, cuando una empresa procedente de otro Estado miembro mantiene sus condiciones laborales de origen al prestar servicios en el Estado receptor, se produce una alteración de las condiciones de competencia fijadas por las normas laborales estatales, que acabarán siendo cuestionadas por los empresarios establecidos en el mismo, en reivindicación de una reducción de dicho nivel de protección para poder luchar en igualdad de condiciones. Este riesgo lo evidenciaba en el Abogado General MISHO, en sus conclusiones presentadas el 13 de julio de 2000, al asunto, *Finalarte*, asuntos acumulados C-49/98, C-70/98, C-71/98, C-50/98, C-52/98, C-53/98, C-54/98, C-68/98, C-69/98, apartado 39.

sentes desde el inicio de la integración comunitaria. Aun así, y como demuestra el análisis jurisprudencial, el papel protagonista se ha derivado al TJ, al plano jurídico, que ha sido el encargado de gestionar la interacción<sup>154</sup>.

Estudiando las resoluciones repasadas, advertía Orlandini de los peligros de esta solución judicial del conflicto. Así, recuerda el autor que la jurisprudencia comunitaria representa un instrumento extraordinario para poner en circulación conceptos jurídicos que, sin duda, poco a poco van siendo asimilados por los operadores jurídicos estatales<sup>155</sup>. El resultado de esta juridificación del proceso político<sup>156</sup> es la elevación del plano del debate político al jurídico, con la consiguiente restricción de la discusión y la asunción de las consecuencias como inevitables.

Ante la juridificación del problema político la solución al atolladero provocado por la interpretación expansionista del TJ pasa por una actuación en el plano de la decisión política, cuyo momento pudo haber sido el Tratado de Lisboa.

<sup>154</sup> Aun evaluando de manera crítica el análisis fundamentalmente económico de las instituciones laborales realizado por el Tribunal, debe evitarse caer en el típico error de atribuirle a éste toda la responsabilidad del actual *sbilanciamento* entre las libertades económicas y los derechos colectivos. No puede olvidarse en primer lugar que el Derecho de la Unión es un producto en última instancia del acuerdo entre los gobiernos estatales y que, igualmente nacional es el *attivismo judicial* del que acaban resultando la gran mayoría de pronunciamientos en los que el TJ ha valorado la adecuación al Derecho de la Unión de una norma estatal.

<sup>155</sup> ORLANDINI, G., «*Viking, Laval e Ruffert: i riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano*», en VIMERCATI, A., *Il conflitto sbilanciato...*, cit., p. 57.

<sup>156</sup> Sobre la cuestión *vid.* DEHOUSSE R., *The European Court of Justice*, Mcmillan, London, cap. 3; POIARES MADURO, M., *We the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution. A critical reading of Article 30 of the EC Treaty*, Hart, Oxford, 1998; SCIARRA, S., *Labour law in the Courts, National judges and the European Court of Justice*, Hart publishing, Oxford, 2001.



Como se señalaba en la introducción, esta última reforma del Derecho primario ha bordeado la cuestión sin atender a la alternativa propuesta por diversos actores jurídicos y sociales de incluir una cláusula social general en la que se acuerde la prevalencia de los derechos sociales colectivos sobre las normas de la competencia y las libertades de circulación de la Unión Europea. Esto implicaría trasvasar la cuestión del plano de la integración negativa al de la integración positiva, con el consiguiente esfuerzo de consenso político pero, a la vez, con la apertura de la posibilidad de definir lugares comunes para los 27 Estados miembros que permitieran la armonización de conceptos fundamentales como huelga y negociación colectiva, manteniendo el respeto a la diversidad pero marcando unos mínimos<sup>157</sup>.

En cambio, la opción ha sido la adopción de vías indirectas de posible solución del conflicto como son el art. 28 de la CDFUE y el art. 152 TFUE. Ambos son las dos caras, parte dogmática y contenido material si se quiere, de la misma realidad, que no es otra que el reconocimiento del papel de los interlocutores sociales y del diálogo social, que se concreta en la negociación colectiva. Sin embargo, ni uno ni otro parecen tener la suficiente robustez jurídica para *sbilanciar* el conflicto.

Por un lado, la aparente rotundidad del contenido del art. 28 de la CDFUE se ve corripada por dos factores que acompañan a la configuración jurídica de la Carta y su inclusión en el Tratado<sup>158</sup>: las cláusulas horizontales y las Explicaciones del *Praesidium* sobre la Carta<sup>159</sup>.

<sup>157</sup> ORLANDINI, G., «*Viking, Laval e Ruffert...*», cit., p. 59.

<sup>158</sup> Se sigue en particular lo señalado por BALLESTER PASTOR, M.A., «Los derechos sociales en la Carta Comunitaria de derechos fundamentales...», cit.

<sup>159</sup> El art. 52.7 de la Carta hace referencia a unas explicaciones, expresión que se repite en el art. 6.1 *in fine* del TUE. Estas Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales (2007/C 303/02), publicadas

En primer lugar, como es bien sabido, la Carta se autolimita en sus artículos 51 a 54, estableciendo fuertes diques de contención a su aplicación y desarrollo, que son reforzados por la redacción del art. 6.1 del TUE<sup>160</sup> y por la Declaración relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incluida entre las Declaraciones anejas al Acta Final de la Conferencia Intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa<sup>161</sup>.

En lo que aquí interesa, la redacción final del art. 51 confina el posible desarrollo de estos derechos en el plano comunitario vinculándolo a las competencias de la Unión. De esta manera, en el ámbito que nos ocupa, la regulación y desarrollo el derecho de negociación y de acción colectiva por la vía del art. 153 queda limitada por el apartado 5 del mismo. Es decir, el reconocimiento de este derecho en el ámbito de la UE no da pie a una posible armonización positiva del mismo.

En cambio, el art. 52 de la Carta se dedica a los límites de los derechos reconocidos y

---

en el DOUE de 14 de diciembre de 2007 carecen de valor jurídico propio. Tal y como se constata en su preámbulo, «las (presentes) explicaciones fueron elaboradas inicialmente bajo la responsabilidad del *Praesidium* de la Convención que redactó la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Han sido actualizadas bajo la responsabilidad del *Praesidium* de la Convención Europea, a la vista de las adaptaciones de la redacción del texto de la Carta realizadas por la Convención (en particular, los artículos 51 y 52) y de la evolución del Derecho de la Unión. Si bien no tienen por sí mismas valor jurídico, constituyen un valioso instrumento de interpretación con objeto de aclarar las disposiciones de la Carta».

<sup>160</sup> Art. 6.1. TUE «(...) las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del Título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones».

<sup>161</sup> DOUE de 30 de marzo de 2010, C-83/335.

principios reconocidos en la misma. Su párrafo primero se abre derivando la fijación de los límites a la Ley, sin embargo, esta constrictión es sólo aparente pues a continuación se estipula que, respetando el principio de proporcionalidad, «sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás».

La compleja coherencia de ambos apartados nos deriva a las mencionadas Explicaciones sobre la Carta. En ellas se afirma que la fórmula empleada en estos párrafos se inspira en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, dentro de la cual es ya una cláusula de estilo la siguiente afirmación «pueden establecerse restricciones al ejercicio de estos derechos, en particular en el ámbito de una organización común de mercado, siempre que dichas restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y no constituyan, teniendo en cuenta el objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la esencia misma de dichos derechos»<sup>162</sup>. Como es evidente, en esta interpretación jurisprudencial no se mencionan los límites normativos sino que se llama a la ponderación entre el ejercicio de un derecho y la realización de los objetivos perseguidos por la Unión Europea, con mención especial al mercado común<sup>163</sup>. Así las cosas, la consecuencia

inmediata del reconocimiento del derecho de negociación y acción colectiva es la afirmación de que el ejercicio de los mismos puede ser limitado en base a objetivos reconocidos por el Derecho de la Unión pero no necesariamente presentes por las normas estatales (que es donde originalmente se regulan estos derechos), v. gr. las libertades de circulación económicas.

Más allá de lo antedicho, los apartados segundo y tercero de este art. 52 de la Carta contienen previsiones especialmente interesantes puesto que permiten abrir una vía para la resolución de la encrucijada en la que la actuación del TJ ha situado a los convenios colectivos.

El apartado segundo prevé que los derechos reconocidos por la Carta que constituyan disposiciones de los Tratados se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos. Pese a que la expresión «negociación colectiva europea» ha ido cobrando protagonismo tras la introducción de los antiguos artículos 138 y 139 en el TCE (hoy artículos 154 y 155 TFUE), no puede considerarse que el contenido de ambos artículos configure un sistema de negociación colectiva autónomo y en paralelo al existente en los Estados miembros<sup>164</sup>. En otras pala-

<sup>162</sup> El texto de las explicaciones remite a la STJCE de 13 de abril de 2000, asunto C-292/97, apartado 45.

<sup>163</sup> A continuación, el párrafo de las Explicaciones sobre la Carta dedicado al art. 52 de la misma, señala que podrían justificar una restricción proporcionada del ejercicio de los derechos por perseguir el interés general los siguientes objetivos: «los objetivos mencionados en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea como otros intereses protegidos por disposiciones específicas de los Tratados, como el apartado 1 del artículo 4 del Tratado de la Unión Europea, el apartado 3 del artículo 35 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y los artículos 36 y 346 de este mismo Tratado».

<sup>164</sup> Sobre la llamada «negociación colectiva europea» se remite a lo ya comentado en MARTÍNEZ SIERRA, J.M.; GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., «Fuentes del Derecho y acuerdos colectivos: en torno al contexto y texto del artículo II-88 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», *Ágora*, nº 12, 2005, pp. 119 y ss. De entre la doctrina citada en esta obra se destacan las siguientes contribuciones: LO FARO, A., *Regulating social Europe. Reality and myth of collective bargaining in the EC legal order*, Oxford, Hart Publishing 2000; FRANSSEN, E., *Legal aspects of the European Social Dialogue*, Antwerp, Intersentia, 2002; CASAS BAAMONDE, M.E., «El principio de autonomía en la organización del sistema europeo de negociación colectiva y el desarrollo de la dimensión convencional del Derecho Social Comunitario», *Relaciones Laborales*, nº 22, 1999 y «La negociación colectiva europea como institución democrática (y sobre la representatividad de los interlocutores sociales

bras, en estos artículos se fomenta la participación de los actores sociales en el proceso normativo comunitario, incluso se incentiva su actuación en materias que van más allá de las competencias de la Unión, pero en ellos no se regula el ejercicio del derecho de negociación colectiva, tal y como se deriva de las tradiciones estatales, en el ámbito comunitario puesto que ello sería contrario al art. 153.5 del TFUE.

Tal y como establece el art. 52 de la Carta, los derechos fundamentales en ella recogidos pueden, o bien responder a derechos recogidos en disposiciones del TFUE, cuestión descartada; o bien (art. 52.3 de la Carta) pertenecer al elenco de derechos del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH)<sup>165</sup>; o, por último, resultar de las tra-

---

uropeos'»), *Relaciones Laborales*, tomo II, 1998; GORELLI HERNÁNDEZ, J., «El diálogo social en la Unión Europea: incidencia en el sistema de fuentes del Derecho», *Temas Laborales*, nº 55, 2000; NAVARRO NIETO, F., «La negociación colectiva en el Derecho comunitario del Trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 102, 2000; OJEDA AVILES, A., «¿Son meras recomendaciones los acuerdos colectivos europeos?», *Relaciones Laborales*, nº 17, 1998; VALDÉS DAL-RE, F., «La contratación colectiva europea: más que un proyecto y menos que una realidad consolidada», *Relaciones Laborales*, tomo II, 1997; MOLINA, M., *La negociación colectiva europea*, Tirant lo Blanch, 2003.

<sup>165</sup> Según las Explicaciones sobre la Carta, el artículo 28 no se corresponde con ningún precepto del Convenio Europeo. He aquí uno de los problemas de la separación realizada por la Carta entre la libertad sindical –el art. 12 del texto recoge el derecho de toda persona a fundar con otros sindicatos y a afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses– y los derechos de negociación colectiva y huelga. Este artículo 12.1, según las mismas Explicaciones se corresponde con el artículo 11 del CEDH, aunque, según el mismo texto, su ámbito de aplicación se amplía al nivel de la Unión Europea. Teniendo en cuenta que el art. 12.1 del Convenio Europeo reenvía los posibles límites en exclusiva a aquellos fijados por la ley esta precisión de las «Explicaciones» no acaba de comprenderse. Por otro lado, cabe apuntar, sin entrar por cuestiones de espacio en el desarrollo de la cuestión, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que el derecho de acción colectiva es

diciones constitucionales comunes a los Estados miembros (art. 52.4 de la Carta). En estos casos, donde ubicamos a la negociación colectiva, lo que implica que su ejercicio debe interpretarse en armonía con las citadas tradiciones.

El segundo de los mencionados diques de contención de la Carta es la remisión a las Explicaciones sobre la misma que limitan el posible crecimiento de los derechos por la vía interpretativa. Respecto del art. 28, el texto explicativo señala que la base del artículo se encuentra en el artículo 6 de la Carta Social Europea, así como en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (puntos 12 a 14). También indica el texto, cómo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que el derecho a la acción colectiva es uno de los elementos del derecho de sindicación establecido en el artículo 11 del CEDH, sin por ello incluirlo dentro del elenco del apartado 52.3 de la Carta. En cuanto a las modalidades y límites en el ejercicio de acciones colectivas, tema que nos interesa, las Explicaciones señalan que éstas entran dentro del ámbito de las legislaciones y prácticas nacionales, incluida la cuestión de si pueden llevarse a cabo de forma paralela en varios Estados miembros.

De nuevo encontramos una remisión a la necesidad de respetar las prácticas nacionales a la hora de evaluar las modalidades y límites del ejercicio de las acciones colectivas. Esta remisión debe conectarse con lo establecido en el art. 152 del TFUE.

A pesar de las carencias materiales que acertadamente han sido señaladas por la doctrina<sup>166</sup>, el artículo 152 TFUE incluye el reco-

---

uno de los elementos de la libertad sindical, recogida en el art. 11 del CEDH. Cuestión que se señala igualmente en la última versión de las Explicaciones publicada en el DOUE el 14 de diciembre de 2007.

<sup>166</sup> Al respecto *vid.* MIRANDA BOTO, J.M., en «La incidencia del Tratado de Lisboa en el ámbito social», *Temas Laborales*, núm. 97/2008, pp. 20.

nocimiento y la promoción del papel de los interlocutores sociales en su ámbito, teniendo en cuenta la diversidad de los sistemas nacionales. Según este precepto, la Unión facilitará el diálogo entre ellos, dentro del respeto de su autonomía. Independientemente de su incidencia en la configuración de la participación de los actores sociales en el procedimiento legislativo comunitario<sup>167</sup>, el contenido de este nuevo artículo es fundamental para la cuestión que nos ocupa por dos motivos. En primer lugar por mantener el reconocimiento y la promoción explícita del papel de los interlocutores sociales y el diálogo social; en segundo y más importante lugar, por elevar a categoría protegida la diversidad existente en el ámbito de la Unión Europea<sup>168</sup>.

Conjugando los dos artículos parece necesario afirmar que el Derecho primario impone la gestión de la diversidad manteniendo el respeto de las prácticas existentes en los sistemas de negociación colectiva de los Estados miembros. El Tribunal de Justicia no ha alcanzado esta conclusión en la primera valoración de la combinación de los dos artículos señalados, realizada en la sentencia *Comisión contra Alemania*. En la misma, pese a

afirmar la importancia de las disposiciones señaladas, mantiene su jurisprudencia anterior, en particular lo precisado en *Viking Line* y *Laval*, respecto a la necesidad de que el ejercicio del derecho fundamental a la negociación colectiva sea realizado conforme al Derecho de la Unión<sup>169</sup> y conciliarse con las libertades de circulación y con el principio de proporcionalidad.

La construcción de un espacio de inmunidad que permita el respeto de la diversidad existente y la protección de los derechos de los trabajadores, impidiendo el *dumping* social como técnica de gestión empresarial queda por tanto a la espera. En todo caso, debe reiterarse que pretender que los Estados miembros modifiquen su sistema de relaciones industriales por la vía de la imposición de las exigencias de las libertades de circulación es un camino erróneo, que lanza a los ordenamientos estatales a una «*race to the bottom*» que acabará con la diversidad por la vía de los mínimos, lo cual que no es en absoluto acorde con el contenido de los arts. 28 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y 152 del TFUE.

<sup>167</sup> De nuevo se coincide con lo señalado por MIRANDA BOTO (*ibídem*) respecto del desajuste entre la realidad del proceso legislativo y las previsiones contenidas, y mantenidas, en el actual art. 155 TFUE.

<sup>168</sup> Para un panorama comparado que demuestra las diferencias entre los sistemas de negociación colectiva de los Estados miembros de la UE *vid.*, entre otros, SALA FRANCO, T., (Coord.), *La negociación colectiva en la Europa Comunitaria, Parte I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008; AA.VV., *La negociación colectiva en Europa*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos MTAS, Colección Informes y Estudios, Madrid, 2004.

<sup>169</sup> STJCE de 15 de julio de 2010, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania*, C-271/08, apartados 42-44.G

**RESUMEN** A lo largo de los últimos años, un nuevo objeto de estudio ha llamado poderosamente la atención de la doctrina iuslaboralista dedicada al Derecho de la Unión Europea. La relación existente entre el ejercicio y la regulación estatal del derecho a la negociación colectiva y las normas que regulan la competencia y las libertades de circulación económicas se ha convertido en el conflicto que, en esta etapa de la evolución de la integración europea, cristaliza la larga pugna entre la protección de los derechos sociales y la realización del mercado interior.

Se trata de un antiguo conflicto, controlado durante las últimas décadas en el plano estatal y recientemente reabierto por la incisiva acción del Derecho de la Unión. La puerta de entrada ha sido la aceptación de que los convenios colectivos, y la libertad sindical, son susceptibles de constituir un obstáculo, no siempre justificado, para el correcto funcionamiento del mercado interior y en particular para la libre competencia y determinadas libertades económicas, como la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios. Abierta esta nueva vía reactiva, la utilización por las empresas de las barreras jurídicas contenidas en los Tratados como fundamento del mercado interior frente a la aplicación de determinados convenios colectivos, ha derivado en una serie de pronunciamientos del Tribunal de Justicia a lo largo de los cuales se han ido constriñendo tanto el contenido como el ámbito de aplicación de los convenios.

El objetivo de la presente contribución al concurrido debate existente es ofrecer una reconstrucción de la historia y evolución del conflicto, adoptando un enfoque amplio que permite abordar tanto las posibilidades de control que se otorgan al Derecho de la competencia respecto de los contenidos de los convenios colectivos como las más recientes hostilidades jurídicas derivadas de la aplicación de las libertades de circulación a la acción sindical y a la delimitación del ámbito de aplicación de los convenios colectivos. El análisis abarca muy particularmente las posibles vías de articulación del conflicto que la entrada en vigor del Tratado de Lisboa ofrece, tratando tanto los preceptos del actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que pueden afectar a la cuestión como el impacto que sobre la misma tiene, o *podría* tener, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Se tratan someramente a lo largo del texto las repercusiones que de este conflicto se han ido derivando para el caso español, con referencia a la actuación de la Comisión Nacional de la Competencia.

Como advertencia previa y necesaria debe señalarse que se trata de un tema de manifiesta inestabilidad por carecer de una base normativa de articulación entre los elementos en conflicto que permita construcciones jurídicas sólidas o que, al menos, vayan más allá de la crítica y las propuestas de, improbable, *lege ferenda*. Abunda en esta inestabilidad la incesante actividad del Tribunal de Justicia sobre la cuestión, que evidencia cómo estas vías reactivas están siendo progresivamente utilizadas por las empresas para cuestionar la aplicación de los convenios colectivos. Todo ello, como es evidente, impide el cierre del análisis, quedando la cuestión abierta a la espera de asuntos que, abordando estas cuestiones, están ya pendientes de resolución por el Tribunal de Justicia.

**ABSTRACT** Over the last years, a new subject of study has powerfully attracted the attention of the *ius laboris* doctrine devoted to European Union Law. There exists a conflicting relation between, on the one hand, the exercise and state regulation of the right to collective bargaining and, on the other hand, rules governing both competition and freedom of economic movement. In the current stage in the evolution towards European integration, such conflict crystallises the long clash between the protection of social rights and the achievement of an internal market.

This is an old conflict, controlled at state-level over the last decades, and recently reopened due to the incisive action of the EU Law. The gateway has been acknowledging that collective agreements and freedom of association might be an obstacle, not always justified, to the adequate operation of the internal market and, in particular, to free competition and specific economic freedoms, such as freedom of establishment and freedom to provide services. Given this new reactive way, businesses have used the legal barriers contained in the Treaties as a basis for internal market when faced with applying specific collective agreements. Such use has led to a series of judgements by the Court of Justice which has constrained both the content and the application scope of agreements.

The purpose of this paper contributing to the existing animated debate is to offer a re-enactment of the conflict's history and evolution adopting a wide-ranging approach. This allows tackling both the possibilities of control afforded to competition law with regards to the content of collective agreements, as well as the most recent legal hostilities derived from applying the freedom of movement to trade unions action and to delimiting the scope of application of collective agreements. The analysis particularly includes the possible ways of articulating the conflict that the Treaty of Lisbon offers. It does so by tackling both the provisions of the current Treaty on the Functioning of the European Union that could have some impact, and the effect that the Charter of Fundamental Rights of the European Union causes or *might* cause. Further, the paper deals briefly with the repercussions the conflict has had for the Spanish case, with reference to the National Commission on Competence.

A warning should be issued. This subject is famously unstable because it lacks a legal base articulating the elements of the conflict that will allow for legal constructs that are solid or that, at least, overcome criticism and unlikely proposals of *lege ferenda*. Sharing this perception of instability, the Court of Justice's never-ending activity on this issue shows how these reactive ways are being increasingly applied by companies to question the application of collective agreements. Indeed, all the above prevents the completion of the analysis and the issue remains open awaiting pending Court of Justice resolutions.



# La igualdad entre mujeres y hombres tras el Tratado de Lisboa

M<sup>a</sup> TERESA VELASCO PORTERO\*

---

## 1. INTRODUCCIÓN

La igualdad es un concepto complejo, rico en matices, que pese a ello es utilizado con gran ligereza tanto en el ámbito jurídico como en el político. Por poner un ejemplo de la complejidad del tema, podemos recordar que nuestro ordenamiento constitucional contiene múltiples referencias a la igualdad, a la que considera una de sus «valores superiores»<sup>1</sup>, un «principio que los poderes públicos tienen que garantizar»<sup>2</sup> y un «derecho fundamental»<sup>3</sup>. Algo parecido ocurre actualmente en el Derecho comunitario, pues a pesar de que en los Tratados fundacionales la igualdad era una cuestión más plana, menos elaborada, las sucesivas reformas han ido aumentando progresivamente su comple-

jididad y su relevancia, de forma que actualmente también en este ordenamiento podemos distinguir la diversidad de facetas de la igualdad. Asimismo, hay que tener cuenta que aunque tanto la igualdad y como la no discriminación no solo tienen que ver con el factor género, sino que tienen carácter mucho más general, es cierto que tanto el ordenamiento comunitario como nuestro ordenamiento interno hacen especial hincapié en la igualdad por razón de género, lo que tiene su justificación en que este tipo de desigualdades afectan a la mitad de la población, siendo cuantitativamente las más importantes. No obstante, también se preocupa el derecho comunitario de la consecución de la igualdad de oportunidades en relación con otros factores, como puede ser de la nacionalidad (cuestión de gran trascendencia para un organismo que integra actualmente a 27 países) o la discapacidad.

---

\* Profesora acreditada contratada doctora. Coordinadora de Derecho del Trabajo en INSA-E TEA, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, centro adscrito a la Universidad de Córdoba.

<sup>1</sup> Art. 1 CE: «1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.»

<sup>2</sup> Art. 9 CE.

<sup>3</sup> Art. 14 CE.

## 2. EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO DE LA IGUALDAD EN LOS TRATADOS COMUNITARIOS

El reconocimiento de la igualdad en la Unión Europea tal como hoy lo conocemos ha



sufrido una compleja evolución a lo largo del tiempo: en un principio, estaba vinculado a las cuestiones laborales y igualdad de oportunidades, aunque poco a poco fue adquiriendo un carácter horizontal y transversal, asumiendo la obligación de integrar la igualdad en el resto de las políticas y acciones europeas; por otra parte, si bien es cierto que el legislador comunitario se centra en eliminar las desigualdades estructurales de las mujeres, también tiene en cuenta otros factores de discriminación.

Remontándonos al origen, hay que señalar que en el Tratado de la Comunidad Económica Europea de 1957 no existía una política comunitaria en materia de igualdad; a pesar de ello, si que existían algunas referencias al tema en relación con las previsiones de Política Social, atendiendo a la finalidad de asegurar la igualdad de oportunidades para hombres y mujeres en el ámbito del empleo, y en particular respecto a las retribuciones (art. 119 TCEE)<sup>4</sup>. A pesar de estos modestos orígenes, hoy en día la igualdad tiene un carácter trasversal, de manera que se establece la obligación por parte de los Poderes Públicos (tanto de la Unión como de los Estados Miembros) de adoptar una perspectiva de igualdad en todas las políticas, acciones y programas, con la finalidad de analizar los efectos sobre hombres y mujeres antes de tomar las decisiones correspondientes, así como para desarrollar, evaluar y revisar tales políticas teniendo en cuenta dicha perspectiva. A esta situación se ha llegado gradualmente.

El Tratado de la Unión Europea de 1992 no incluyó ninguna mención directa al principio de igualdad, aunque sí mencionaba el respeto de la Unión por los derechos fundamentales (arts. 2 y 6). Por su parte, el renovado Tratado de la Comunidad Europea (TCE)

también contenía las referencias a los derechos y libertades, y mantuvo la redacción del art. 119 en materia de igualdad de retribuciones, reiterándose en el Protocolo núm. 14, Anejo al TCE, relativo a la Política Social.

El momento en que se introduce el carácter transversal del principio de igualdad es en 1999, con la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam de 1997, que modifica los anteriores; este carácter transversal se consagra en los arts. 2 y 3.2.º, y se acompaña de la previsión de la elaboración de normas europeas para luchar contra la discriminación (art. 13), al tiempo que se incide en la importancia del principio de igualdad en la Política Social (arts. 136, 137 y 141). Cuando unos años más tarde se aprueba el Tratado de Niza (2001), que reforma los anteriores, la única modificación que se introduce en este tema es relativa a ciertos aspectos de las votaciones sobre discriminación y Política Social.

Hasta ese momento, las referencias directas al principio de igualdad se realizaban en el contexto de las menciones a los derechos fundamentales y valores esenciales de la Unión, que a partir de ese momento coexisten con el reconocimiento de la transversalidad. Así, entre los objetivos de la Unión, el art. 2 del Tratado (versión consolidada de 2006) incluía el refuerzo de la protección de los derechos de los ciudadanos europeos y el mantenimiento y desarrollo de la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia. Por su parte, el art. 6 TUE señalaba que: «la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros», estrechamente relacionados con la igualdad.

Por lo que respecta a las previsiones del Tratado de la Comunidad Europea, sí que encontrábamos una regulación más específica, ya que la igualdad entre el hombre y la mujer se integraba como uno de los objetivos

<sup>4</sup> De hecho, basándose en el Tratado, la Resolución de la Conferencia de los Estados Miembros de 30 de diciembre de 1961 ya abogó por la necesidad de equiparar los salarios.

de la Comunidad; esto se hacía en el art. 2, al mismo nivel jurídico que los restantes, y para cuya consecución se preveían el mercado interior, la unión económica y monetaria y todas las Políticas Comunitarias, lo que ya por sí mismo apuntaba al carácter horizontal del principio. Además, después de mencionar todas las Políticas Comunitarias, el art. 3.2.º TCE, reafirmaba aún más la horizontalidad del principio, señalando que «en todas las actividades contempladas en el presente artículo, la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad». Seguidamente, el art. 13 TCE preveía acciones para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

Además, el principio quedaba integrado en la Política Social, pues el art. 136 TCE mencionaba los objetivos de la Comunidad y de los Estados Miembros en materia social, teniendo en cuenta los derechos sociales fundamentales (según la Carta Social Europea de 1961 y la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de 1989, que ya menciona la igualdad), citando entre ellos el fomento del empleo y la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada o la lucha contra las exclusiones. Para conseguir estos objetivos, el art. 137 TCE establecía que la Comunidad apoyará y completará la acción de los Estados Miembros en diversos ámbitos, entre ellos los relativos a la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo.

Por otra parte, el art. 141 TCE mantenía la obligación de cada Estado Miembro de garantizar la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras por un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor. Además se preveía que el Consejo pudiese adoptar medidas para garanti-

zar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución.

Por último, este mismo precepto recogía la posibilidad de establecer acciones positivas, pues señalaba que «con el objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales». Este reconocimiento es muy importante, pues hasta ese momento la norma comunitaria que admitía la acción positiva era la muy limitada Directiva 76/207/CEE, cuyo art. 2.4 establecía que «la presente Directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afectan a las oportunidades de las mujeres»<sup>5</sup>.

En esta descripción de la evolución histórica del tratamiento de la igualdad en los Tra-

<sup>5</sup> Pese a lo limitado de la normativa comunitaria, Alemania ya había reformado en 1994 su Constitución para permitir las acciones positivas realizadas desde los poderes públicos para el logro de la igualdad real: art. 3.4. El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. El Estado promueve la aplicación de la igualdad de hecho entre hombres y mujeres y persigue la reducción de las desventajas existentes» A esto le siguió la Ley Federal para la Igualdad de Derechos, promulgada en 1994 y hoy sustituida por la *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* (Ley General de Igualdad de Trato, que entró en vigor el 18.8.2006). La aplicación de la normativa alemana motivó distintas cuestiones prejudiciales de los Juzgados de lo Social y de lo Contencioso-administrativo alemanes que permitieron al TJCE sentar una importante doctrina sobre las acciones positivas, que comenzó con la Sentencia Kalenke (TJCE 17-10-95) y la Sentencia Marshall (TJCE 11-11-97).

tados comunitarios es necesario hacer mención a las previsiones del proyecto de Constitución Europea de 2004, que finalmente no llegó a ser aprobado. Se trata de un texto que pudo ser clave en este tema, por su vocación de convertirse en una Carta de Derechos fundamentales. Firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, el texto incluía la igualdad de las personas entre los valores y los objetivos de la Unión, y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, reafirmaba el carácter transversal e integraba otras referencias en la Política Social.

### 3. LAS DISTINTAS REFERENCIAS A LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN LAS VERSIONES CONSOLIDADAS DE LOS TRATADOS RESULTANTES DEL TRATADO DE LISBOA

Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, es el momento de analizar el tratamiento que tiene la igualdad en las versiones consolidadas de los Tratados de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

#### 3.1. Referencias a la igualdad en el Tratado de la Unión Europea

##### 3.1.1. *Igualdad como valor*

Esta consideración se le da en el art. 2 del Tratado, que consagra el sistema de valores que constituye el eje esencial de la Unión, incluyendo como tales, entre otros, «la igualdad», «la no discriminación» y «la igualdad entre mujeres y hombres».

##### 3.1.2. *Igualdad como derecho*

El art. 6 TUE reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Euro-

pea de 7 de diciembre de 2000, tal como se adaptó el 12 de diciembre de 2007 (DOUE C 303, 14 de diciembre de 2007), y a la que otorga el mismo valor jurídico que los Tratados. Con respecto al contenido de la Carta, hay que señalar que, sin perjuicio del reconocimiento del derecho a la libertad y a la seguridad (art. 6), las referencias directas al principio se incluyen en su Título III (arts. 20 a 26) relativo a «Igualdad», en que se integra el derecho de igualdad ante la ley, el principio de no discriminación, el reconocimiento a la diversidad cultural, religiosa y lingüística, y expresamente la «igualdad entre mujeres y hombres» (art. 23), garantizándola «en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución», y permitiendo el mantenimiento de «ventajas concretas a favor del sexo menos representado».

##### 3.1.3. *Igualdad como principio de actuación*

El art. 3 TUE consagra los fines de la UE y sus principios. En el art. 3.3 se establece expresamente que «la Unión combatirá la exclusión social y la discriminación» y «fomentará (...) la igualdad entre hombres y mujeres».

Finalmente, el art. 21 TUE prevé que se tenga en cuenta el principio de igualdad en la acción exterior de la Unión, junto al respeto de los derechos humanos y a la dignidad de las personas, así como la defensa de los valores e intereses europeos en las relaciones internacionales.

#### 3.2. Referencias a la igualdad en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

El Tratado de Lisboa introduce novedades destacables en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que se inicia con la regulación de las competencias de la Unión (arts. 2 a 6 TFUE), clasificadas en

exclusivas de la Unión, compartidas (tales como política social, cohesión económica, social y territorial, y sobre espacio de libertad, seguridad y justicia), las de apoyo, coordinación o complemento a los Estados Miembros (como educación, formación y cultura) y con disposiciones específicas en otras materias (como investigación y desarrollo tecnológico).

Pues bien, en lo relativo al tratamiento de la igualdad en este Tratado, podemos decir que entre las cuestiones más relevantes se encuentra el ya mencionado reconocimiento del carácter transversal de la igualdad y las políticas de género, introducido por el Tratado de Amsterdam. En realidad, dicho Tratado recogió un concepto que acababa de ser definido por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), el concepto de transversalización de la perspectiva de género (también conocido como *Mainstreaming de género*): «Transversalizar la perspectiva de género es el proceso de valorar las implicaciones que tiene para los hombres y para las mujeres cualquier acción que se planifique, ya se trate de legislación, políticas o programas, en todas las áreas y en todos los niveles. Es una estrategia para conseguir que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, al igual que las de los hombres, sean parte integrante en la elaboración, puesta en marcha, control y evaluación de las políticas y de los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, de manera que las mujeres y los hombres puedan beneficiarse de ellos igualmente y no se perpetúe la desigualdad. El objetivo final de la integración es conseguir la igualdad de los géneros»<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Es la definición dada en julio de 1997 por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. El *mainstreaming* de género se ha convertido hoy en día en uno de los elementos clave para conseguir la igualdad de oportunidades, reconocido tanto a nivel internacional como a nivel interno desde que fue adoptada como estrategia global para promover la igualdad de oportunidades en la IV Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre las Mujeres de Pekín 1995.

Así, entre las disposiciones de aplicación general (Título II, arts. 7 a 17), se prevé que, en todas sus acciones, la Unión tendrá como objetivo «eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad» (art. 8), incluyendo como contenido del mismo la lucha contra la violencia doméstica en todas sus formas (Declaración núm. 19 Aneja al Tratado sobre este precepto<sup>7</sup>), y que, «En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual» (art. 10). Además, la Segunda Parte del Tratado, titulada «No discriminación y ciudadanía» (arts. 18-25) incluye una serie de disposiciones al respecto. De esta manera, el art. 18 prohíbe de manera específica las discriminaciones por razón de nacionalidad, lo que se completa en el art. 19 con la atribución al Consejo de la competencia para «adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión, convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual». Asimismo, establece que no obstante lo anterior, «el Parlamento y el Consejo podrán adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, los principios básicos de las medidas de la Unión de estímulo, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, para apoyar las acciones de los Estados miembros emprendidas con el fin de contribuir a la consecución de los objetivos enunciados (...)»

De esta manera, podemos decir que el principio antidiscriminatorio comunitario no tiene un carácter omnicompreensivo y general al estilo del establecido en los ordenamientos internos, como el español. En realidad, el art.

<sup>7</sup> «La Conferencia conviene en que, en su empeño general por eliminar las desigualdades entre la mujer y el hombre, la Unión tratará en sus distintas políticas de combatir la violencia doméstica en todas sus formas. Es preciso que los Estados miembros adopten todas las medidas necesarias para prevenir y castigar estos actos delictivos y para prestar apoyo y protección a las víctimas».

19 TFUE se limita a configurar una competencia comunitaria sobre la materia, careciendo de contenido sustantivo directamente aplicable. Lo que reconoce este principio son específicas causas de discriminación prohibidas, con específicos regímenes jurídicos y específicas excepciones<sup>8</sup>.

Finalmente, el nuevo Tratado incluye disposiciones sobre la igualdad en la regulación de la Política Social (Título X, arts. 151 a 161), entre cuyos objetivos se integran la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, la equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada y la lucha contra las exclusiones, entre otros (art. 151). Por otra parte, se prevé que la Unión apoyará y completará la acción de los Estados Miembros respecto a la igualdad entre hombres y mujeres en relación a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo, y a la lucha contra la exclusión social, entre otras [art. 153.1.º, i) y j)].

Para finalizar, el art. 157 TFUE establece que cada Estado Miembro garantizará la aplicación de igualdad de retribución para un mismo trabajo o uno de igual valor. Además, se prevé que puedan adoptarse medidas para garantizar la aplicación de la igualdad y se mantiene la posibilidad de los Estados Miembros para mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.

#### 4. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA IGUALDAD COMO DERECHO EN EL TRATADO DE LISBOA

Como hemos visto en el apartado anterior, el Tratado de Lisboa soluciona el problema de

<sup>8</sup> Vid. BALLESTER PASTOR, A. *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 17 y ss.

la inexistencia de una Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales (tras el frustrado proyecto de Constitución Europea de 2004) por la vía de reconocer los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como se adaptó el 12 de diciembre de 2007 (DOUE C 303, 14 de diciembre de 2007), otorgándole el mismo valor jurídico que los Tratados<sup>9</sup>. Asimismo, establece que los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán de acuerdo con su Título VII (por las que se rige su interpretación y aplicación) y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

De esta manera, cuando la UE proponga y aplique la legislación, deberá respetar los derechos establecidos en la Carta, y los Estados miembros también tendrán que hacerlo cuando apliquen la legislación de la UE.

También se establece que la Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de manera que los derechos fundamentales que en este se garantizan y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.

#### 4.1. La igualdad en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos

El Preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea señala que la Unión está fundada sobre los valores

<sup>9</sup> Art. 6 TUE.

indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad. Con esta declaración como punto de partida, el Capítulo III tiene como título «Igualdad», formando parte de su contenido este y otros derechos. En concreto, el art. 20 consagra la igualdad ante la ley («Todas las personas son iguales ante la ley»), para a continuación establecer la prohibición de discriminaciones. En este sentido, el art. 21 prohíbe toda discriminación y, en particular, la ejercida por determinadas razones<sup>10</sup>; se trata por tanto de un precepto antidiscriminatorio con causa abierta pero con mención específica de causas prohibidas; la nacionalidad queda enunciada como causa de discriminación prohibida, pero dentro del «ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares»; no hay especificación de ámbito aplicativo del derecho a la no discriminación, por lo que no se limita exclusivamente al ámbito laboral. Por otra parte, el art. 23 consagra específica y separadamente el derecho a la igualdad por razón de género, reconociendo expresamente su aplicación en todos los ámbitos (no sólo los laborales) y admitiendo la validez comunitaria de las medidas de acción positiva<sup>11</sup>.

El establecimiento del principio antidiscriminatorio en el art. 21 de la Carta tiene como referente el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>12</sup>, al que se adhiere la

<sup>10</sup> Por razón 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.

<sup>11</sup> Art. 23: «La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado».

<sup>12</sup> Art. 14: Prohibición de discriminación: El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o

Unión en virtud del art. 6.3 del TUE. Dicho convenio cuenta además con un Protocolo de 2000, que incide en el deber que tienen los Estados de asegurar el goce de los derechos reconocidos en la ley sin ninguna discriminación. Es el Protocolo n<sup>o</sup> 12 al Convenio, dedicado íntegramente a promover la igualdad de todos mediante la garantía colectiva de la prohibición general de discriminación, y donde se reitera que el principio de no discriminación no impide a los Estados tomar medidas para promover una igualdad plena y efectiva, siempre que respondan a una justificación objetiva y razonable. Esto supone un reconocimiento expreso de las medidas de acción positiva, teniendo en cuenta que los artículos 1 y 2 del Protocolo (Prohibición general de la discriminación y aplicación territorial) se consideran artículos adicionales al Convenio<sup>13</sup>.

En lo referente al valor jurídico de los derechos reconocidos en la Carta, ya hemos mencionado ut supra que el art. 6.1 del Tratado establece que tendrá «el mismo valor jurídico que los tratados»; en cuanto a su interpretación y aplicación, el propio 6.3 TUE nos remite a las disposiciones generales del título VII de la Carta, por lo que merece la pena recordar que el art. 51 establece que las disposiciones de la Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. De esta manera, los Estados respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplica-

social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación».

<sup>13</sup> «Art. 1.1. El goce de los derechos reconocidos por la ley ha de ser asegurado sin discriminación alguna, en particular por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. 2. Nadie podrá ser objeto de discriminación por parte de una autoridad pública, en particular por los motivos mencionados en el apartado 1».

ción, con arreglo a sus respectivas competencias.

#### 4.2. El desarrollo de estos derechos en las Directivas comunitarias

Como se ha observado al hablar de la igualdad y la no discriminación en los Tratados comunitarios, aunque se consagran con carácter general, sin dar una lista cerrada de las causas de discriminación prohibidas, la Unión Europea le da una especial relevancia a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y a la no discriminación por razón de sexo y, dentro de ella, a su desarrollo en el ámbito de las relaciones laborales y mercado de trabajo.

Esta importancia tiene su reflejo en la legislación derivada de forma tal que podemos decir que, en la actualidad, la legislación comunitaria en materia de igualdad de género constituye un pilar fundamental de la política de igualdad de oportunidades en Europa. Desde la entrada en vigor del Tratado de Roma se han adoptado diversas directivas europeas en el ámbito de igualdad de trato entre mujeres y hombres, todas ellas vinculantes para los Estados miembros de la Unión, que están obligados a transponer esas normas comunitarias a sus legislaciones nacionales. De estas, algunas han sido derogadas o refundidas en otras posteriores<sup>14</sup>. Esta legislación regula una amplia gama de cuestiones en el ámbito de la igualdad de género, entre las que destacan el derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el trabajo, las retribuciones laborales, la seguridad social y el acceso a bienes y servicios. Asimismo, ofrecen un régimen especial

de protección a las mujeres embarazadas y a las que acaban de tener hijos, y se establece una normativa común en cuanto a las mujeres que ejercen una actividad laboral autónoma y a los cónyuges que les ayudan.

Con esta base se fomenta la igualdad y se garantiza el principio de no discriminación, pues los ciudadanos tienen la capacidad necesaria para interponer acciones judiciales ante los tribunales nacionales siempre que consideren que sus derechos han sido violados.

Actualmente, el desarrollo de la igualdad de oportunidades y la no discriminación a través de Directivas comunitarias se articula en torno a varios temas que, como veremos, se centran mucho en el ámbito laboral pero también alcanzan a otros aspectos:

- 1) Principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres fuera del mercado laboral: Está regulado por medio de la *Directiva 2004/113/CE* del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro. Esta directiva parte de la consideración de que la discriminación y la desigualdad de trato son problemas que no sólo afectan al mundo laboral, sino también a otros muchos ámbitos de la vida cotidiana, como es el caso de la provisión de bienes o el acceso a servicios. El artículo 13, apartado 1, del Tratado constitutivo de la CE preveía la adopción de normas comunitarias contra la discriminación por motivos de sexo en ámbitos distintos al trabajo; por esa causa, en diciembre de 2004 se adoptó la Directiva que nos ocupa, que regula el acceso a bienes y servicios ofrecidos al público en general fuera de la vida privada y familiar y cuyas disposiciones son aplicables a servicios corrientes de vital importancia como la vivienda, la banca y los seguros.

<sup>14</sup> A fin de aumentar la transparencia, la claridad y la coherencia de la legislación, en 2006 la UE adoptó una directiva en virtud de la cual se agrupaban en un solo texto todas las disposiciones relativas a la igualdad de retribución, a los regímenes profesionales y a la carga de la prueba.

- 2) La igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación: Actualmente está en vigor la *Directiva 2006/54/CE* del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Se trata de una refundición de Directivas anteriores, con el objetivo de simplificar, modernizar y mejorar la legislación comunitaria en el ámbito de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación; con esta finalidad, reúne en un único texto las disposiciones de las directivas relativas a este tema, con el fin de hacerlas más claras y eficaces. Derogó la *Directiva 75/117/CEE* del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, la *Directiva 76/207/CEE* del Consejo, de 9 de febrero de 1976, 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, la *Directiva 86/378/CEE* del Consejo de 24 de julio de 1986 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social y la *Directiva 97/80/CE* del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo.
- 3) La actividad autónoma, incluidas las actividades agrarias: La igualdad en este tipo de actividades es el tema regulado por la *Directiva 2010/41/UE* del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la *Directiva 86/613/CEE* del Consejo. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 5 de agosto de 2012.
- 4) Los permisos parentales: Se ha producido una importante ampliación de estos derechos a través de la reciente *Directiva 2010/18/UE* del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESS EUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la *Directiva 96/34/CE*. Los interlocutores sociales europeos celebraron un nuevo Acuerdo marco sobre el permiso parental, que amplía la duración del permiso parental a cuatro meses para cada progenitor. Se aplica a todos los trabajadores y a cualquier tipo de contrato, representando un medio para conciliar mejor las responsabilidades profesionales y familiares de los trabajadores y para promover la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva o se asegurarán de que los interlocutores sociales hayan establecido las disposiciones necesarias mediante acuerdo, a más tardar el 8 de marzo de 2012.
- 5) La protección de las mujeres embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia: Es la materia regulada por medio 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 artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE). Esta Directiva establece directrices para la evaluación de los riesgos vinculados a los agentes químicos, físicos o biológicos, así como a los procedimientos industriales, los movimientos y las posturas y las cargas físicas y mentales. Prevé medidas provisionales para proteger a las mujeres embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia contra estos riesgos y prohíbe completamente la exposición a algunos agentes químicos, físicos o biológicos. Además, diversas disposiciones particulares regulan el trabajo nocturno, el permiso de maternidad, los exámenes prenatales, los derechos inherentes al contrato de trabajo y la protección contra los despidos discriminatorios. La Directiva exhorta a los Estados miembros a que hagan lo necesario para que cualquier mujer que se considere perjudicada por el incumplimiento de las medidas pueda hacer valer sus derechos.

- 6) Seguridad social: La *Directiva 79/7/CEE* del Consejo, de 19 de diciembre de 1978 se ocupa de regular la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, respondiendo al interés que desde un momento histórico muy temprano mantuvo la Comunidad Europea por la eliminación de las desigualdades en todos los ámbitos.

Aunque la mayoría de las Directivas se ocupan de la igualdad entre mujeres y hombres, también hay algunas Directivas que desarrollan el derecho a la igualdad en relación con otros factores, no solo el sexo de las personas. Es el caso de 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, cuyo objeto es 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; en la misma línea, la *Directiva 2000/43/CE* del Consejo, de 29 de junio de 2000, se ocupa de cuestiones relativas a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. Esta última recoge los conceptos de discriminación directa e indirecta, y se aplica en relación no solo con el empleo y la ocupación, sino en otros muchos ámbitos como en la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica, la afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, incluidas las prestaciones que éstas concedan, la protección social, incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria, las ventajas sociales, la educación y el acceso y oferta de bienes y servicios disponibles para el público, incluida la vivienda.

Este importante acervo legislativo nos lleva a que contemos actualmente con una serie de conceptos muy consolidados a este nivel. Nos referimos, fundamentalmente, al concepto de discriminación directa y discriminación indirecta, así como al de acoso definidos en las Directivas 2000/78/CE y 2006/54/CE tanto en relación con la discriminación por razón de sexo como con respecto a motivos raciales o étnicos, de cuya casuística se ha ocupado asimismo la jurisprudencia del TJ:

#### 4.3. Discriminación directa

- a) Por razón de sexo: la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera

ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable.

- b) Por motivos raciales o étnicos: cuando, por motivos de origen racial o étnico, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable.

#### 4.4. Discriminación indirecta

- a) Por razón de sexo: la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.
- b) Por motivos raciales o étnicos: cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios

#### 4.5. Acoso (por razón de sexo)

La situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo; *Acoso sexual*: la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto

de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo; *Acoso*: comportamiento no deseado relacionado con el origen racial o étnico que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. Todos estos comportamientos se consideran discriminatorios.

### 5. CUESTIONES GENERALES SOBRE LA TRANSVERSALIDAD O MAINSTREAMING DE GÉNERO Y SU PLASMACIÓN EN EL TRATADO DE LISBOA

La relevancia que se le viene dando a nivel internacional al llamado *mainstreaming de género*, a partir de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995 ha tenido su reflejo como hemos visto en el Tratado de Lisboa, que incide en la transversalidad de las políticas de género en la Unión Europea en la línea iniciada por el Tratado de Amsterdam. Dada la importancia práctica de este principio, que determina la actuación de la Unión en esta materia, revisite especial interés detenerse en su consideración.

La definición del Grupo de expertos del Consejo de Europa, que se refiere principalmente al ámbito de la Unión Europea, destaca cinco elementos clave en la implantación de la estrategia del *mainstreaming* de género:

1. Un cambio en el concepto de igualdad de género, más amplio del existente. Dicho concepto incluye no solamente igualdad *de iure* sino también *de facto*. La igualdad de facto requiere la adopción de una serie de estrategias muy variadas, que incluyen desde la clásica igualdad de oportunidades a las acciones positivas, pasando por el *mainstreaming* y a otros instrumentos. Además se exige la aplicación de ‘una perspectiva

de género y no un enfoque limitado a los problemas de las mujeres<sup>15</sup>, esto significa tener en cuenta las relaciones entre mujeres y hombres, y la manera en que los roles asignados a cada sexo afectan a las oportunidades y el estilo de vida del otro.

2. La incorporación de la perspectiva de género en la agenda política dominante. De esta manera, los problemas de igualdad de género tienen que ser tratados dentro de los trabajos sobre la educación, sobre el transporte o cualquiera que sea el tema sobre el que se esté actuando<sup>16</sup>. En cada ámbito político habrá que hacer referencia a los temas de género y consideraciones relativas a la medida en la que una iniciativa política podría afectar a mujeres y hombres de forma diferente.
3. La inclusión y la participación de las mujeres en instituciones y procesos de toma de decisiones. El *mainstreaming* de género requiere conseguir la democracia paritaria, que es la igual representación de mujeres y hombres en la toma de decisiones. Un número siempre creciente de previsiones de la Unión Europea sostiene la necesidad de una participación equilibrada de mujeres y hombres en el proceso de toma de decisiones y en los comités y grupos de expertos de la Comisión<sup>17</sup>. La Decisión

de la Comisión 2000/407 recomienda que la participación de las mujeres sea, al menos, del 40%.

4. La prioridad dada a las políticas de igualdad de género y a las que tienen especial relevancia para las mujeres (como por ejemplo las políticas social y familiar), con el objetivo de conseguir la igualdad sustancial.
5. Un cambio en las culturas institucional y organizativa, produciéndose una *cooperación horizontal* en asuntos de género entre todos los ámbitos, departamentos y niveles (nacional, regional y local) políticos y el uso de *herramientas y técnicas* adecuadas para integrar la variable de género en todas las políticas, hacer un seguimiento y evaluar estas últimas desde la perspectiva de género. La recogida de datos estadísticos desagregados por género y la realización de encuestas, pronósticos o análisis de coste-beneficio desde una perspectiva de género permiten trazar con mayor precisión la situación socioeconómica de ambos sexos y ofrecen información sobre el impacto que puedan tener las decisiones políticas en las diversas condiciones de vida de mujeres y hombres. Los métodos de evaluación del impacto de género permiten analizar con antelación las consecuencias que una determinada propuesta política podría tener para la igualdad de género, con el fin de poder remediar los efectos negativos antes de que se tome la decisión. Asimismo, supone incluir entre los actores de las políticas tanto a expertos en igualdad como a la propia sociedad civil.

<sup>15</sup> CONSEJO DE EUROPA, *Mainstreaming de género. Marco conceptual, metodología y presentación de «buenas prácticas»*. Informe final de las actividades del Grupo de especialistas en *mainstreaming* Instituto de la Mujer, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 199, p. 32.

<sup>16</sup> CONSEJO DE EUROPA, op. cit., p. 25.

<sup>17</sup> Véase CONSEJO, «Recomendación 96/694 del Consejo relativa a la participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en el proceso de toma de decisiones», DOCE (1996) L 319/11; CONSEJO, «Decisión 182/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo», DOCE (1999) L 26/1; COMISIÓN, «Decisión 2000/407 sobre el equilibrio entre hombres y mujeres en los comi-

tés y los grupos de expertos creados por la Comisión», DOCE (2000) L 154/34; COMISIÓN, «Comunicación de la Comisión a los Estados Miembros sobre la Decisión relativa a equilibrio entre hombres y mujeres en los comités y los grupos de expertos creados por la Comisión», DOCE (2000) C 203/4.

Conforme a las recomendaciones de los expertos del Consejo de Europa, una correcta aplicación del *mainstreaming* de género exige el cumplimiento de los cinco requisitos descritos, es decir un concepto más amplio de igualdad de género, la incorporación de la perspectiva de género en la agenda política dominante, la participación equilibrada de las mujeres en los procesos de toma de decisiones, la prioridad otorgada a las políticas de género y a las que tienen especial relevancia para las mujeres, y un cambio de las estructuras institucional y organizativa que afecta al proceso político, los mecanismos y los actores políticos.

En todo caso, y pese a su importancia, hay que señalar que la estrategia de transversalización no elimina la necesidad de elaborar políticas y programas específicamente destinados a las mujeres, así como una legislación positiva en su favor; tampoco elimina la necesidad de unidades o coordinadores para las cuestiones de género. Es decir, la transversalización es una estrategia complementaria, no sustitutiva de estas otras medidas.

Dado que la transversalización de la perspectiva de género ya estaba recogida por el Tratado de Lisboa<sup>18</sup>, la Unión Europea lleva años desarrollando este tipo de estrategias, definidas y desarrolladas en la Comunicación de la Comisión, de 21 de febrero de 1996, «Integrar la igualdad de oportunidades entre las mujeres y los hombres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias». Según este documento, el concepto de transversalidad consiste en tener en cuenta de forma sistemática las diferencias entre las condiciones, situaciones y necesidades de las mujeres y de los hombres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias, lo que requiere un esfuerzo de movilización de todas las políticas.

<sup>18</sup> Sobre el principio de transversalidad en el Derecho comunitario, *vid.* LOUSADA AROCHENA, J.F., *El principio de transversalidad de la dimensión de género*, MTAS, 2007, pp. 17 y ss.

En dicha Comunicación se detallan las principales líneas de acción a seguir en los distintos ámbitos: empleo y mercado de trabajo, mujeres empresarias en las PYME, incluir la igualdad de oportunidades como objetivo específico o prioridad adicional en materia de educación y formación, lucha contra la violencia hacia las mujeres y de lucha contra el tráfico de personas y la rehabilitación en la sociedad de las víctimas de este tráfico, integración de la transversalidad en las políticas de cooperación al desarrollo, política de comunicación e igualdad de oportunidades en la propia política de personal de la Comisión. Asimismo, la Comunicación pone de relieve el papel que desempeñan los *Fondos Estructurales*, que constituyen el principal instrumento financiero de la Comunidad y cuya intervención afecta a varios ámbitos de la promoción de la igualdad de oportunidades.

Es de esperar que la afirmación y consolidación del principio realizada en el Tratado de Lisboa repercuta en un reforzamiento de este tipo de estrategias.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- BALAGUER CASTEJÓN, M.L., «La Constitución Europea y la igualdad de género», *REDCE*, 3/2005.
- BALLESTER PASTOR, M.A., «Los derechos sociales en la Carta Comunitaria de derechos fundamentales y en el Tratado de Lisboa», *AL*, 15/2009.
- (Coord.), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo Blanch, 2010.
- CONSEJO DE EUROPA, *Mainstreaming de género. Marco conceptual, metodología y presentación de «buenas prácticas». Informe final de las actividades del Grupo de especialistas en mainstreaming*. Instituto de la Mujer, MTAS, Madrid, 1999.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «La igualdad en la Unión Europea: un principio bien entendido y aplicado», *Diario La Ley*, n<sup>o</sup> 7207.

LOUSADA AROCHENA, J.F., *El principio de transversalidad de la dimensión de género*, MTAS, 2007.

MIRANDA BOTO, J.M., «La incidencia del Tratado de Lisboa en el ámbito social», *TL*, 97/2008.

PICO LORENZO, C., «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista Unión Europea Aranzadi*, Nov. 2009.

QUESADA SEGURA, R., «La no discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades, en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de

Derechos Humanos del Consejo de Europa, a los Tratados y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *RMTAS*, nº extra 3/2007

SEMPERE CANO, A.V. y CANO GALÁN, Y., «Igualdad y no discriminación en la Unión Europea», *RMTAS*, nº 57/2005.

VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., «Igualdad por razón de sexo y Constitución Europea», *RMTAS*, nº 57/2005.

**RESUMEN** La igualdad y la no discriminación tienen un papel muy importante en el Tratado de Lisboa. Por una parte, se incluye en el sistema de valores de la Unión, tanto «la igualdad», como «la no discriminación» como, específicamente, «la igualdad entre mujeres y hombres»; asimismo, al reconocer los derechos y principios enunciados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, también se está reconociendo como tal el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación. Por otra parte, entre los fines y principios de la UE, el art. 3.3 del TUE reconoce expresamente que «la Unión combatirá la exclusión social y la discriminación» y «fomentará (...) la igualdad entre hombres y mujeres». Finalmente, el art. 21 TUE prevé que se tenga en cuenta el principio de igualdad en la acción exterior de la Unión, junto al respeto de los derechos humanos y a la dignidad de las personas, así como la defensa de los valores e intereses europeos en las relaciones internacionales. Esto supone la consagración de la transversalidad de las políticas de género (*mainstreaming* de género), en la línea establecida por el Tratado de Amsterdam, lo que se refuerza por medio de lo establecido en el Tratado de Funcionamiento de la UE. Todas estas facetas de la igualdad y la no discriminación han sido desarrolladas tanto por un importante número de Directivas comunitarias como por determinados programas de la Unión Europea, con especial detenimiento en lo relativo a la igualdad entre mujeres y hombres, así como por su garantía en el ámbito del empleo y las relaciones laborales. En cuanto a la transversalidad, es un concepto técnico que no sustituye sino que completa a las tradicionales políticas de apoyo a las mujeres, y que exige un desarrollo más detenido en un futuro, que intensifique y diversifique las medidas adoptadas hasta este momento.

**ABSTRACT** Equality and non-discrimination play a very important role in the Treaty of Lisbon. On the one hand, both «equality» and «non-discrimination» are included in the European Union value system, specifically as «equality between women and men». Further, by acknowledging the rights and principles included in the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the right to equality and the non-discrimination principle are also acknowledged. On the other hand, within the purposes and principles of the EU, article 3.3 of TEU specifically stipulates that «the Union shall combat social exclusion and discrimination» and «shall promote (...) the equality between men and women». Finally, article 21 of TEU provides for the principle of equality in the Union's external action, together with the respect for human rights and human dignity, as well as the defence of European values and interests in international relations. This enshrines gender mainstreaming, in line with the Treaty of Amsterdam, which is reinforced by the Treaty on the Functioning of the European Union. These different aspects of equality and non-discrimination have been developed by a series of EC directives and by specific European Union programmes, emphasizing the equality between women and men as well as the guarantee of this equality on employment and labour relations. With regards to mainstreaming, it is a technical concept that does not substitute but complements the traditional policies of women support, and that demands further development in the future in order to intensify and diversify the measures taken to date.



# La lucha contra la discriminación en la Unión Europea

MARIA AMPARO BALLESTER PASTOR\*

---

## 1. ESTADO DE LA CUESTIÓN

**E**n la Unión Europea, la reconfiguración del principio antidiscriminatorio en torno a las causas de discriminación prohibidas de nueva generación (Tratado de Amsterdam, 1997), la consolidada jurisprudencia del TJUE en torno al principio de no discriminación por razón de género (desde la primera formulación en el art. 119 del primer Tratado de la Comunidad Europea) y el establecimiento de un panorama normativo comunitario antidiscriminatorio extensivo (Directiva 2000/43, antidiscriminatoria por razón de etnia; Directiva 2000/78, antidiscriminatorio por razón de religión, convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual; Directiva 2006/54, antidiscriminatoria por razón de sexo) evidencian que el tema atraviesa uno de sus momentos históricos más trascendentes en la Unión Europea. Independientemente de que en algunos ámbitos (particularmente en relación con la edad) los últimos pronunciamientos jurisprudenciales del TJUE no muestran una actitud tan enérgica y rotunda como tuvieron los pronun-

ciamientos de la década de los 70 sobre la discriminación por razón de sexo, ciertamente la cuestión está siendo objeto de una atención que no encuentra paralelo en otros temas de Derecho Social Comunitario. De hecho, se advierte en la jurisprudencia comunitaria general sobre Derecho Social y Laboral cierto estancamiento en su alcance y contenidos, materializado jurisprudencialmente en sentencias como las dictadas en los asuntos *Viking o Laval*, en las que el derecho social ha terminado por ceder espacio al principio de libertad de circulación; y normativamente en proyectos afortunadamente frustrados como la Directiva *Bolkestein* o la Directiva sobre tiempo de trabajo. Podría decirse que, así como la política social comunitaria tuvo como motor el principio antidiscriminatorio por razón de sexo (que en la década de los 70 fue uno de sus pilares más importantes) en el momento actual vuelve a destacarse como centro de atención, si bien su alcance adquiere matices nuevos y particularmente interesantes.

El ámbito normativo comunitario sobre la protección antidiscriminatoria queda actualmente fijado en torno a dos ámbitos: de un lado, el principio antidiscriminatorio clásico, por razón de género, está formulado en el art. 157 del Tratado de Funcionamiento de la

---

\* Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia



Unión Europea (en adelante, TFUE) y se encuentra desarrollado en la Directiva 2006/54 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición); de otro lado, las causas de discriminación prohibidas en el ámbito comunitario de nueva generación se recogen actualmente en el art. 19 TFUE y están desarrolladas en la Directiva 2000/43 (relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico) y en la Directiva 2000/78 (relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación). Se advierte inmediatamente que existe actualmente una elevación formal de la cuestión antidiscriminatoria, que supera las esferas del *soft law* y llega a situarla directamente, con un carácter general hasta ahora inusitado, como fuente del derecho comunitario al más alto nivel. El marco normativo comunitario se completa asimismo con lo establecido en el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDF) que, bajo el título *No discriminación*, enuncia un principio antidiscriminatorio general con interesantes matices respecto al que se formula en el art. 19 TFUE. También existe en el art. 23 CDF una referencia al principio antidiscriminatorio por razón de género, aunque su relación con el art. 157 TFUE (antidiscriminatorio histórico por razón de género) no plantea ninguna contradicción evidente puesto que la redacción de la CDF es mucho más general en este ámbito<sup>1</sup>.

El punto de partida normativo es el reconocimiento por parte del Derecho de la Unión Europea de específicas causas de discrimina-

ción prohibidas, con específicos regímenes jurídicos y específicas excepciones. Esta precisión resulta necesaria porque el título de la Directiva 2000/78 puede dar lugar a confusiones (*–marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación–*). En realidad la Directiva 2000/78 no es una norma configuradora del principio de igualdad general, con carácter abierto, sino una norma comunitaria referida a ciertas y concretas causas de discriminación prohibidas (religión o creencias, discapacidad, edad u orientación sexual). Lo mismo cabe decir de la Directiva 2000/43 (etnia) y de la Directiva 2006/54 (género). De hecho este carácter tasado de las causas de discriminación prohibidas se advierte inmediatamente en el texto del propio art. 19.1 TFUE, que establece lo siguiente: *Sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual*. En todo caso, la necesidad de este tipo de precisiones terminológicas referidas al significado real de las normas en contraste con la finalidad que aparentan tener da cuenta del modo en que se han llevado a cabo las normas comunitarias antidiscriminatorias recientes: van precedidas de títulos ambiciosos y formulaciones ampulosas, pero su significado real se entibia mucho cuando se accede a su articulado. El tratamiento de la discriminación por razón de la edad (de formulación rotunda y de eficacia menor por sus numerosas excepciones) ejemplifica perfectamente la situación descrita.

La cuestión es, sin embargo, que el carácter tasado de las causas de discriminación prohibidas en el ámbito comunitario podría parecer cuestionado por el texto del art. 21.1 de la CDF en el que literalmente se establece

<sup>1</sup> Establece lo siguiente el art. 23 CDF: *La igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas a favor del sexo menos representado.*

lo siguiente: *Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón 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.* Adviértase que esta formulación comienza estableciendo que se prohíbe toda discriminación, presumiblemente por cualquier causa, puesto que inmediatamente después se limita a ejemplificar algunas de las posibles, que encuentran conexión (directa o indirecta) con las enunciadas en el art. 19 TFUE. Particularmente interesante es asimismo la causa de discriminación prohibida que expresamente se refiere en el art. 21.2 CDF, puesto que no encuentra conexión con ninguna de las contenidas en el art. 19 TFUE. Establece este precepto que *se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares.* La primera cuestión que debe dilucidarse es, pues, qué repercusión ha tenido en el ámbito del principio antidiscriminatorio la aprobación del Tratado de Lisboa, puesto que fue esta reforma del derecho de los Tratados originarios la que configuró el actual art. 6 del Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE) en el que expresamente se establece que la CDF tiene el mismo valor jurídico que los Tratados.

Al respecto, y como primera aproximación, no puede olvidarse que la integración de la CDF en el ámbito de los Tratados por medio de la formulación del art. 6 TUE se debe interpretar forzosamente en toda su extensión, incluyendo sus cláusulas horizontales, o preceptos que regulan su propia efectividad y modo de aplicación (título VII de la CDF, arts. 51 ss). Particularmente importante es lo establecido en el apartado segundo del art. 52 de la CDF en el que puede leerse que los derechos que tuvieran formulación en los Tratados comunitarios seguirán teniendo el alcance otorgado por los mismos, sin que la CDF implique

ampliación o alteración alguna<sup>2</sup>. El art. 52 CDF establece de este modo claramente un dique de contención respecto a los derechos con formulación en los Tratados, que se encuentran limitados en su configuración por el modo en que se formulan en éstos. Teniendo en cuenta que el principio antidiscriminatorio tiene un enunciado lo suficientemente rotundo en los art. 19 TFUE y 157 TFU no puede sino concluirse en la obligada preferencia de ambos frente a los art. 21 y 23 CDF, lo cual tiene como primera consecuencia la identificación de las causas de discriminación prohibidas, que no están abiertas, conforme a lo que pudiera derivarse del art. 21 CDF, sino que tan solo tienen virtualidad comunitaria en tanto en cuanto se refieran a alguna de las causas específicamente referidas en el art. 19 TFU.

Pero la cuestión de la relación entre el art. 19 TFUE y el art. 21 CDF no concluye aquí. La siguiente incógnita que debe resolverse, y cuya solución guarda relación con lo establecido en la CDF, es la de la eficacia (directa o no) del derecho a la no discriminación configurado en el TFUE. Con relación a la discriminación por razón de género (actual art. 157 TFUE) el Tribunal Comunitario llegó hace ya años a reconocer que nacía directamente del Tratado de la Comunidad Europea (y no propiamente de la Directiva comunitaria en su desarrollo) con todas las consecuencias temporales<sup>3</sup> que ello implicaba. En efecto, desde antiguo el TJUE ha reconocido la eficacia directa, inclu-

<sup>2</sup> Conforme al art. 52 CDF la Carta sería una mera confirmación de los derechos establecidos en el Tratado originario. Al respecto, por todos, LENAERTS Y SMIJTER, «A bill of rights for the European Union», *Common Market Law Review*, 38, 2001, pág. 281

<sup>3</sup> Como se sabe las instituciones comunitarias se defendieron frente a esta interpretación aprobando el llamado *Protocolo Barber* (protocolo sobre el art. 119 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea) incorporado al Tratado de Maastricht y aprobado por la totalidad de los entonces integrantes de la Unión Europea. Se trataba de un precepto de garantía para evitar los efectos perjudiciales desde la perspectiva económica que una eventual retroactividad de la doctrina sentada

so en las relaciones entre privados (eficacia directa horizontal plena)<sup>4</sup> del derecho a la no discriminación retributiva configurado en el antiguo art. 119 TCE (conforme a la primera redacción del Tratado de Roma)<sup>5</sup>. Pero en el asunto *Barber*<sup>6</sup> el TJUE aplicó el mismo criterio de aplicación directa del antiguo art. 119 TCE, con la importante matización de que dicha aplicación directa tenía prioridad frente a la aplicación de lo establecido en las Directivas en su desarrollo. Lo relevante de esta doctrina es que, de modo rotundo y extensivo, aplica al principio antidiscriminatorio por razón de género una eficacia directa y automática, referida no solo a las instituciones comunitarias, sino también a los Estados miembros (y consiguientemente a sus ciudadanos) de modo similar a como resultan aplicables los derechos fundamentales en los textos constitucionales internos. Ello implica la existencia de un contenido esencial del derecho fundamental a la no discriminación por razón de género, prioritario frente al desarrollo de eventuales Directivas comunitarias, y cuyo alcance previsiblemente puede encontrarse en la aperturista interpretación aportada por el TJUE desde la década de los 70.

En el tema de la eficacia del art. 19 TFUE (las causas antidiscriminatorias de nueva generación) es totalmente la opuesta. De

---

por el TJUE (podía generar en los Estados miembros. Para un comentario acerca del sentido de este protocolo, por todos, FITZPATRICK, «Community social law after Maastricht», *Industrial law journal*, vol 21, 3, 1992, pág. 200; y LANQUETIN Y MASSE – DESSEN, «Maastricht: consolidation ou remise en cause des principes en matière d'égalité professionnelle», *Droit Social*, 4, 1992.

<sup>4</sup> Como se sabe, la eficacia del derecho comunitario derivado sigue principios aplicativos diferentes, que no corresponde tratar en este momento. Al respecto, por todos, ALZAGA RUIZ, «La eficacia de las directivas comunitarias en el ámbito laboral: criterios jurisprudenciales comunitarios y españoles», *Actualidad Laboral*, 13, 2007.

<sup>5</sup> Entre otros, así lo interpretó en el asunto *Defrenne I*, sentencia de 8 de Abril de 1976, C- 43/75. Más recientemente, en la STJUE de 20 de Marzo de 2003, asunto *Kutz - Bauer*, C- 187/2000.

<sup>6</sup> Sentencia de 17 de Mayo de 1990, C- 262/88.

hecho lo primero que se advierte en el art. 19 TFUE es que carece tanto de contenido esencial como de eficacia directa<sup>7</sup>. El art. 19 TFUE no constituye el reconocimiento de un derecho fundamental sino apenas el establecimiento de una competencia comunitaria en un tema en el que prácticamente deja total libertad de desarrollo a las instituciones comunitarias. El art. 19 TFUE es un precepto cauteloso, que parece tener más una finalidad justificadora de eventuales tratamientos restrictivos de la cuestión antidiscriminatoria por parte de las instituciones comunitarias, que propiamente garantizadora. Ciertamente el art. 19 TFUE ha supuesto un reconocimiento normativo expreso y al más alto nivel del alcance del derecho a la no discriminación, pero al normativizar la cuestión e incorporar procedimientos específicos para su aprobación y desarrollo ha puesto también límites a la evolución que, con mayor libertad, venía desarrollando el TJUE. Así ha sido ratificado por el TJUE en la sentencia dictada en el asunto *Herrera (infra)*. En su fundamento 89 literalmente se establece que de la previsión contenida en el art. 19 TFUE *no cabe afirmar que la demandante pueda deducir de ella un derecho directamente aplicable que pueda invocarse ante el órgano jurisdiccional comunitario*. En efecto, las sentencias que han aplicado las causas más recientes de discriminación formuladas en el art. 19 TFUE y reguladas en las Directivas antidiscriminatorias (particularmente la Directiva 2000/78) reconocen formalmente la existencia de un principio general antidiscriminatorio, que informa el propio ordenamiento comunitario<sup>8</sup>, pero dicho prin-

---

<sup>7</sup> Mantiene rotundamente la falta de eficacia directa del principio antidiscriminatorio configurado en el anterior art. 13 TCE HILSON, «What's in a right? The relationship between Community, fundamental and citizenship rights in EU law», *European Law Review*, 29, nº 5, 2004, pág. 645.

<sup>8</sup> Por ejemplo, con relación a la edad, párrafo 75 de la sentencia dictada en el asunto *Mangold*, STJUE de 22 de Noviembre de 2005, C-144/04; y párrafo 93 de la sentencia dictada en el asunto *Herrera*, STJUE de 28 de Octubre de 2004, T-219/02 y T-337/02.

cipio y el eventual contenido que pudiera darle el marco de derechos fundamentales ha desaparecido prácticamente en beneficio del articulado estricto de las Directivas antidiscriminatorias. Por ejemplo, en el ámbito de la discriminación por razón de la edad, el TJUE en la mayoría de las sentencias pronunciadas al respecto, no trata de esculpir el contenido del principio utilizando para ello los criterios interpretativos clásicos, sino que meramente trata de identificar si el supuesto concreto que se plantea encuentra acomodo en alguna de las manifestaciones o excepciones formuladas en el texto de las Directivas. Este es prácticamente el argumento exclusivo utilizado por el TJUE en los asuntos *Herrera*, *Mangold*, *Palacios* y *National Council on Ageing*<sup>9</sup>). Contrasta esta referencia excluyente con las sentencias que, durante la década de los 70, crearon el principio antidiscriminatorio a partir de derechos fundamentales que ni siquiera tenían formulación meramente indicativa en el ámbito comunitario.

Esta alteración de los criterios interpretativos del TJUE en torno al principio antidiscriminatorio en las causas de nueva generación, más literales y menos creativos porque su contenido queda delegado a las Directivas en su desarrollo, se ha visto favorecida por la utilización por parte de estas mismas Directivas antidiscriminatorias, de una técnica normativa poco usual hasta ahora. Si se analiza el texto de la Directiva 2000/78 se advierte inmediatamente que proliferan no solo las muchísimas excepciones a los principios generales (lo que es relativamente habitual en la técnica normativa comunitaria de una

entidad constituida por diferentes ordenamientos), sino también formulaciones ejemplificativas de dichos principios y de las excepciones a los mismos. Por ejemplo, el segundo párrafo del art. 6.1 de la Directiva 2000/78 establece que las diferencias de trato por razón de edad justificadas en el primer párrafo *podrán incluir, en particular* una serie de situaciones que, de modo bastante generoso, se especifican en los tres apartados siguientes. Con una redacción de esta naturaleza se aumentan las posibilidades de los Estados miembros para configurar situaciones exceptuadas de la aplicación del principio antidiscriminatorio pero, sobre todo, se disminuyen las competencias del TJUE para que pueda introducir principios interpretativos más generosos. Llama la atención que la ejemplificación que se realiza en la Directiva 2006/54 (antidiscriminatoria por género) se refiere, en cambio, a las situaciones que deben considerarse contrarias a la propia Directiva y no, como en la Directiva 2000/78, a las que permiten no aplicarla. La primera ejemplificación refuerza la norma comunitaria, y la segunda, la debilita. En todo caso, cuando la causa de discriminación prohibida no tiene esta formulación ejemplificativa que impide la tarea creativa el TJUE puede rellenar los vacíos. Por ejemplo, en el asunto *Coleman* (STJUE de 17 de Julio de 2008), el Tribunal comunitario consideró que concurría discriminación por discapacidad cuando el trato peyorativo se dispensaba a una trabajadora por el hecho de pretender ejercer derechos ligados al cuidado de su hijo discapacitado (discriminación por vinculación). Ni en el art. 2 ni en el art. 5 de la Directiva 2000/78 se contenía una especificación del sujeto protegido frente a la discriminación por esta causa, lo que permitió cierto efecto creativo y expansivo del principio a cargo del TJUE. En definitiva, pues, las causas de discriminación prohibida de nueva generación no constituyen un principio comunitario de eficacia directa y contenido esencial, sino una serie de habilitaciones para el desarrollo posterior que carecen de límites en el texto del derecho

<sup>9</sup> La referencia de las dos primeras sentencias se encuentra en la nota previa a ésta. El asunto *Palacios* dio lugar a la STJUE de 16 de Octubre de 2007, C-411/05. El asunto *National Council on Ageing* a la STJUE de 5 de Marzo de 2009, C-388/07. En el asunto *Bartsch*, STJUE de 23 de Septiembre de 2008, C-427/06 el Tribunal Comunitario consideró inaplicable la Directiva 200/78 porque no había transcurrido el plazo de transposición, pero estableció expresamente la inaplicación directa del, entonces, art. 13 TCE (actual art. 19 TFUE).

originario y que provocan que el principio antidiscriminatorio quede desmembrado, en la intensidad y alcance de la protección, en atención al régimen jurídico constituido *ex profeso* para cada causa en la correspondiente Directiva.

Llegados a este punto, y a efectos de superar el efecto vacío del art. 19 TFUE, solo sería posible introducir cierto contenido esencial en el derecho a la no discriminación por las causas de nueva generación si así pudiera derivarse de dos elementos que, hasta ahora han quedado al margen del presente trabajo, pero que adquieren una importancia fundamental en el art. 6 TFUE y en la CDF: el Convenio Europeo de Derechos Humanos y las explicaciones a la propia CDF.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos tiene una importancia fundamental en el derecho de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa. Efectivamente, el art. 6.2 TUE establece actualmente lo siguiente: *La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados. La adhesión real quedará completada en un acto posterior de la Unión Europea, que este art. 6 se limita a anunciar, y que probablemente tendrá que resolver las múltiples dificultades que la adhesión puede generar*<sup>10</sup>. Los dos incisos de

<sup>10</sup> Entre otros, uno de los problemas que la adhesión plantea guarda relación con los riesgos que pueden surgir como consecuencia de interpretaciones divergentes entre el TJCE y el Tribunal de Estrasburgo. Al respecto, por todos, LAWSON, «Confusion and conflict?, Diverging interpretations of the European Convention on Human Rights in Strasbourg and Luxembourg», en *The dynamics of the protection of Human Rights in Europe*, Londres, 1994, pág. 236 ss. La cuestión de la adhesión al Convenio Europeo por parte de la Unión Europea ha dado lugar históricamente a un debate intenso. El Dictamen del TJCE 2/94, de 28 de marzo de 1996 aconsejaba una postura cauta al respecto (Análisis del Dictamen por ESCOBAR HERNÁNDEZ, Comunidad Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: ¿El fin de una vieja

este precepto presionan en diferente dirección: de un lado, el primer inciso establece una introducción del Convenio Europeo en el derecho de la Unión Europea similar al que se establece para la CDF. Adviértase que, también como en el caso de la CDF, el nuevo marco de derechos y obligaciones se refiere exclusivamente a las instituciones europeas, y no directamente a los Estados miembros; pero, de otro lado, el segundo inciso, de modo similar a como señala el art. 52 CDF en su segundo párrafo, mantiene el marco competencial configurado en los Tratados, con lo que termina con cualquier expectativa que atribuyera al Convenio Europeo un marco competencial sustantivo y preferencial. El art. 6.2 TUE no supone, pues, atribución de competencia alguna al Convenio Europeo de derechos Humanos<sup>11</sup>, más allá de la relevancia interpretativa que, hasta la fecha, le ha concedido el TJUE<sup>12</sup>. No tiene virtualidad

polémica? (Comentario al Dictamen 2/94 del TJCE, de 28 de marzo de 1996)», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 23, 1996, pp. 817 y ss) por cuanto sugería que la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos era incompatible con el estado actual de los Tratados, y conllevaba la necesaria y compleja modificación de los mismos. Parte de la doctrina consideró, sin embargo, que dicha incompatibilidad no existía (por ejemplo, ALONSO GARCÍA, «La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea», *Gaceta Jurídica de la CE y de la competencia*, nº 209, 2000, p. 5). En todo caso, el actual art. 6.2 TUE constituye la reforma de los Tratados que legitima definitivamente esta adhesión.

<sup>11</sup> MIRANDA BOTO, «La incidencia del Tratado de Lisboa en el ámbito social», *Temas Laborales*, 97, 2008, pág. 16.

<sup>12</sup> En el asunto *Nold*, el TJUE estableció que el contenido de estos derechos fundamentales se encontraba en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones de los Estados miembros (STJCE de 14 de Mayo de 1974, C-4/73). En el asunto *Hauer* el TJUE manifestó rotundamente que las normas comunitarias debían interpretarse de conformidad con los derechos fundamentales, como principios generales del derecho comunitario (Asunto *Hauer*, STJCE de 13 de Diciembre de 1979, C-44/79, BELLINI, «La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario secondo la sentenza Hauer», *Rivista di diritto internazionale*, 1981, pág. 318 s).

sustantiva efectiva, pues, lo establecido con relación al principio antidiscriminatorio en el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>13</sup>. De haber sido así el cambio hubiera sido de gran trascendencia puesto que el art. 14 del Convenio Europeo tiene un ámbito material amplísimo (el principio de no discriminación se refiere a todos los derechos contenidos en el mismo). Recuérdese, asimismo, que el art. 19 TFUE no limita el principio antidiscriminatorio en la Unión Europea al ámbito laboral<sup>14</sup>. En todo caso todas las posibilidades extensivas del art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación con el principio antidiscriminatorio comunitario quedan cegadas por su supeditación al marco competencial existente.

La última posibilidad de otorgar contenido esencial al principio antidiscriminatorio comunitario debe ser buscada en un discutido texto extranormativo que se menciona en el propio art. 6 TUE<sup>15</sup> como elemento interpretativo de los derechos de la CDF: las Explicaciones actualizadas sobre el texto de la Carta

<sup>13</sup> El art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece lo siguiente: *Prohibición de discriminación. El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.*

<sup>14</sup> Ciertamente hasta la fecha el principio antidiscriminatorio ha estado fuertemente vinculado exclusivamente al ámbito laboral. Así se formula el principio antidiscriminatorio comunitario clásico por razón de género actualmente contenido en el art. 157 TFUE (desarrollado por la Directiva 2006/54). También se ha mantenido en la esfera estricta laboral la Directiva comunitaria 2000/78 de 27 de noviembre de 2000 (Directiva antidiscriminatoria multicausal). Pero la normativa comunitaria ha reconocido la aplicación del principio a otras esferas para las causas de etnia (Directiva 2000/43) y género (Directiva 2004/113).

<sup>15</sup> Establece el art. 6.2 tercer párrafo TUE *in fine* que los derechos de la Carta deberán interpretarse teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta que indican las fuentes de dichas disposiciones.

de los Derechos Fundamentales (CONV 828/1/03)<sup>16</sup>. Su análisis, sin embargo, no conduce al pretendido contenido esencial del principio antidiscriminatorio comunitario. La primera cuestión surge precisamente con relación a su naturaleza extrajurídica<sup>17</sup> que, sin embargo, no debe infravalorarse. Al final del primero de los párrafos de estas explicaciones puede leerse: *Si bien no tienen por sí mismas valor jurídico, constituyen un valioso instrumento de interpretación con objeto de aclarar las disposiciones de la Carta.* Sin embargo su repercusión queda realizada en el art. 6 TUE: este precepto no solo eleva la Carta al rango de Tratado (con todas las matizaciones de sus cláusulas horizontales) sino que eleva al mismo rango también sus explicaciones, con todo su cúmulo de imprecisiones dado que las explicaciones no nacieron con el objetivo de convertirse en normas y, en consecuencia, carecen del mínimo rigor normativo. Esta extraña inclusión de las explicaciones en el texto del TUE (que no puede entenderse como normativización de las explicaciones, sino como mera intensificación de su relevancia<sup>18</sup>) obedece probablemente a la intención del legislador del Tratado de Lisboa de acotar

<sup>16</sup> Puesto que no se trata de una norma comunitaria no ha seguido los trámites de publicación requeridos para éstas. Su texto puede encontrarse en la página web de la Unión Europea: <http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/dat/32007X1214/hm/C2007303ES.01001701.htm>

<sup>17</sup> Esta virtualidad meramente indicativa y totalmente extrajurídica de las explicaciones de la Carta ha sido expresamente ratificada en los procesos jurisdiccionales ante el TJUE. Por ejemplo, a si lo expresó el Abogado General Jacobs en las conclusiones correspondientes al asunto Suecia c. Consejo (acumulados C-122/99 y C-125/99), que dieron lugar a la STJUE de 31 de Mayo de 2001.

<sup>18</sup> Intensificación que se advierte también en lugares preferentes de la Carta, como es su propio Preámbulo. Al final de su quinto párrafo puede leerse lo siguiente: *En este contexto, los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los estados miembros interpretarán la Carta atendiendo debidamente a las explicaciones elaboradas bajo la autoridad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea.*

el posible desarrollo futuro de estos derechos, limitándolos a los estrictos términos y condiciones que se tuvieron en cuenta durante las negociaciones de la Carta. Es, claramente, un instrumento de limitación, dirigido directamente al órgano jurisdiccional comunitario a cuya sombra se habían desarrollado los derechos fundamentales como principios generales del derecho comunitario. Incluso la posibilidad de que tales explicaciones se vayan actualizando, conforme a los criterios que estimen oportuno los padres de la Carta subordina la acción del TJUE al control político y al acuerdo unánime de los Estados miembros. De otro lado, la principal virtualidad de las explicaciones de la Carta es, sencillamente, la consolidación y especificación de los criterios interpretativos que hasta la fecha había establecido el TJUE. El texto de las explicaciones realiza continuas referencia a textos extracomunitarios (Convenio Europeo de Derechos Humanos, Carta Social Europea...), en los que hasta ahora se ha asentado la configuración jurisprudencial de los derechos fundamentales como principios generales del ordenamiento comunitario. Las explicaciones insisten reiteradamente en que los preceptos de la Carta «se inspiran» en dichos textos, clarificando que no están realizando aportaciones nuevas, sino reproduciéndolos en el ámbito comunitario (del mismo modo que hasta ahora había hecho el TJUE).

Esta eficacia contencionista de las explicaciones se advierte claramente con relación al principio antidiscriminatorio establecido en el art. 21 de la Carta que tiene, conforme a las explicaciones, dos referentes: el art. 19 TFUE y el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Las explicaciones de la Carta dedican especial atención a delimitar el ámbito del art. 19 TFUE y el del art. 21 CDF: el art. 19 TFUE configura competencias directas de las instituciones comunitarias en desarrollo del principio antidiscriminatorio que recoge; el art. 21 de la Carta tiene el rango de los derechos de la Carta y, por lo tanto, se mueve en una dimensión diferente, inspirando, diri-

giendo y limitando la actuación de las instituciones comunitarias (y de los Estados miembros cuando aplican las normas comunitarias). El significado del art. 21 de la Carta se ata fuertemente en las explicaciones al art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos para terminar constituyendo, como éste, un criterio interpretador no susceptible de configurar contenido esencial alguno. Las explicaciones establecen expresamente que el desarrollo del art. 19 TFUE no se debe hacer conforme al art. 21 de la Carta o al art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por ser autónomo de éstos. Esta desvinculación ya se ha establecido por el propio TJUE, que ha configurado el alcance del art. 19 TFUE estrictamente en torno a lo establecido en su normativa de desarrollo (Directivas 2000/78, 2000/43 y 2006/54) –asunto *Herrera*, supra–.

Tampoco las posibilidades efectivas del principio antidiscriminatorio configurado en el art. 23 de la Carta para permitir la evolución del principio antidiscriminatorio por razón de género son demasiado interesantes: de un lado, en las explicaciones al art. 52.5 de la Carta se establece expresamente que el art. 23 incluye elementos que se derivan tanto de un derecho como de un principio, por tanto no necesariamente todo el texto del art. 23 es susceptible de limitar la acción comunitaria o de los Estados miembros cuando aplican el derecho comunitario, puesto que una parte del mismo (que es difícil de concretar) tiene meramente rango de principio y, por tanto, no constituye más que un objetivo; de otro lado, las explicaciones de la Carta, aunque mencionan la Carta Social Europea y la Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales, justifican el art. 23 de la Carta directamente por referencia al TJUE, Directivas antidiscriminatorias por género e interpretación jurisprudencial del TJUE, lo que evidencia su escasa virtualidad para evolucionar en espacios más abiertos.

Definitivamente resulta claro que el Tratado de Lisboa no ha otorgado una nueva vir-

tualidad al principio antidiscriminatorio que se configuró con el Tratado de Amsterdam en 1997 (fue entonces cuando se incorporó al TCE el antiguo art. 13 TCE que actualmente es el art. 19 TFUE). Tampoco se advierten cambios normativos relevantes en el alcance del principio antidiscriminatorio comunitario por razón de género. Resulta imprescindible tener en cuenta, sin embargo, que existe una muy acentuada diferencia en la protección comunitaria otorgada a la discriminación por razón de género (que dispone de contenido esencial y eficacia directa en el TFUE) y a las causas de discriminación prohibidas de nueva generación. Debe tenerse en cuenta también, que esta carencia de contenido esencial del principio antidiscriminatorio referido a estas nuevas causas hace que el alcance y contenido de cada una de ellas sea diferente, con lo cual el principio antidiscriminatorio comunitario aparece actualmente profundamente fragmentado.

Resulta particularmente importante, en el impreciso contexto normativo descrito, identificar la línea de tendencia interpretativa del TJUE en los últimos años porque resulta evidente que no tiene el alcance que tuvo la doctrina jurisprudencial comunitaria sobre el principio antidiscriminatorio por razón de género en la década de los 70. Se advierte una realidad claramente diferente, que tiene tres manifestaciones: de un lado, cierta detención en la evolución del principio antidiscriminatorio por razón de género, que se advierte en la formulación de matizaciones y limitaciones a sus planteamientos; de otro lado, una ramificación del principio antidiscriminatorio por razón de género en espacios impensables; finalmente, una consolidación del principio antidiscriminatorio por razón de edad con sus propios presupuestos que son, definitivamente, diferentes de los aplicables a la discriminación por razón de género y que anticipan la fragmentación jurisprudencial del principio en atención a la causa.

En primer lugar, al menos dos de las sentencias del TJUE de la última década dan

perfecta cuenta del fenómeno de la matizada detención en la evolución del principio antidiscriminatorio comunitario. La primera fue la sentencia dictada en el asunto *Abrahams-son*<sup>19</sup>; previamente el TJUE ya se había manifestado sobre la cuestión de las cuotas a la contratación de mujeres pero en este caso definitivamente se estableció que solo cabían las cuotas que configuraran la preferencia femenina cuando hubiera igualdad total y estricta de méritos (no bastando la similitud/identidad de capacidades mínimas). Esta sentencia definitivamente evidenció que se estaban cumpliendo los peores presagios de los Estados miembros de tradición más social: la asunción por parte de la Unión Europea de mayores competencias sociales no era aséptica y mínima (desde el punto de vista de las competencias internas) sino que estaba deteniendo la evolución de la política social en los países que se encontraban más avanzados al respecto. En la Europa de la subsidiariedad el fenómeno no dejaba de ser paradójico. La segunda manifestación jurisprudencial relevante del retroceso jurisprudencial fue la que dio lugar a la sentencia dictada en el asunto *Cadman*<sup>20</sup>: si hasta entonces el análisis de los factores para la valoración del puesto de trabajo en casos de alegada discriminación por razón de género se beneficiaba de la inversión de la carga de la prueba (tras la presentación de indicios, el sujeto ofensor debía probar la razonabilidad de la medida), a partir de *Cadman* la situación cambia: el TJUE consideró que la antigüedad era un factor, en principio, justificado, aunque generara efectos adversos en el colectivo femenino (presupuesto de la discriminación indirecta). En consecuencia, introducía un factor exceptuado de la aplicación de la inversión de la carga de la prueba, que podría abrir el camino a otros factores.

En segundo lugar, este tipo de pronunciamientos convive con otros que abren nuevas

<sup>19</sup> STJUE de 6 de Julio de 2000, C-407/98.

<sup>20</sup> STJUE de 3 de Octubre de 2006, C-17/05.



vías para el desarrollo de la protección antidiscriminatoria. Es el caso de la discriminación por vinculación<sup>21</sup> que ha permitido revitalizar la protección por conciliación. Efectivamente, aunque el derecho estricto a la conciliación no había dado lugar hasta la fecha a una postura excesivamente comprometida por parte del TJUE (*infra*) la jurisprudencia comunitaria ha revitalizado la cuestión configurando un derecho específico a no recibir un tratamiento peyorativo como represalia por el tiempo dedicado al cuidado de un hijo discapacitado. La protección en este caso no provenía de la Directiva de permisos parentales (la antigua Directiva 96/34, que actualmente sería la Directiva 2010/18) sino de la Directiva antidiscriminatorio multicausal en relación con la discriminación por discapacidad.

En tercer lugar, se van consolidando autónomamente los principios antidiscriminatorios por las causas de nueva generación. De hecho la doctrina jurisprudencial comunitaria del TJUE con relación a la edad podría estructurarse actualmente en torno a tres bloques: edad máxima de contratación; jubilación forzosa; y trato diferencial peyorativo justificado como medida de generación de empleo (*infra*). Se advierte en los planteamientos de cada uno de los tres bloques una postura específica y diferenciada de la edad, en relación con el género, que se deja ver en múltiples conceptos, como por ejemplo el de requisito profesional esencial y determinante. También se configura una interpretación particular de las circunstancias justificadas del trato diferencial peyorativo, particularmente en relación con la política de empleo, que adquiere matices diferenciales muy interesantes.

Si hubiera que destacar un solo aspecto entre los que hasta ahora se han descrito para sintetizar el estado de la cuestión del principio antidiscriminatorio en el ámbito de

la Unión Europea, sin duda éste debería ser su fragmentación. El principio antidiscriminatorio clásico elaborado en torno al género tiene unos presupuestos claros y consolidados a fuerza de Directivas y sentencias del TJUE. Sin embargo las causas de nueva generación se dispersan en cuanto a su configuración y alcance en la normativa. La jurisprudencia aplicativa se anticipa voluminosa (al menos en atención al número de sentencias existentes hasta la fecha) pero todavía está en fase de elaboración y consolidación. Queda por ver de qué modo, en esta configuración, terminará pesando la doctrina jurisprudencial comunitaria sobre la discriminación por razón de género. En todo caso, esta bipolaridad explica la estructura de las páginas que siguen. Se tratará, en primer lugar, el principio antidiscriminatorio configurado en torno a la causa del género, identificando los conceptos y tratamientos paradigmáticos que pueden servir para configurar el marco de referencia del principio antidiscriminatorio comunitario. Más adelante, en el último epígrafe de este trabajo, se tratará el alcance de las causas discriminatorias de nueva generación.

## 2. EL MARCO DE REFERENCIA DEL PRINCIPIO ANTIDISCRIMINATORIO COMUNITARIO: EVOLUCIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL DE LA DISCRIMINACIÓN POR GÉNERO

Actualmente el art. 157 TFUE configura el derecho a la no discriminación por razón de sexo en el ámbito comunitario<sup>22</sup> sustituyendo

<sup>21</sup> Asunto *Coleman*, STJUE de 17 de Julio de 2008, C-303/06.

<sup>22</sup> 1. Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor. 2. Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el

la antigua redacción del art. 119 TCE (que se transformó en art. 141 TCE con el Tratado de Amsterdam en 1997). Fue precisamente el Tratado de Amsterdam (y aquel art. 141 TCE) el que supuso el cambio formal más importante del tratamiento comunitario del principio antidiscriminatorio por razón de género en el Derecho de los Tratados. De hecho el actual art. 157 TFUE lo reproduce sin cambios. Apenas sirvió para incorporar cambios que habían sido ya asumidos desde antiguo, por la normativa derivada o por el TJUE, sin que ni siquiera esta labor de actualización conceptual fuera completa: la discriminación indirecta sigue sin encontrar reflejo expreso en el precepto, si se exceptúa la puntual referencia que se hace a la igualdad retributiva para los trabajos de igual valor y que paradójicamente aparece en dos ocasiones en el texto del actual art. 157 TFUE (en el apartado 1 y en el apartado 3). De otro lado, la propia referencia específica que se hace a la legalidad de las medidas de acción afirmativa en el art. 157. 4 TFUE no constituye propiamente un reconocimiento (que estaba ya sobradamente admitido), sino más bien la reproducción en el ámbito del derecho origi-

---

*empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo. La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa: a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida; b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo; 3. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor; 4. Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales*

nario de las limitaciones jurisprudenciales a su ejercicio. Esta moderación de la actual referencia en el TFUE con referencia al principio de no discriminación por razón de género contrasta con el desbordamiento conceptual que, históricamente, tuvo la primera redacción del principio en el Tratado de Roma. Pese a la candidez de esta primera referencia en el primigenio art. 119 del Tratado de Roma, el concepto de discriminación prohibida por razón de género ha superado, en el ámbito de la Unión Europea, los moldes de la igualdad formal o de la discriminación directa, configurando un concepto omnicomprendivo con una clara vocación extensiva. El principio antidiscriminatorio comunitario ha ido evolucionando, pues, al mismo tiempo que se ampliaba y se clarificaba el concepto de discriminación relevante. De ello se da cuenta a continuación.

## 2.1. El primer nivel conceptual: alcance y evolución de la discriminación indirecta por razón de género

Las dos temáticas en torno a las cuales se ha desarrollado la doctrina del TJUE sobre la discriminación indirecta han tenido una evolución relativamente accidentada, de la cual es posible deducir una tendencia históricamente expansiva y actualmente estancada del concepto. En los casos *Danfoss*<sup>23</sup> y *Dato*<sup>24</sup>, que por sí mismos sintetizan perfectamente la postura clásica del TJUE en torno a la valoración de puestos de trabajo y sus consecuencias en la inferior retribución de las categorías feminizadas, el Tribunal analiza los factores concretos (responsabilidad, formación,

---

<sup>23</sup> Sentencia de 17 de Octubre de 1989, C- 109/88. Un comentario al respecto por RUBINSTEIN, «Teorie sulla discriminazione», *Quaderni di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 1990, p. 92 ss.

<sup>24</sup> Sentencia de 1 de Julio de 1986, C- 237/85. Un comentario por ORTIZ LALLANA, «El principio de igualdad salarial y las discriminaciones indirectas (Notas sobre la sentencia del TJUE de 1 de Julio de 1986)», *AL*, 17, 1987.

disponibilidad etc.) y los criterios genéricos utilizados en la justificación de la diferencia retributiva entre categorías para llegar a la conclusión de que la práctica objeto de impacto adverso estadístico para no constituir discriminación indirecta requiere, primero, ser verdaderamente necesaria para el ejercicio de la actividad laboral y, después, ponerse en conexión con los factores concurrentes en las categorías ocupadas mayoritariamente por mujeres para garantizar que también las condiciones en que se desarrolla su actividad son adecuadamente valoradas desde la perspectiva retributiva.

Podría decirse, con todo, que en la consolidación de esta doctrina el TJUE ha pronunciado criterios generales acerca de la identificación de trabajos de igual valor más generosos en su formulación teórica que en su aplicación práctica más reciente a los supuestos concretos planteados ante el TJUE. Y resulta particularmente interesante que, así como aquellas formulaciones teóricas abiertas sintetizadas en las sentencias dictadas en los asuntos *Danfoss* y *Dato*, datan de la década de los 80, a fines de la década de los 90 y en la década actual los pronunciamientos del TJUE parecen estancarse en interpretaciones considerablemente más estrechas.

En el asunto *Wiener Gebietskrankenkasse*<sup>25</sup> al plantearse ante el Tribunal comunitario una cuestión prejudicial relacionada con la menor retribución establecida para los psicoterapeutas psicólogos (mayoritariamente mujeres) que para los psicoterapeutas médicos (mayoritariamente hombres) pese a que la actividad realizada por ambos era idéntica, el Tribunal justificó la legitimidad comunitaria de la diferencia retributiva en la diferente formación de base y en la mayor movilidad (disponibilidad para otras funciones) de los médicos psicoterapeutas. Pese a que esta misma sentencia menciona el asunto *Danfoss*

para justificar la diferencia retributiva en atención a la diferencia de los factores concurrentes, lo hace con un sentido muy diferente al que informó aquella sentencia de la década anterior. Y ello porque, según la misma, la formación adquirida puede ser causa de diferencia retributiva *sólo si resulta esencial para el trabajo que se realiza*<sup>26</sup> en tanto que la disponibilidad para trabajar en horarios y lugares variables justifica una eventual diferencia retributiva *solo si implica una prestación cualitativa superior vinculada al desarrollo del trabajo*<sup>27</sup>. Resulta evidente que la sentencia del Tribunal comunitario de 1999 no interpreta los factores alegados para justificar la diferencia retributiva con la misma contención aplicativa de la sentencia *Danfoss*. Pero el distanciamiento más claro y rotundo respecto a la doctrina sentada en los asuntos *Dato* y *Danfoss* se produjo con la sentencia dictada en el asunto *Cadman*<sup>28</sup>, en 2005. El TJUE abordó directamente el requisito de la antigüedad como susceptible de implicar tratos discriminatorios indirectos por razón de género (dado el mayor nivel de rotación de la mano de obra femenina) y concluyó en su validez comunitaria. Para ello partió de la validez *a priori* de dicho criterio de selección. De modo contrario a como había establecido en los asuntos *Dato* y *Danfoss* el TJUE eliminó la aplicación de la modificación de la carga de la prueba y presumió la validez del criterio de la antigüedad, transfiriendo a la víctima de una discriminación estadística de esta naturaleza la obligación de probar su carácter injustificado.

En el supuesto del trabajo a tiempo parcial la relación con la concurrencia de discriminación indirecta por razón de sexo resulta más

<sup>25</sup> Sentencia de 11 de Mayo de 1999, C- 309/97.

<sup>26</sup> Según la Comisión de Asuntos Sociales, Empleo y Medio de trabajo sobre las consecuencias de la sentencia del TJUE en el asunto 109/88 sobre la igualdad de retribución entre hombres y mujeres. Sesión del Parlamento Europeo de 30 de Septiembre de 1990.

<sup>27</sup> *Ibidem*

<sup>28</sup> STJUE de 3 de Octubre de 2006, C-17/05.

que evidente<sup>29</sup>: se trata de normas, cláusulas o actuaciones que configuran un tratamiento laboral peyorativo para los trabajadores a tiempo parcial, que por su composición mayoritariamente femenina constituye discriminación indirecta a menos que concorra justificación objetiva y razonable para la medida originaria del impacto adverso. Esta vinculación explica el volumen de sentencias emitidas por el TJUE al respecto<sup>30</sup>, de cuya evolución es posible deducir una cierta contención en los primeros años de la década de los 90 en el ámbito aplicativo del principio de discriminación indirecta de alcance similar al que más arriba se ha descrito para el supuesto de diferencia retributiva por trabajo de igual valor.

Hasta el año 1990 el Tribunal comunitario consolidó su doctrina en torno a la discriminación indirecta por razón de sexo en relación con el trabajo a tiempo parcial a partir de la cual no solo la diferencia retributiva entre trabajadores a tiempo completo y parcial era constitutiva de aquel tipo de discriminación<sup>31</sup>, sino también la diferencia establecida para ambos tipos contractuales en relación al acceso a aumentos salariales<sup>32</sup>, a pensiones de jubilación<sup>33</sup>, a ciertos beneficios por incapacidad<sup>34</sup> o a indemnizaciones por despido colectivamente negociadas<sup>35</sup>. Esta tendencia

expansiva pareció detenerse con los asuntos *Helmig*<sup>36</sup>, *Megner Scheffel*<sup>37</sup> y *Nolte*<sup>38</sup>.

En el primero se consideró acorde al derecho comunitario una cláusula convencional en la que se establecía el pago de la retribución específica de las horas extraordinarias tan solo en el caso de que éstas sobrepasaran la duración normal (entendida como ordinaria) de la jornada de trabajo, lo cual impedía que accedieran a aquella retribución específica los trabajadores a tiempo parcial (mayoritariamente mujeres). Interpretación tan restrictiva con relación a la diferencia retributiva fue corregida en sentencias posteriores también de contenido retributivo<sup>39</sup>, relacionadas con las condiciones de trabajo<sup>40</sup> o con las condiciones de acceso a promociones profesionales<sup>41</sup>. En este contexto, la contención que supuso la sentencia dictada por el TJUE

<sup>36</sup> Asunto *Helmig*, STJUE de 15 de Diciembre de 1994, C- 399/92, 409/92 y 425/92 (acumulados).

<sup>37</sup> Asunto *Megner Scheffel*, STJUE de 14 de Diciembre de 1995, C- 444/93.

<sup>38</sup> Asunto *Nolte*, STJUE de 14 de Diciembre de 1995, C- 317/93.

<sup>39</sup> Por ejemplo, en el asunto *Stapleton*, STJUE de 17 de Junio de 1998, C- 39/98, se estableció que un sistema de incrementos salariales basado en criterios de tiempo real de trabajo realizado, donde el 98% de los trabajadores a tiempo parcial eran mujeres, trataba a los que se han encontrado en el pasado en situación de trabajo a tiempo parcial y que han retornado al trabajo a tiempo completo, de un modo menos favorable que a los trabajadores que siempre han ocupado trabajos a tiempo completo.

<sup>40</sup> En los asuntos *Lewark* (sentencia de 6 de Febrero de 1996, C-457/93) y *Speckman* (sentencia de 7 de Marzo de 1996, C- 278/93), se consideró constitutivo de discriminación indirecta por razón de sexo el que los permisos retribuidos para la asistencia a cursos relacionados con el ejercicio de funciones de representación de los representantes sindicales en la empresa se concedieran solamente a los trabajadores a tiempo parcial cuando el ejercicio de tales actividades coincidiera temporalmente con el tiempo de trabajo (y no en todo caso, como sucedía en el caso de los trabajadores a tiempo completo).

<sup>41</sup> STJUE de 2 de Octubre de 1997, asunto *Kording*, C- 100/95.

<sup>29</sup> Al respecto, con referencia a Francia, PESCHAUD, «Le principe d'égalité entre salariés à temps partiel et salariés à temps complet à l'épreuve de la pratique sociale», *Droit ouvrier*, Enero, 1998.

<sup>30</sup> Un análisis de las más relevantes en CABEZA PEREIRO y LOUSADA AROCHENA, El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial, Granada, 1999, pág. 5 ss. Entre las más recientes, asunto *Bruno*, STJUE de 10 de Junio de 2010, C-395/08 y 396/08.

<sup>31</sup> Por todos, asunto *Jenkins*, sentencia de 31 de Marzo de 1981, C- 96/80.

<sup>32</sup> Asunto *Nimz*, STJUE de 7 de Febrero de 1991, C- 184/89.

<sup>33</sup> Asunto *Bilka*, STJUE de 13 de Mayo de 1986, C- 170/84.

<sup>34</sup> Asunto *Rinner Khun*, STJUE de 13 de Julio de 1989, C- 171/88.

<sup>35</sup> Asunto *Kowalska*, STJUE de 27 de Julio de 1990, C- 33/89.

en el asunto *Helmig* podría considerarse meramente accidental.

En cambio, las sentencias dictadas en los asuntos *Megner Scheffel* y *Nolte* sí que podrían enmarcarse en una tendencia de mayor alcance que, a la sombra del concepto de política social, estaría probablemente socavando el ámbito aplicativo de la discriminación indirecta. Desde antiguo el argumento de la política social como competencia exclusiva de cada Estado había servido para que el TJUE justificara determinadas medidas públicas que ocasionaban un constatado impacto adverso en el colectivo femenino<sup>42</sup>, si bien la justificación se limitaba a las medidas públicas de carácter asistencial: cuando, al contrario, las medidas establecidas se limitaban o condicionaban ante circunstancias que recaían mayormente en integrantes del colectivo femenino y que se referían a prestaciones o beneficios de carácter contributivo (que dependían de cotizaciones previas) sí se constataba la existencia de discriminación indirecta<sup>43</sup>. Básicamente, la condición o limitación susceptible de provocar este impacto adverso suele guardar relación con la vinculación de la existencia o cuantía de determinados beneficios a la concurrencia de familiares dependientes, lo que si bien desde la perspectiva individual tiene un contenido neutro, en su vertiente colectiva, que es aquella en la que se constata la concurrencia de discrimi-

nación indirecta, perjudica principalmente a las integrantes del colectivo femenino porque suelen ser la segunda fuente de ingresos en las unidades familiares.

Consiguientemente con esta interpretación restrictiva de la política social como criterio justificador del impacto adverso en relación con los beneficios establecidos en atención a contribuciones previas, cuando ante el TJUE se planteó la posibilidad que ofrecía a los empresarios una legislación interna (la alemana) de excluir a los trabajadores a tiempo parcial de una medida de protección social consistente en el mantenimiento del salario total durante todo el tiempo que durara la situación de enfermedad, el Tribunal comunitario declaró la medida en cuestión constitutiva de discriminación indirecta<sup>44</sup>.

Pero no solamente resultan de aplicación estos criterios estrictamente relacionados con el enriquecimiento injusto de la Administración ante contribuciones previas configuradas por el ordenamiento como obligatorias y desprovistas en la práctica mayoritaria de contraprestación en relación al colectivo femenino. No puede olvidarse que la valoración de la justificación de eventuales impactos adversos requiere en todo caso de la consideración de la proporcionalidad y necesidad de la medida en cuestión, puesta en conexión con otros instrumentos similarmente efectivos y menos perjudiciales<sup>45</sup>, tal y como el Tribunal había establecido en la práctica totalidad de pronunciamientos relacionados con la concurrencia de discriminación indirecta<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> Así, por ejemplo, en el asunto *Teuling*, sentencia de 11 de Junio de 1987, C- 30/85 el TJUE consideró acorde al derecho comunitario la normativa que atribuía ciertos beneficios a los trabajadores con familiares a cargo, lo cual tenía un indudable efecto en el colectivo femenino que, pese a cotizar, raramente contaba con tales «familiares a cargo» (con la definición que de tales hacía la normativa interna).

<sup>43</sup> Así, por ejemplo, se constató en el asunto Comisión c. Bélgica, sentencia de 7 de Mayo de 1991, C- 229/89. Para un comentario del sentido y alcance de esta sentencia, LANDA ZAPIRAIN, «Presente y futuro de la regulación comunitaria sobre la igualdad de trato por razón de sexo: su significado para el Derecho español de la Seguridad Social», *REDT*, 55, 1992, p. 688.

<sup>44</sup> Asunto *Rinner Khun*, sentencia de 13 de Julio de 1989, C- 171/88.

<sup>45</sup> Una reflexión al respecto por PEREZ DEL RÍO, «Introducción. Principios de discriminación indirecta y acción positiva. Estructura y articulación de la negociación colectiva», en VVAA, *La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva*, Madrid, 1997, p. 31.

<sup>46</sup> La doctrina ha sintetizado esta postura del TJUE para la justificación de impactos adversos señalando que la medida en cuestión debe resultar justificada tanto en sus objetivos como en la proporcionalidad de sus

En tal sentido, el TJUE ya se había pronunciado acerca de la ilicitud comunitaria de una renta mínima de subsistencia, cuya existencia no dependía de las cotizaciones previas, y cuya cuantía quedaba reducida en los supuestos de trabajadores a tiempo parcial<sup>47</sup>.

En definitiva, a partir de esta doctrina del TJUE, no solo el carácter contributivo de los beneficios establecidos limita la configuración de los mismos respecto a los trabajadores a tiempo parcial sino también su proporcionalidad en atención a sus medios y objetivos. De ahí que cuando en los asuntos *Megner Scheffel* y *Nolte* el Tribunal Comunitario no consideró constitutivos de discriminación indirecta la regulación que excluía de determinados beneficios sociales a los trabajadores a tiempo parcial marginal (por no superar determinadas horas de trabajo a la semana o al mes) estaba provocando una inversión en los principios básicos y clásicos de la discriminación indirecta y de sus mecanismos de justificación. De hecho, en sentencias más recientes, el carácter discriminatorio indirecto de las condiciones menos beneficiosas que fueran aplicables a los trabajadores a tiempo parcial sigue teniendo el alcance extensivo de antaño<sup>48</sup> (abarcando cualquier tipo de perjuicio a los trabajadores a tiempo parcial), pero queda limitado a las materias que tienen estricto contenido económico empresarial y

---

medios. Al respecto, por todos, RODRÍGUEZ PIÑERO, «Discriminación por razón de sexo y embarazo de la trabajadora», *RL*, 1, 1991, p. 3.

<sup>47</sup> Asunto *Ruzius*, sentencia de 13 de Diciembre de 1989, C- 102/88.

<sup>48</sup> Por ejemplo, en la STJUE de 27 de Mayo de 2004, asunto *Elsner Lakeberg*, el TJUE consideró que, aunque teóricamente la legislación parecía establecer un tratamiento retributivo igual para los trabajadores a tiempo completo y para los trabajadores a tiempo parcial, en realidad, porcentualmente, tres horas de trabajo implicaban un mayor esfuerzo para los trabajadores a tiempo parcial, que para los trabajadores a tiempo completo, por lo que la referencia a este parámetro absoluto para percibir la retribución por horas extraordinarias era constitutivo de discriminación indirecta por razón de sexo.

que se encuentran liberadas de cualquier referencia a la política de empleo.

## 2.2. Segundo nivel conceptual: recapitulación sobre la acción afirmativa

El art. 157.4 TFUE establece lo siguiente: *Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.* Pese a lo que pudiera parecer, sin embargo, la última década no ha traído novedades relevantes en el ámbito de la acción afirmativa por razón de sexo. La actual formulación del art. 157.4 TFUE procede del antiguo art. 141.4 TCE (según redacción otorgada por el Tratado de Amsterdam) que, a su vez es sucesor del previo art. 119 TCE (según primera redacción del Tratado de Roma). El art. 141 TCE no incorporó, sin embargo, nada relevante al texto del derecho originario porque se limitó a incorporar la interpretación jurisprudencial que, sobre la materia, había realizado el TJUE. Esta doctrina es, pues, la que sirve para describir la postura de la Unión Europea frente a la acción afirmativa. Es una doctrina ya antigua, por lo que seguidamente se incorpora tan solo a modo de recordatorio.

La primera de las sentencias al respecto fue la dictada en el asunto *Kalanke*<sup>49</sup>. Como contrapunto, la sentencia dictada en el asunto *Marschal*<sup>50</sup> ha servido para delimitar más claramente el alcance de la acción afirmativa legítima para el derecho comunitario y ha informado directamente el contenido del actual art. 157.4 TFUE. Más adelante sus

---

<sup>49</sup> Sentencia de 17-10-1995, C- 450/93.

<sup>50</sup> Sentencia de 11-11- 1997, C- 409/95.

presupuestos fueron reiterados y matizados por las sentencias dictadas por el TJCE en los asuntos *Badeck*<sup>51</sup> y *Abrahamsson*<sup>52</sup> (entre otros). Dentro de la confusión que supone el hecho de que ante situaciones muy similares (cuotas para el acceso al empleo en la Administración alemana<sup>53</sup>) el TJCE haya llegado a conclusiones diferentes, de la interpretación conjunta de las sentencias dictadas en los asuntos *Kalanke* y *Marschall*<sup>54</sup> es posible un acercamiento al sentido de lo que el TJCE considera como acción afirmativa lícita con respecto al derecho comunitario:

a) El TJCE toma como punto de partida para el análisis de la legitimidad comunitaria

<sup>51</sup> Sentencia de 28-3-2000, C-158/97.

<sup>52</sup> Sentencia de 6-7-2000, C- 407/98.

<sup>53</sup> En el asunto *Kalanke* la norma del Estado de Bremen establecía la preferencia en la contratación de candidatas femeninas, cuando la participación de mujeres fuera inferior al 50% en el puesto en cuestión y cuando concurriera idéntica capacitación en los candidatos, teniendo en cuenta que *para determinar la capacitación solo se tendrán en cuenta las exigencias de la profesión, del puesto de trabajo que deba proveerse o del cuerpo*. En la normativa del asunto *Marschall* también se establecía la misma preferencia en supuestos de infrarrepresentación femenina de la siguiente manera: *Cuando, en el sector del organismo competente en el que deba producirse la promoción, haya menos mujeres que hombres en el nivel del correspondiente puesto de la carrera, se concederá preferencia en la promoción a las mujeres, a igualdad de aptitud, competencia y prestaciones profesionales, salvo que concurren en la persona de un candidato motivos que «inclinen la balanza a su favor»* (el entrecomillado es mío).

<sup>54</sup> Que han sido objeto de múltiples estudios. Por todos, RODRÍGUEZ PIÑERO, «Igualdad de oportunidades y prioridad de la mujer en los ascensos en la sentencia *Marshall* del TJCE», *RL*, 24, 1997; LÓPEZ ANODÓN, «La discriminación positiva femenina (Comentarios sobre la discriminación positiva femenina surgidos a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 11 de Noviembre de 1997, caso *Marshall* contra *Nordrhein Westfalen*)», *Actualidad jurídica Aranzadi*, 323, 1997; BALLESTER PASTOR, «Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa (Un análisis conceptual y de legalidad tras la sentencia *Marschall*)», *RL* 18, 1998; MORE, «Case 409/95, *Helmut Marschall v. Land Nordrhein Westfalen*», *Common market law review*, vol 36, 2, 1999.

de los asuntos planteados un concepto de acción afirmativa que no se formula en negativo sino en positivo, esto es, que no se articula como excepción de la igualdad sino como manifestación de su vertiente real<sup>55</sup>;

b) De entre todas las modalidades posibles de acción afirmativa el establecimiento de cuotas a la contratación es uno de los procedimientos más cuestionados por cuanto el perjuicio<sup>56</sup> ocasionado a los integrantes del colectivo excluido del beneficio resulta más evidente. Es por eso que, así como el TJCE ha interpretado y filtrado el alcance de las medidas de acción afirmativa de resultado (cuotas), ha admitido con carácter general, sin siquiera cuestionarlas, las medidas de objetivos o promocionales<sup>57</sup>;

c) No todas las acciones afirmativas de resultado son contrarias al derecho comunitario, sino tan solo aquellas que sobrepasan el concepto de acción afirmativa para configurarse en medidas de discriminación inversa<sup>58</sup>. El

<sup>55</sup> De hecho uno de los puntos más característicos de la sentencia dictada en el asunto *Kalanke* es que, después de defender y legitimar las medidas de acción afirmativa en la práctica totalidad de los numerosos fundamentos de la sentencia, en el párrafo 22 considera la norma del estado de Bremen contraria al derecho comunitario por establecer una preferencia para la contratación de mujeres de carácter *absoluto e incondicional*.

<sup>56</sup> Para un comentario acerca de las connotaciones que supone la utilización del concepto de «perjuicio para los hombres» en lugar de «no obtención de beneficio», en el asunto *Kalanke*, BARRÉ UNZUETA, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Madrid, 1997, pág. 112 ss.

<sup>57</sup> Un análisis acerca del alcance conceptual de las medidas de objetivos y de resultados por PÉREZ DEL RÍO, «Introducción. Principios de discriminación indirecta y acción positiva. Estructura y articulación de la negociación colectiva», en VVAA (Coord. PÉREZ DEL RÍO), *La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva*, Madrid, 1997, pág. 33 ss.

<sup>58</sup> Utilizo el término «discriminación inversa» para calificar la diferencia normativa entre sexos que no está legitimada por no constituir un supuesto de acción afirmativa. Debe constatar que parte de la doctrina no lo utiliza con este sentido, sino que utiliza el término de

supuesto más evidente de cuota ilícita conforme al derecho comunitario es aquella que no sirve a la finalidad promocional por no existir diferencia fáctica entre hombres y mujeres en la composición de la estructura laboral en cuestión (inexistencia de infrarrepresentación femenina). De ahí que, desde esta perspectiva, las cuotas no pueden resultar mecánicamente aplicables al colectivo femenino, sino que podrían resultar aplicables al colectivo masculino en el supuesto de que la integración o promoción masculina constituyera un objetivo para la consecución de la igualdad de oportunidades entre sexos. Lo mismo podría predicarse probablemente, en relación con la discriminación por razones étnicas, religiosas, de edad etc, sobre todo porque en estos casos no hay bipolaridad, sino multipolaridad: el eventual apoyo que se prestara a una religión o etnia tendría que estar plenamente justificada por la diferencia de partida, y no tendría que constituir discriminación inversa, no solo con relación a la etnia o religión mayoritaria, sino tampoco con relación a otras etnias o religiones minoritarias.

La única diferencia entre las normas que dieron lugar al asunto *Kalanke* y al asunto *Marschall* es lo que se ha llamado la cláusula de salvaguarda («saving clause»). En el asunto *Marschall* la preferencia femenina quedaba enervada cuando recaían en el candidato masculino condiciones que inclinaban la balanza a su favor, de ahí derivó el TJCE que no existía atentado al derecho individual de otros candidatos, puesto que la cuota se aplicaba tan solo en el caso de igualdad total de méritos. En cambio, en el asunto *Kalanke* no existía esta garantía, porque la candidata femenina tenía preferencia en la contratación siempre que pasara los requisitos mínimos para llevar a cabo la actividad. Con todo, la

---

«discriminación a la inversa» como sinónimo de acción afirmativa (no necesariamente ilícita). En este sentido, GARCÍA FERNÁNDEZ, «Autonomía individual y principio de igualdad en la colocación y ascenso en la empresa», *AL*, 4, 1996, pág. 43.

lógica aplicativa del TJCE era idéntica en los asuntos *Kalanke* y *Marschall* por cuanto en ambos se preferenciaban los derechos individuales frente a los colectivos<sup>59</sup>. En otras palabras, el TJCE admitió la legitimidad comunitaria de las cuotas femeninas a la contratación siempre y cuando se respetara la vertiente individual de los excluidos de la preferencia, sin plantear siquiera la posibilidad de un tratamiento específico y diferente para la discriminación grupal, que sigue careciendo de una teorización razonable<sup>60</sup>. Esta conclusión resulta perfectamente aplicable a la relación entre minorías y mayoría derivada de la aplicación de la acción afirmativa que prevén las Directivas 2000/43 y 2000/78. En tal sentido, una eventual cuota a la contratación de miembros de minorías (o colectivos protegidos en aquellas normas), no puede contrariar el derecho individual (derivado del mayor mérito) correspondiente a los miembros de la mayoría o de otras minorías.

d) No toda cláusula de acción positiva sirve a tales efectos, sino tan solo aquella que no implique por sí misma la concurrencia de discriminación indirecta. De este modo, si el criterio enlazado a la cláusula de salvaguarda hace referencia a criterios de contratación o promoción que, aun sin ser directamente contrarios a las mujeres, sí que implican que un menor número de ellas accederá a los puestos (discriminación indirecta) sin que esté justificado por la propia actividad empresarial, aquella cláusula no resultará suficiente para

---

<sup>59</sup> VOGEL POLSKY, (Declaraciones en la reunión de expertos organizada por el Comité sobre derechos de las mujeres del Parlamento Europeo), recogido en «Equality law: two important laws adopted», *Quarterly magazine of the medium term Community action programme on equal opportunities for women and men (1996-2000)*, 4, 1998, pág. 11; en sentido similar, considerando que la formal apariencia de preferencia por la vertiente colectiva del derecho a la igualdad se encontraba profundamente condicionado por el alcance de la cláusula de salvaguarda, MORE, «Case C-409/95, Hellmut Marschall v. Land Nordrhein Westfalen», ... op. cit. pág. 450.

<sup>60</sup> Al respecto BARRÈRE UNZUETA, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio...*, op. cit. pág. 119.



imprimir legalidad comunitaria a la cuota por ser constitutiva en sí misma de discriminación indirecta. Dicho de otro modo, tan solo las cláusulas de salvaguarda que guardaran directa relación con la capacidad necesaria para la realización de la actividad empresarial (además de los mayores méritos, mayor antigüedad, mayor formación o mayor disponibilidad horaria<sup>61</sup>) serían aceptables como tales cláusulas. Se trata de una cautela frente a la discriminación indirecta innecesaria, primero, por inoperante (si no hay obligación de establecer medidas de acción afirmativa y aún así se establecen, no parece muy probable que las mismas contengan elementos de discriminación indirecta); y, segundo, porque no es una limitación que provenga del mismo concepto de acción afirmativa o de cuota a la contratación, sino que tiene su origen en la norma comunitaria por lo que resulta de aplicación independientemente de que lo mencione en su fallo el TJUE.

### 2.3. Tercer nivel conceptual: la protección de la maternidad

Particularmente interesantes resultan las varias referencias que, expresamente a la maternidad, se realizan en la Directiva 2006/54: a) la primera, contenida en su art. 14.2, establece expresamente que constituye discriminación por razón de género la discriminación por razón de embarazo o maternidad en los términos de la Directiva 92/85 (que limita la protección al embarazo y al permiso de maternidad); b) el segundo, contenido en el art. 15 de la Directiva 2006/54, establece el derecho al mantenimiento en beneficio de la trabajadora en situación de maternidad, de los mismos beneficios a los que hubiera tenido derecho si no hubiera entrado en dicha

situación<sup>62</sup>. Asimismo se configura el derecho a la readmisión en condiciones idénticas a aquellas en las que se encontraba cuando se produjo el permiso. c) el tercero, establecido en el art. 16 de la Directiva 2006/54, se titula *permiso de paternidad y de adopción*, pero tiene un doble contenido: de un lado, contiene la protección frente al despido general, aplicable tanto a la madre como al padre, y sea cual sea la naturaleza del permiso (maternidad, paternidad o adopción), de otro lado, establece para el padre en suspensión por paternidad o para el progenitor en suspensión por adopción las mismas garantías establecidas en el art. 15 de la Directiva 2006/54 (derecho a la readmisión en idénticos términos y al beneficio de los derechos a los que hubiera tenido acceso de no haberse encontrado en permiso). El art. 16 de la Directiva 2006/54 resulta particularmente relevante porque extiende la protección establecida para una situación tan típicamente femenina como la maternidad, también a las situaciones masculinas referidas a similares periodos.

Del análisis del gran volumen de jurisprudencia comunitaria acerca del alcance de la protección frente a la discriminación por razón de sexo que guarda relación con la maternidad es posible sacar algunas conclusiones:

a) La discriminación por razón de maternidad constituye discriminación directa, por lo que no es posible alegar en defensa de su validez comunitaria ninguna justificación objetiva y razonable<sup>63</sup>;

b) Las sentencias recaídas en relación con el concepto de discriminación retributiva ligada a la maternidad llegan a ser tan espe-

<sup>61</sup> Estos fueron los criterios considerados por el TJUE como no constitutivos de discriminación indirecta para justificar una diferencia retributiva, en el asunto *Danfoss*, sentencia de 17 de Octubre de 1989, C-109/88.

<sup>62</sup> Tal y como con carácter constante había reconocido el TJUE. Por todas, STJUE de 13 de Enero de 2005, asunto *Mayr*, C-506/06.

<sup>63</sup> Al respecto, pese a su antigüedad, sigue siendo la más clara y rotunda la sentencia dictada en el asunto *Dekker*, de 8 de Noviembre de 1990, asunto 177/88.

cíficas y puntuales<sup>64</sup> como las que surgieron en desarrollo de la Dir. 75/117 (no discriminación retributiva por razón de sexo) en relación con el contenido también estrictamente retributivo del, entonces, art. 119 del Tratado constitutivo. En principio, la diferencia retributiva favorable a la mujer se ha considerado adecuada al derecho comunitario por ir dirigida a compensar las desventajas que las interrupciones laborales suponen en el colectivo, constituyendo así una manifestación muy particular de medida de acción afirmativa<sup>65</sup>. De otro lado, predominan los pronunciamientos que pretenden garantizar que no se produce una reducción en el nivel de ingresos durante la situación de maternidad: así, por ejemplo, y aunque la cuantía de la prestación de maternidad no debe ser forzosamente igual que el salario, los incrementos que en éste se produzcan para el resto de compañeros deben necesariamente repercutir en la retribución de la trabajadora en situación de maternidad<sup>66</sup>. Este derecho, que supone una manifestación del derecho a que la trabajadora no pierda durante la situación de maternidad ninguno de los derechos a los

que hubiera tenido acceso de haber seguido en situación activa (art. 15 Directiva 2004/56) se ha reconocido igualmente en el caso de que las vacaciones coincidan con el periodo de suspensión, estableciéndose por el TJUE el derecho a disfrutarlas acumuladamente a aquel<sup>67</sup>. La inexistencia de perjuicios laborales por causa de permiso de maternidad abarca incluso a conceptos tan asentados como el de antigüedad: el TJUE ha interpretado que, si la toma de posesión tuvo que demorarse por encontrarse la trabajadora en situación de permiso de maternidad, la antigüedad de la misma no puede reconducirse a este momento posterior sino al momento en que, pudiendo haber tomado posesión, no pudo hacerlo efectivamente por encontrarse en permiso de maternidad<sup>68</sup>. Igualmente, se opone al derecho comunitario que sea el empresario el que opta, en el caso de trabajadoras embarazadas en puestos de trabajo con riesgo, bien por realizar las adaptaciones necesarias para permitir la permanencia en el puesto de trabajo de la embarazada, bien por transferir a la trabajadora a la situación de baja médica con disminución de la retribución<sup>69</sup>. Asimismo, también se ha considerado contraria al derecho comunitario la negativa empresarial a reducir la duración de un permiso parental para el cuidado de hijos para poder sustituirlo por el permiso de maternidad correspondiente a un hijo posterior<sup>70</sup>. En definitiva, el permiso de maternidad se ha interpretado por el TJUE como un derecho de aplicación absoluta e incondicionada, cuyo ejercicio no puede tener ninguna

<sup>64</sup> Buena prueba de este carácter específico de las sentencias en esta materia podrían ser la sentencia de 19 de Noviembre de 1999, C-66/96 o la dictada en el asunto *Lewen*, sentencia de 21 de Octubre de 1999, C-333/97. En la primera el Tribunal se pronuncia matizadamente en torno al momento en que resulta aplicable la prestación de incapacidad temporal o el salario. En la segunda también se pronuncia con múltiples cautelas en lo referente a la validez de limitaciones a la percepción de gratificaciones extraordinarias (constitutivas de liberalidad empresarial) en atención al tiempo transcurrido en situación de maternidad.

<sup>65</sup> A modo de ejemplo: en el caso *Abdoulaye*, sentencia de 16 de Septiembre de 1999, C-218/98, el TJUE consideró adecuado al derecho comunitario el establecimiento de una asignación a tanto alzado aplicable tan solo a las mujeres que iniciaran sus permisos de maternidad (y no a los hombres), siempre y cuando dicha asignación estuviera destinada a compensar las desventajas profesionales que la interrupción del trabajo supone para ellas.

<sup>66</sup> Asunto *Gillespie*, sentencia de 13 de Febrero de 1996, C-342/93.

<sup>67</sup> Asunto *Merino Gomez*, sentencia de 18 de Marzo de 2004, C-342/01.

<sup>68</sup> Asunto *Sarkatzis Herrero*, sentencia de 16 de Febrero de 2006, C-294/04. Un comentario de su alcance por DE LA PUEBLA PINILLA, «Reseña de la jurisprudencia del tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de igualdad», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 67, 2005.

<sup>69</sup> Sentencia de 19 de Noviembre de 1998, C-66/96.

<sup>70</sup> STJUE de 20 de Septiembre de 2007, asunto *Kiiski*, C-116/06.

repercusión negativa en la persona de la trabajadora.

c) Con relación al despido de la trabajadora o a su falta de contratación por razón de su embarazo<sup>71</sup> el TJUE ha elaborado una interesante doctrina que parte de la naturaleza directa de la discriminación por razón de embarazo; pasa por la incompatibilidad comunitaria de las actuaciones empresariales que no proceden a la contratación de embarazadas por tratarse de puestos que obligan a traslados o adaptaciones a la situación específica de embarazo<sup>72</sup>; y concluye con la ilegalidad comunitaria de los despidos objetivos por falta de asistencia durante el embarazo ligado a problemas de salud<sup>73</sup>. El TJUE ha ampliado incluso el ámbito temporal de la protección frente al despido discriminatorio, refiriéndolo no solo al espacio de tiempo del permiso de maternidad, sino al tiempo posterior al término de éste si encontraba relación causal con comportamientos preparatorios del despido iniciados durante

la prestación de maternidad<sup>74</sup>, e incluso haciendo coincidir su momento inicial con la práctica de procedimientos de fertilización *in vitro* que se encontraran en fase avanzada, aunque obviamente en este momento no existiera propiamente todavía embarazo<sup>75</sup>. Tomando como referencia esta protección temporal expansiva la actualmente paralizada propuesta de reforma de la Directiva 92/85 pretendía ampliar hasta seis meses con posterioridad al fin del permiso de maternidad el tiempo de protección frente al despido<sup>76</sup>.

En definitiva, la protección antidiscriminatoria por razón de maternidad adquiere jurisprudencialmente unos lindes muy intensos, sensiblemente diferenciados de los que, con carácter general, se aplican a las condiciones discriminatorias por razón de sexo. De hecho, desde que en la sentencia dictada en el asunto *Dekker*<sup>77</sup> se reconoció el carácter de discriminación directa del trato peyorativo del que fuera objeto la trabajadora como consecuencia de su situación de embarazo o maternidad, se inició una tendencia jurisprudencial que no ha tenido retrocesos y que ha consolidado una protección intensa firme y extensiva (*vid.* asunto *Paquay* y *Mayr*, *supra*). Varias razones podrían explicar este fenómeno: la vinculación a la cuestión preventiva no es, al menos teóricamente, la razón esgrimida por el TJUE, puesto que expresamente en el asunto *Mayr* consideró que la protección frente al despido en un momento anterior al embarazo, estando avanzado el procedimiento de fertilización *in vitro*, no se oponía a la Directiva 92/85 (maternidad desde la perspectiva preventiva) sino a la, entonces aplica-

<sup>71</sup> El tema ha sido profundamente analizado por la doctrina científica. Al respecto, SHAW, «Pregnancy discrimination in sex discrimination», *European law review*, 1991; RODRÍGUEZ PIÑERO, «Discriminación por razón de sexo y embarazo de la trabajadora», *RL*, vol 1, 1991; MORE, «Reflections on pregnancy discrimination under European Community law», *The journal of social welfare and family law*, 1992.

<sup>72</sup> Asunto *Web*, sentencia de 14 de Julio de 1994, C-32/93; asunto *Habermann*, sentencia de 5 de Mayo de 1994, C- 421/92; y asunto *Mahlburg*, sentencia de 3 de Febrero del 2000, C- 207/98.

<sup>73</sup> Asunto *Brown*, sentencia de 30 de Junio de 1998, C- 394/96; Esta doctrina jurisprudencial, con todo, debe matizarse, por cuanto en el asunto *Hertz*, sentencia de 8 de Noviembre de 1990, C- 179/88, el TJUE consideró acomodado al derecho comunitario el despido objetivo por faltas de asistencia debidas a problemas de salud derivados del parto y que se prolongaban más allá del periodo establecido para la suspensión por maternidad. Un comentario crítico a esta sentencia, por todos, en KILPATRICK, «How long is a piece of string? Regulation of the post-birth period», en VVAA, *Sex equality law in the European Union*, 1996; y en FREDMAN, «European community discrimination law: a critique», *Industrial law journal*, 2, vol. 21, 1992.

<sup>74</sup> En la STJUE de 11 de Octubre de 2007, asunto *Paquay*, C-460/06.

<sup>75</sup> Asunto *Mayr*, STJUE de 26 de Febrero de 2008, C-506/06.

<sup>76</sup> Me refiero a la Propuesta de reforma de la Directiva 92/85 realizada por el Parlamento Europeo y el Consejo el 3 de Octubre de 2008, COM (2008), 637 final, que en el momento en que se redactan estas líneas (segundo trimestre de 2010) se encuentra paralizada.

<sup>77</sup> STJUE de 8 de Noviembre de 1990, C-177/88.

ble al caso, Directiva 76/207 (prohibición de discriminación por género). Tal vez la más fácil aplicación de criterios comparativos (puesto que no es necesario utilizar comparaciones externas a la propia trabajadora, antes o después del embarazo) o incluso la presunción de discriminación que implica la situación de embarazo o permiso por maternidad, que desplaza automáticamente hasta el sujeto ofensor la obligación de probar el carácter justificado de la actuación que originó el trato con efectos peyorativos, podrían explicar el fenómeno. Pese a que el TJUE niegue la aplicación de la Directiva 92/85 probablemente su expresa referencia en Directiva específica le hace merecedora de una situación privilegiada en el marco de la protección antidiscriminatoria por razón de género.

#### 2.4. Cuarto nivel conceptual: la inexistente relación entre discriminación por género y los derechos de conciliación

La normativa comunitaria parte del presupuesto de la igualdad en el disfrute de los permisos y beneficios relacionados con el cuidado de los hijos y del objetivo de compatibilización de tareas que aparece a su vez como presupuesto para la eliminación de la segregación en el trabajo, y como fin integrado en los programas anuales de empleo. La compatibilidad horaria aparece también como objetivo en otras directivas comunitarias de contenido antidiscriminatorio indirecto, como por ejemplo la Dir. 97/81 sobre trabajo a tiempo parcial, aunque el derecho a las transferencias entre trabajo a tiempo completo y a tiempo parcial aquí contemplado se encuentra considerablemente entibiado por su condicionamiento a *la medida de lo posible*<sup>78</sup>. Se

<sup>78</sup> Ya tuve ocasión de hacer un comentario acerca de esta Directiva comunitaria, en relación con esta vertiente antidiscriminatoria, en mi trabajo BALLESTER PASTOR, «La adecuación de la normativa española a la Directiva 97/81 sobre trabajo a tiempo parcial», *RL*, 15-16, 1998, p. 88 ss.

concluye de todo ello que las instituciones comunitarias han admitido la importancia de la intervención estatal para facilitar la compatibilidad horaria, pero sin adoptar posturas activas más allá de las contempladas en las directrices anuales de empleo o en los programas periódicos de acción antidiscriminatorios. La cuestión del reparto de responsabilidades (por medio de la configuración de permisos intransferibles al otro progenitor) y del derecho al ajuste del tiempo por conciliación aparecen expresamente referidos en la Directiva 2010/18<sup>79</sup>, pero su alcance efectivo está limitado temporalmente (con relación a la intransferibilidad de los permisos parentales solo es intransferible uno de los cuatro meses mínimos reconocidos en la Directiva –cláusula 2.2–) o sometido totalmente a la apreciación empresarial de adecuación<sup>80</sup> (derecho a la adaptación del tiempo de trabajo –cláusula 6–).

También existen dificultades para mantener que el derecho comunitario asegure en todo caso el disfrute indistinto por parte de padre y madre de los permisos relacionados con el cuidado de los hijos, puesto que, aunque la Dir. 2010/18 parece partir de ese presupuesto implícitamente no lo reconoce abiertamente. Al mismo tiempo, en sentencias anteriores a la Dir. 96/34 del TJUE (precedente a la actual Dir. 2010/18) se consideró

<sup>79</sup> Directiva del Consejo de 8 de marzo de 2010 por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE.

<sup>80</sup> La redacción de la cláusula 6.1 de la Directiva 2010/18 evidencia que no se trata de un derecho pleno al estar condicionado a la libre apreciación empresarial. Establece lo siguiente: *Para promover una mejor conciliación, los Estados miembros o los interlocutores sociales tomarán las medidas necesarias para velar por que los trabajadores, al reincorporarse del permiso parental, puedan pedir cambios en sus horarios o regímenes de trabajo durante un período determinado de tiempo. Los empresarios tomarán en consideración tales peticiones y las atenderán, teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores.*

acorde al derecho comunitario el permiso de disfrute exclusivo materno que transcurriría entre el fin del permiso de maternidad hasta el cumplimiento de seis meses del hijo<sup>81</sup> o el disfrute también exclusivamente femenino del tramo obligatorio del permiso de maternidad por adopción<sup>82</sup>. Igualmente justificado se consideró por el TJUE que una serie de beneficios para guardería ligados al cuidado de los hijos quedarán reservados tan solo a las madres trabajadoras, y no necesariamente a los padres (salvo que éstos tuvieran a su cargo exclusivo a los hijos en cuestión)<sup>83</sup>. Finalmente, el desinterés comunitario por proteger situaciones relacionadas estrictamente con el cuidado de los hijos, y deslindadas totalmente de la situación de embarazo y maternidad se ha manifestado por parte del TJUE cuando consideró que no suponía discriminación por género que una normativa estatal reconociera la antigüedad correspondiente al servicio militar pero no hiciera lo mismo con relación a la excedencia por cuidado de hijos<sup>84</sup>. En el ámbito de la conciliación de responsabilidades, el TJUE se ha limitado a reconocer formalmente que la compatibilidad de familia y trabajo constituye el corolario del principio de igualdad entre hombres y mujeres<sup>85</sup>, pero sin llegar a reconocer en beneficio de las trabajadoras que asumían permisos parentales derechos tan firmes y absolutos como los vinculados al permiso de maternidad.

Pero al tiempo que el TJUE ha ido desvinculando la cuestión de la conciliación de la discriminación por razón de género se ha ido produciendo un reforzamiento de la causa de

conciliación como causa autónoma de discriminación prohibida. Así pues, aunque en el asunto *Gomez Limón*<sup>86</sup> el TJUE consideró que no era contrario a la Directiva 96/34 (entonces vigente) que la prestación de seguridad social de la trabajadora en reducción de jornada por cuidado de hijos se calculara exclusivamente conforme al salario reducido, llegó a conclusión diferente en el asunto *Meerts*<sup>87</sup>, con relación al salario relevante para el cálculo de la indemnización por despido, que debía calcularse conforme al salario a tiempo completo. No se trata propiamente de una contradicción porque en el asunto *Gomez Limón* la cuestión giraba en torno a una prestación de seguridad social (cuya configuración y alcance es competencia exclusiva interna) mientras que en el asunto *Meerts* la cuestión era exclusivamente retributiva. Si se pone en conexión esta incipiente doctrina con la doctrina de la discriminación por vinculación (*supra*) podría tal vez entenderse que la cuestión de la conciliación esta incrementando su importancia como causa de protección autónoma. En esta misma tendencia se sitúa la STJUE dictada en el asunto *Zentralbetriebsrat*<sup>88</sup>. En esta resolución el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró contrario a la Directiva de permisos parentales (la aplicable en el momento en que surgió el conflicto era la 96/34) que no se garantizara el derecho a disfrutar de las vacaciones correspondientes al tiempo trabajado con anterioridad al disfrute de un permiso parental cuya duración podía llegar hasta tres años. De esta modo el TJUE atribuye al disfrute del permiso parental un carácter absoluto e incondicionado, que no puede implicar la pérdida de ningún derecho, ni siquiera el de las vacaciones correspondientes a un periodo de trabajo remoto en el tiempo. Es una doctrina similar a la que, con relación a la confluencia entre maternidad y vacaciones, el TJUE emitió en el asunto *Merino Gomez (supra)*. Resulta par-

<sup>81</sup> Asunto *Hoffman*, STJUE de 12 de Julio de 1984, C- 184/83.

<sup>82</sup> Asunto *Comisión c. Italia*, STJUE de 26 de Octubre de 1983, C- 163/82.

<sup>83</sup> Asunto *Lommers*, STJUE de 19 de Marzo de 2002, C- 476/99.

<sup>84</sup> Asunto *Gewerkschaftsbund*, STJUE de 8 de Junio de 2004, C- 220/02.

<sup>85</sup> Asunto *Hill y Stapleton*, STJUE de 17 de Junio de 1998, C-243/95.

<sup>86</sup> STJUE de 16 de Julio de 2009, C-537/07.

<sup>87</sup> STJUE de 22 de Octubre de 2009, C-116/08.

<sup>88</sup> STJUE de 22 de Abril de 2010, C-486/08.

ticularmente interesante destacar que, con esta nueva doctrina jurisprudencial, se está acercando la protección dispensada a las madres y a las personas que disfrutaban de permisos parentales, lo cual evidencia que la cuestión del cuidado está siendo ascendida en rango a situaciones que, tradicionalmente, han gozado de una protección relativamente elevada.

## 2.5. El último nivel conceptual: El requisito profesional esencial y determinante

Con relación al sexo, la formulación del requisito profesional esencial y determinante ha dado lugar a una interesante doctrina jurisprudencial en el ámbito del acceso a las Fuerzas Armadas: En el asunto *Johnston*<sup>89</sup>, después de enunciar por primera vez los presupuestos de adecuación, necesidad y proporcionalidad para la consecución del objetivo de seguridad pública perseguido (se trataba de una actividad que implicaba portar armas de fuego en un momento y lugar particularmente conflictivo –Ulster–), el TJUE consideró que la exclusión resultaba justificada básicamente por la especial alarma social que, como alegaba el Reino Unido, hubiera generado el fallecimiento en tales circunstancias de agentes femeninas. También en el asunto *Sirdar*<sup>90</sup> se concluyó en la validez de la exclusión, después de reiterar los mismos presupuestos. El tercero de los asuntos paradigmáticos dio lugar a la sentencia dictada en el asunto *Kreil*<sup>91</sup>. En este caso el TJUE consideró que sí resultaba contrario a la Directiva comunitaria que se prohibiera genéricamente el acceso de la mujer a las Fuerzas Armadas, a excepción de las unidades de asistencia sanitaria y las formaciones de música militar. El argumento bási-

co que condujo a este pronunciamiento de diferente signo que los anteriores fue el carácter general y no específico de la prohibición, lo cual difícilmente resultaba coherente con la necesidad y adecuación de las medidas prohibitivas a efectos de la consecución del objetivo de seguridad pública. La argumentación del TJUE en estas sentencias gravita total y exclusivamente en la naturaleza de la actividad, y en el alcance de aquella «condición determinante», tomando como referencia fundamentalmente el concepto de seguridad pública, y aplicando una interpretación considerablemente generosa con la opción que al respecto deseara adoptar cada uno de los Estados miembros. El mismo argumento de la competencia interna exclusiva para la determinación de las estrategias que considere adecuadas con relación a la seguridad nacional ha sido utilizado por el TJUE para considerar no discriminatorio (contra el hombre) la configuración del servicio militar obligatorio tan solo para los integrantes del sexo masculino<sup>92</sup>. El argumento de la seguridad nacional, como competencia interna exclusiva, no admite, pues, el juicio de razonabilidad y proporcionalidad ante el TJUE ni siquiera cuando implica un trato peyorativo por razón de género (tanto contra las mujeres como contra los hombres). Tan solo la falta total de cualquier justificación (cuando se excluye a las mujeres del acceso a prácticamente todas las actividades de las Fuerzas Armadas) resulta contraria al derecho comunitario, pero cualquier justificación más específica que se asiente en el concepto de seguridad nacional adoptado por el Estado resulta intocable para el TJUE.

Más allá de las Fuerzas Armadas es más imprecisa la doctrina jurisprudencial comunitaria acerca de las actividades que pueden legítimamente quedar excluidas a mujeres u hombres por tratarse de un requisito profesional esencial o determinante. Se ha consi-

<sup>89</sup> STJUE de 15 de Mayo de 1986, C-224/84.

<sup>90</sup> STJUE de 26 de Septiembre de 1999, C- 273/97.

<sup>91</sup> STJUE de 11 de Enero de 2000, C- 285/98.

<sup>92</sup> Asunto *Dory*, STJUE de 11 de Marzo de 2003, C-186/01.

derado, por ejemplo, que es legítimo que la profesión de comadrona quede reservada exclusivamente a las mujeres, como requisito profesional esencial y determinante, en atención a la especial sensibilidad en la que se hallan las mujeres que dan a luz. Pero también ha establecido el TJUE en la misma sentencia que dicha especial sensibilidad corresponde a particulares concepciones propias de momentos históricos que pueden ir evolucionando, por lo que en todo caso requieren análisis periódicos sobre su adecuación<sup>93</sup>. A dichos análisis periódicos de adecuación se refiere expresamente el art. 31.3 de la Directiva 2006/54. Existe, por tanto, la obligación de que los Estados miembros informen a la Comisión acerca de las actividades que se encuentren excluidas a alguno de los sexos, y que realicen un seguimiento de las mismas en atención a las circunstancias concurrentes cuyo resultado también tiene que ser objeto de informe. La principal cuestión que se suscita es si entre estas circunstancias sociales justificadoras de una concreta exclusión podría hacerse valer la preferencia de los clientes. Resulta evidente que si dicha preferencia por un sexo determinado se encuentra asentada en prejuicios (*Asunto Feryn, infra*) o en una asignación tradicional de roles, no podrá entenderse acomodada al derecho comunitario. Pero la posibilidad de tener en cuenta la sensibilidad del receptor de los servicios en la determinación del alcance del requisito profesional esencial y determinante ha quedado abierta por el TJUE, siquiera condicionada a la evolución de las circunstancias sociales, lo que incorpora un elemento de cierta inseguridad en la calificación del alcance del requisito profesional esencial y determinante pero que en todo caso no puede interpretarse sino en sentido restrictivo.

<sup>93</sup> *Asunto Comisión c. Reino Unido e Irlanda del Norte*, STJUE de 8 de Noviembre de 1983, C-165/82.

### 3. LAS CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN PROHIBIDAS DE NUEVA GENERACIÓN

#### 3.1. Planteamiento general: alcance y graduación de las causas de nueva generación

Las dos directivas antidiscriminatorias de nueva generación (Directiva 2000/43 para la etnia, y Directiva 2000/78 para el resto de causas) tienen una estructura muy similar: comparten una primera parte, en la que se delimitan conceptos y limitaciones; una segunda, en la que se establecen los mecanismos de defensa y garantía frente a las conductas discriminatorias; y una tercera en la que se configura el alcance de la responsabilidad de los Estados Miembros en el desarrollo de los presupuestos de la Directiva. Sin duda el punto de mayor interés de las Directivas antidiscriminatorias es la conceptualización y descripción de las causas, conductas, modalidades y excepciones de discriminación. El alcance de los mecanismos aplicativos y de garantía de dichos principios queda difuminado en el ámbito competencial de cada uno de los Estados miembros. Como quiera que forman parte de la Directiva, su mención, siquiera sucinta, resulta necesaria en este momento.

a) Requisitos mínimos: Las Directivas antidiscriminatorias se constituyen en normas de garantía mínimas. Resultan válidos por ello los preceptos que, en el ámbito de cada Estado miembro, resulten más favorables para los trabajadores. Asimismo, la entrada en vigor de las Directivas no puede ser motivo para reducir el nivel de protección que ya se tuviera a nivel interno (art. 27 apartado 2 Directiva 2006/54, art. 6 Dir. 2000/43 y art. 8 Dir. 2000/78).

b) Defensa de derechos: Las Directivas comunitarias establecen la obligación de que los Estados miembros configuren procedimientos judiciales y/o administrativos (incluidos conciliatorios) para la defensa de las víctimas de discriminación. Este derecho

puede ejercitarse incluso tras la terminación del contrato con la sola precisión de los plazos de prescripción aplicables en cada Estado con relación al principio de igualdad de trato. Las tres Directivas introducen la obligación de que los Estados miembros velen para que las asociaciones con interés legítimo en la concreta temática antidiscriminatoria puedan iniciar en nombre del demandante o en su apoyo, y con su autorización, el correspondiente procedimiento judicial o administrativo. Definitivamente, por esta vía, las instituciones comunitarias han optado por la actuación menos comprometida de las organizaciones defensoras de los derechos humanos puesto que, pese a tener interés legítimo, éstas no pueden iniciar los procedimientos correspondientes sin la autorización de la víctima<sup>94</sup> (art. 17 apartados 1, 2 y 3 Directiva 2006/54; art. 7 Dir. 2000/43; y art. 9 Dir. 2000/78). Particularmente interesante resulta una especificación de las garantías de defensa que se contempla en la Directiva 2006/54 para el caso de discriminación por razón de sexo: la Directiva establece la obligación de que los Estados miembros establezcan mecanismos para garantizar la indemnización o la reparación, sin que ésta pueda quedar limitada por un tope máximo fijado «a priori». De hecho, expresamente el art. 18 Directiva 2006/54 permite la fijación máxima de dicha indemnización tan solo *en aquellos casos en que el empresario pueda probar que el único perjuicio sufrido por el demandante como resultado de la discriminación en el sentido de la presente Directiva sea la negativa a tomar en consideración su solicitud de trabajo*.

c) Carga de la prueba: Las tres Directivas configuran el principio de reparto de la carga

de la prueba: frente a la presentación de indicios de discriminación, la carga de la prueba se traslada al demandado. La única excepción que se prevé es la instancia penal (art. 19.5 Dir. 2006/54, para la discriminación por razón de sexo; art. 8 Dir. 2000/43; y art. 10 Dir. 2000/78)

d) Protección contra las represalias: Los Estados miembros adquieren la obligación de tomar las medidas necesarias para proteger a los trabajadores de las represalias. En el caso de la Directiva antidiscriminatoria por razón de sexo, la garantía se amplía a los representantes de los trabajadores (art. 24 Dir. 2006/54; art. 9 Dir. 2000/43; art. 11 Dir. 2000/78)

e) Divulgación de información: Los Estados miembros adquieren la obligación de velar por que las disposiciones de las Directivas sean puestas en conocimiento de las personas a las que sea aplicable (art. 30 Dir. 2006/54; art. 10 Dir. 2000/43 y 12 de la Dir. 2000/78)

f) Diálogo social: Los Estados miembros adquieren la obligación de fomentar el diálogo social entre los interlocutores sociales en materia antidiscriminatoria en los siguientes ámbitos: prácticas desarrolladas en el lugar de trabajo, convenios colectivos, códigos de conducta, investigación, intercambio de experiencias y buenas prácticas. El fomento se refiere específicamente a la elaboración de normas convencionales de contenido antidiscriminatorio (art. 21 Dir. 2006/54; art. 11 Dir. 2000/43; y art. 13 Dir. 2000/78). La Directiva antidiscriminatoria por razón de sexo añade dos párrafos más al precepto común y establece la obligación de que los Estados miembros alienten a los empresarios a que fomenten la igualdad entre hombres y mujeres. En tal sentido se establece que debería alentarse a los empresarios a que presenten periódicamente a los trabajadores y sus representantes información adecuada sobre el estado de dicha cuestión, que puede incluir la proporción de mujeres y hombres por niveles así

<sup>94</sup> Comenté el alcance de las posibilidades de intervención judicial de las organizaciones de derechos humanos en el proyecto anterior a la redacción actual en BALLESTER PASTOR, «La propuesta de reforma de la directiva 76/207: evolución y adaptación del principio de no discriminación por razón de sexo en el Derecho comunitario», *TL*, 59, 2001, pág. 241.



como las posibles medidas para mejorar la situación.

g) Diálogo con las organizaciones no gubernamentales: Los estados miembros adquieren el compromiso de fomentar el diálogo con las correspondientes organizaciones no gubernamentales (art. 22 Dir. 2006/54; art. 12 Dir. 2000/43; y art. 14 Dir. 2000/78).

h) Organismos de promoción de la igualdad de trato: En la Directiva antidiscriminatoria por razón de sexo y en la Directiva antidiscriminatoria por razones étnicas se establece que cada Estado miembro designará uno o varios organismos responsables de la promoción, análisis, seguimiento y apoyo de las actuaciones antidiscriminatorias por aquellas causas. Entre sus competencias figuran la asistencia para entablar reclamaciones; la realización de estudios independientes; la publicación de informes; y la formulación de recomendaciones (art. 20 Dir. 2006/54; y art. 13 Dir. 2000/43).

i) Cumplimiento: Los Estados miembros adquieren la obligación de que se derogue cualquier disposición contraria al principio de igualdad de trato por las causas de cada Directiva (sea cual sea su origen: legal, reglamentario, administrativo, convencional, contractual, reglamentos internos, estatutos profesionales, estatutos sindicales o de organizaciones empresariales) (art. 23 a y b Dir. 2006/54; art. 14 Dir. 2000/43; art. 15 Dir. 2000/78).

j) Sanciones: Los Estados miembros se obligan a establecer un régimen de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias. Se establece un plazo específico para que se comunique a la Comisión el alcance de dichas sanciones (en el art. 25 Dir. 2006/54; en el art. 15 Dir. 2000/43, 19 de Julio de 2003; y en el art. 17 Dir. 2000/78, 2 de Diciembre de 2003).

k) Informe: Los Estados miembros se obligan a comunicar a la Comisión cada cinco años toda la información necesaria para que ésta elabore un informe sobre la aplicación de

cada una de las Directivas dirigido al Parlamento Europeo y al Consejo. En el caso de la Directiva antidiscriminatoria hay algunas especialidades: la primera es que no se establece un plazo de información permanente sino tan solo uno de cinco años –15 de Febrero de 2011– (art. 31 Dir. 2006/54); la segunda es que se establece una obligación adicional de informar cada cuatro años a la Comisión sobre las disposiciones adoptadas en relación con el art. 157.4. 4 TFUE –acción afirmativa– (art. 31 Dir. 2006/54). Asimismo los Estados miembros deben revisar las exclusiones por requisito profesional esencial y determinante y comunicar el resultado de tal examen a la Comisión cada ocho años. A su vez las dos Directivas del 2000 mencionan la necesidad de que en los informes que se elaboren se tengan en cuenta las repercusiones que pudieran producirse en relación con el principio de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres («mainstreaming»).

l) Aplicación: Las tres Directivas establecen la posibilidad de que el desarrollo de las mismas se produzca directamente por parte de los Estados miembros o por medio de los interlocutores sociales (posibilidad de desarrollo incorporado al capítulo social del TCE por medio del Tratado de Ámsterdam). Los plazos son: 15 de Agosto de 2008 –ampliable un años más– (art. 33 Dir. 2006/54); 19 de Julio de 2003 (art. 16 Dir. 2000/43); y 2 de Diciembre de 2003 (art. 18 Dir. 2000/78). En el caso de que concurren condiciones particulares con relación a la edad y la discapacidad, la aplicación de la Directiva 2000/78 puede posponerse tres años más, en cuyo caso los Estados miembros deberán informar anualmente a la Comisión sobre las medidas adoptadas y los progresos realizados.

La Directiva 2000/43 es la que adquiere un ámbito objetivo mayor al referirse no solo a aspectos relacionados con el trabajo<sup>95</sup>. Ade-

<sup>95</sup> Se ha criticado el alcance fundamentalmente vertical de la Directiva 2000/78 por limitar su ámbito apli-

más de las causas estrictamente laborales comunes a la Directiva 2000/78 la Directiva contra la discriminación racial hace referencia también en su art. 3 a: *e) la protección social, incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria; f) las ventajas sociales; g) la educación; h) el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda*. No deja de resultar paradójico, no obstante, que por medio de esta diferenciación parezca que la Comunidad Europea legitime la diferencia por razón de religión, convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (las causas de discriminación prohibidas en la otra Directiva) que un ordenamiento interno mantenga, por ejemplo, en la asistencia sanitaria o en la educación. Adviértase que esta diferencia en el ámbito objetivo de las Directivas no encuentra explicación en el reparto competencial del TFUE, puesto que en su art. 19 se habilita a las instituciones comunitarias para el desarrollo de normas antidiscriminatorias por las causas referidas, sin que dicho desarrollo se limite al ámbito laboral. Téngase en cuenta, también, que en el ámbito de la discriminación por razón de sexo existe una Directiva específica (la 2004/113) que amplía el ámbito de la protección antidiscriminatoria a aspectos no laborales.

El modo en que las directivas comunitarias delimitan el ámbito de las conductas constitutivas de discriminación prohibida es común. En sus respectivos artículos primeros establecen que cada una de ellas tiene por objeto *establecer un marco general para luchar contra la discriminación... con el fin de que se aplique en los Estados miembros el principio de igualdad de trato*<sup>96</sup>. En sus artículos segundos se procede a una conceptualización del principio de igualdad como la

*ausencia de toda discriminación, tanto directa como indirecta* basada en alguna de las causas a las que cada una de las Directivas se refiere. En el apartado segundo de cada art. 2 se contempla el concepto de discriminación, diferenciando entre discriminación directa, indirecta y acoso. Después de describir el ámbito objeto de aplicación de cada Directiva, las normas establecen la validez de las diferencias de trato motivadas por las actividades profesionales y el contexto cuando *dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado*<sup>97</sup>. Finalmente, en todas las directivas se reconoce la validez de las medidas de «acción positiva» *para prevenir o compensar las desventajas que afecten a personas en las que recayeran las características objeto de protección*. Además de estos tratamientos generales, en cada Directiva se pueden encontrar tratamientos específicos para algunos colectivos básicamente por razón de la edad y de la discapacidad. Pero esta unificación en torno a los conceptos antidiscriminatorios clásicos no es tan absoluta como pudiera parecer: su alcance varía mucho para cada una de las causas, en atención al régimen jurídico configurado en las Directivas. Estos conceptos comunes, traídos siquiera nominalmente de la doctrina normativa y jurisprudencial comunitaria sobre la discriminación por razón de género se refieren fundamentalmente a la discriminación indirecta, al requisito profesional esencial y determinante, a la acción afirmativa y al acoso. Estos cuatro ejes serán los que estructurarán el análisis en los epígrafes que siguen. Procede, sin embargo, de modo previo analizar con carácter general cual es la posición que adquiere cada una de las causas de discriminación prohibidas en el *ranking* diseñado por la normativa comunitaria.

Resalta en la regulación comunitaria que la etnia es la causa prohibida que tiene un

cativo a las cuestiones meramente laborales, sobre todo porque el art. 13 TCE tiene un alcance esencialmente horizontal. Al respecto, GONZÁLEZ ORTEGA, «La discriminación por razón de la edad», *TL*, 59, 2001, pág. 95.

<sup>96</sup> Art. 1 de las Directivas 2000/43 y 2000/78.

<sup>97</sup> Arts. 4 Directiva 2000/43 y Directiva 2000/78.

tratamiento más general e incondicionado. Parece previsible, por ello, que pueda beneficiarse de los principios aplicativos clásicos del principio antidiscriminatorio por razón de género que se han avanzado más arriba (y consiguientemente también de los aspectos más restrictivos que han sido objeto de pronunciamientos en la última década, como por ejemplo, con relación a la relevancia de la política de empleo como medida justificadora de eventuales impactos adversos –asunto *Nolte, supra*). El ámbito objetivo de la prohibición de discriminación por etnia se amplía en la Directiva 2000/43 a aspectos extralaborales, pero subjetivamente sigue sin extenderse a la discriminación por razón de la nacionalidad que expresamente queda excluida de su ámbito aplicativo (art. 3.2) como también lo está del ámbito aplicativo de la Directiva 2000/78 (art. 3.2). La determinación del alcance del requisito profesional esencial y determinante queda como la única excepción aplicable a la diferencia de trato por razón de etnia, con un alcance sensiblemente inferior a otras causas –por admitir menos diferencias justificadas– (*infra*).

Tampoco existen excepciones aplicativos expresas al principio de no discriminación por razón de orientación sexual configurado en la Directiva 2000/78, que se constituye, pues, en la causa discriminatoria de mayor rango en esta Directiva. Las únicas matizaciones a su carácter incondicionado se encuentran en el art. 4 de la Directiva 2000/78 (requisito profesional esencial y determinante) y en el art. 2.5 del mismo texto<sup>98</sup>. Ambas se aplican a todas las causas de

discriminación contempladas en la Directiva 2000/78 y tienen una formulación muy general. Del mismo modo que con relación al requisito profesional esencial y determinante el TJUE ha establecido la competencia interna plena en materia de seguridad pública y defensa nacional (*supra*), el art. 2.5 de la Directiva 2000/78 recuerda algunos de los ámbitos que pueden implicar actuaciones internas justificadas. La inclusión de la orientación sexual ha supuesto, por lo demás, una importante alteración en la doctrina judicial del TJUE: hasta entonces tan solo la discriminación por identidad sexual se había equiparado a la discriminación por género y se había podido beneficiar de la doctrina antidiscriminatoria clásica por esta causa<sup>99</sup>. La discriminación por orientación sexual no se consideraba, en cambio, incluida en el ámbito de la discriminación por razón de sexo<sup>100</sup>. La aprobación de la Directiva 2000/78 ha permitido que se califique de contrario al derecho comunitario la exclusión de beneficios ligados a la viudedad a la pareja homosexual que no pudo contraer matrimonio por ser imposible este tipo de uniones en el ordenamiento de referencia<sup>101</sup>.

El siguiente nivel de protección comunitaria frente a conductas discriminatorias viene atribuido en la Directiva 2000/78 a la discapacidad. Las excepciones al principio general de prohibición de trato diferenciado peyorativo por esta causa son los generales, establecidos en la norma comunitaria para todas las causas incluidas en su ámbito (requisito profesional esencial y determinante – art. 4– y

<sup>98</sup> En el art. 2.5 de la Directiva 2000/78 se establece literalmente lo siguiente: *La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de las medidas establecidas en la legislación nacional que, en una sociedad democrática, son necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos*. Constituye una referencia innecesaria puesto que los temas que menciona pertenecen todos ellos a la esfera competencial de los Estados miembros.

<sup>99</sup> Asunto *PS*, STJUE de 30 de Abril de 1996, C-13/94 (despido de un trabajador cuando anuncia su voluntad de someterse a operación de cambio de sexo) y asunto *K.B.*, STJUE de 7 de Enero de 2004, C-117/01, acceso a beneficios por viudedad denegados por falta de matrimonio, imposible en los supuestos de transexualidad).

<sup>100</sup> Asunto *Grant*, STJUE de 17 de Febrero de 1998, C-249/96.

<sup>101</sup> Asunto *Maruko*, STJUE de 1 de Abril de 2008, C-267/06.

seguridad/salud pública –art. 2.5–). Pero existe una excepción específica a la prohibición de discriminación por discapacidad en el art. 3.4 de la Directiva 2000/78, que comparte con la discriminación por razón de la edad. Establece este precepto literalmente lo siguiente: *Los Estados miembros podrán prever la posibilidad de que la presente Directiva no se aplique a las fuerzas armadas por lo que respecta a la discriminación basada en la discapacidad y en la edad*. Se trata de una excepción que solo resultaría comprensible si se tuviera en cuenta el estereotipo de actividad propia de las Fuerzas Armadas (con altos requerimientos de fortaleza física) y se partiera de la existencia de un solo tipo de discapacidad. Pero no todas las tareas que se pueden realizar con carácter laboral en las Fuerzas Armadas requieren dicha fortaleza, y aunque fuera así, no todas las discapacidades suponen necesariamente una merma relevante al respecto. Las normas antidiscriminatorias son, en esencia, normas cuyo principal objetivo es la ruptura de los estereotipos, pero con este precepto, la Directiva 2000/78 parece querer reproducirlos. No era necesaria una referencia específica a las Fuerzas Armadas y a estas dos causas de discriminación en el art. 3.4 de la Directiva puesto que la configuración del requisito profesional esencial y determinante es ya suficiente para justificar la excepción en los casos de incompatibilidad entre la discapacidad o la edad y la concreta actividad en las Fuerzas Armadas. Pero al materializarse una excepción tan general, para estas dos causas de discriminación prohibida, al margen del requisito profesional esencial y determinante, e incluso al margen de la doctrina judicial comunitaria sobre su aplicación a las fuerzas armadas (asuntos *Johnston*, *Sirdar* y *Kreil*, *supra*) la Directiva termina por dar una sensación odiosa de perpetuación de estereotipos. Piénsese que, con esta formulación, el art. 3.4 de la Directiva 2000/78 está posibilitando que se impida por la normativa nacional el acceso a cualquier actividad en las Fuerzas Armadas a cualquier discapacitado, sea cual sea la fun-

ción y la naturaleza o grado de la discapacidad. En el asunto *Kreil*, sin embargo, el TJUE negó la licitud comunitaria de una exclusión general e injustificada de las mujeres a cualquier actividad en las Fuerzas Armadas (con leves excepciones) pero no parece que, con la formulación de la Directiva 2000/78, pudiera aplicarse la misma interpretación en el caso de exclusiones generales a discapacitados.

Existe otra referencia a la discapacidad como causa específica de discriminación prohibida en la Directiva 2000/78 que da cuenta de una de sus características más relevantes: se configura una bastante tibia obligación de ajustes razonables en beneficio de la persona con discapacidad (art.5) que, aunque tuviera un impacto adverso en el colectivo de discapacitados, no puede ser considerada constitutiva de discriminación indirecta (art. 2.2.b ii). La regulación de los ajustes razonables para las personas con discapacidad se configura con carácter impreciso y ambiguo en el texto de la Directiva: de un lado, la obligación de ajustes razonables aparece formulada en modo imperativo en el art. 5 de la Directiva 2000/78 (*se realizarán ajustes razonables*). De otro lado, no obstante, la razonabilidad del ajuste debido se difumina hasta prácticamente hacer desaparecer la teórica obligación, puesto que el ajuste no es obligatorio cuando supone una *carga excesiva* y la carga no se considera excesiva cuando sea paliada en grado *suficiente* por el Estado. En este contexto de excepciones y contra excepciones a la obligación formal de ajuste a la discapacidad resulta que dicha obligación desaparece cuando no existe subvención pública suficiente, sin que en la Directiva se formule una obligación a los Estados para que colaboren en la financiación de los ajustes necesarios. Incluso no se considera constitutivo de discriminación indirecta que se obligue a los empresarios a realizar dichos ajustes aunque ello desincentive la contratación de discapacitados (art. 2.2.b.ii. de la Directiva 2000/78) lo que probablemente sucederá siempre que se configure una obligación de esta naturale-

za sin que existan políticas públicas para el reparto social del coste de la adaptación. Pese a la mención que expresamente se hace a la cuestión adaptativa en la Directiva no puede decirse, por tanto, que en el derecho comunitario se haya abordado realmente la cuestión.

Sin embargo, y pese a esta importante deficiencia, el derecho comunitario, por vía jurisprudencial, ha acometido una importante extensión de la protección frente a discriminaciones motivadas por razón de la discapacidad. La extensión aplicativa se ha producido de modo bastante peculiar porque ha permitido incluir en el ámbito subjetivo de la protección a los sujetos que han sido objeto de trato peyorativo por su vinculación con sujetos discapacitados, aunque dicha condición no recayera en su persona. Esta discriminación por vinculación se ha reconocido expresamente en la STJUE de 17 de Julio de 2008, asunto *Coleman*, C-303/06. El Tribunal comunitario interpretó que constituía discriminación prohibida el trato peyorativo recibido por una trabajadora a partir del momento en que su situación personal y familiar quedó alterada como consecuencia de los cuidados específicos que requería su hijo discapacitado. Expresamente manifestó el Tribunal comunitario que las discriminaciones comunitarias prohibidas tenían un ámbito de aplicación objetivo, delimitado por los motivos de trato diferenciado que se consideraban intolerables, y no requerían necesariamente que el motivo de discriminación prohibida recayera en el sujeto demandante de protección.

La extensión subjetiva se ha producido a todos los niveles, abarcando incluso el concepto de acoso discriminatorio (que era precisamente el objeto del litigio en el asunto *Coleman*) y la aplicación de la garantía de modificación de la carga de la prueba. La incorporación de esta nueva vertiente extensiva de la discriminación prohibida desde la perspectiva comunitaria abre, sin duda, nuevas perspectivas. Tras la sentencia dictada en el

asunto *Chacon Navas*<sup>102</sup>, que limitó objetivamente la protección dispensada frente a la discriminación por razón de la discapacidad, para excluir la que venía motivada por razón de enfermedad, se temía cierto retroceso en la protección comunitaria dispensada a las nuevas causas de discriminación, sobre todo porque las sentencias dictadas con relación a la discriminación por razón de la edad (*infra*) tenían también un claro carácter restrictivo. Este concepto de discriminación por vinculación recientemente incorporado al derecho comunitario tiene, por ello, una importancia (siquiera compensatoria) fundamental. Pero uno de los aspectos más interesantes de la sentencia es que incorpora la vertiente del cuidado familiar al ámbito de la protección comunitaria, reforzando otros pronunciamientos que reconocen, con mayor efectividad que antaño, el derecho a la conciliación (*supra*, asunto *Meerts*). Pese a la desvinculación entre derecho a la conciliación y principio de no discriminación por género que se había encargado de reforzar el TJUE, tal vez cierta posibilidad de que en el ámbito comunitario se haya introducido la protección antidiscriminatoria para las personas con responsabilidades familiares podría encontrarse en el art. 6.1.a de la Directiva 2000/78 en la que, con relación a la edad, se hace referencia a los sujetos *que tengan personas a su cargo*. Pero se trata de una referencia difícilmente comprensible, formulada en un apartado de carácter excepcional, por lo que su virtualidad al respecto es cuestionable (*infra*).

En los últimos niveles de la protección antidiscriminatoria comunitaria se sitúan, por el amplio espectro de las excepciones permitidas, la religión y convicciones, de un lado, y la edad de otro. Efectivamente, la Directiva 2000/78 admite, como causas de diferenciación justificadas la religión o convicciones en los casos de empresas ideológicas o de tendencia. Como se verá, aunque el ámbito

<sup>102</sup> STJUE de 11 de Julio de 2006, C-13/05.

material de esta diferenciación justificada está limitada en atención a la naturaleza de la entidad, su alcance está formulado con un carácter no precisamente restrictivo. De ello se dará cuenta más abajo. Pero la causa de discriminación prohibida más degradada por el ámbito de sus excepciones aplicativas en el art. 6 de la Directiva 2000/78 es la edad. Este precepto ha dado lugar, asimismo, a una interesante doctrina reciente del TJUE que será objeto de análisis más abajo.

En las páginas que siguen se expondrá el tratamiento del principio antidiscriminatorio por las causas de nueva generación tomando como referencia los conceptos antidiscriminatorios clásicos de requisito profesional esencial y determinante, acción afirmativa y discriminación indirecta.

### 3.2. Requisito profesional esencial y determinante

El nivel más restrictivo de requisito profesional esencial y determinante aparece en la Directiva 2000/43 con relación a la etnia, de modo muy similar a como se formula en la Directiva 2006/54 para el sexo. En el art. 4 de la Directiva 2000/43 se establece: *No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el origen racial o étnico no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado.* En el preámbulo de la directiva 2000/43 expresamente se advierte del carácter restrictivo con el que debe interpretarse el requisito profesional esencial y determinante (apartado 18): *En muy contadas circunstancias, una diferencia de trato puede estar justificada cuando una característica vinculada al origen racial*

*o étnico constituya un requisito profesional esencial y determinante. Dichas circunstancias deberán figurar en la información que facilitarán los Estados miembros a la Comisión.*

La siguiente cuestión pasa por determinar si cabe aplicar la misma interpretación jurisprudencial, ciertamente generosa con el concepto de seguridad pública que rige para la discriminación por razón de sexo (véase *supra* asunto *Johnston* y sus secuelas), al requisito profesional al que se refiere la Directiva 2000/43 con relación a la discriminación por razón de origen racial o étnico. Y la respuesta debe ser forzosamente negativa. Expresamente se señala que el requisito profesional «esencial y determinante» puede estar justificado «en muy contadas circunstancias». De hecho, la doctrina jurisprudencial acerca de la seguridad pública en relación al principio de no discriminación por razón de sexo se ha centrado fundamentalmente en el acceso a las Fuerzas Armadas. Y cuando para algunos otros supuestos de potencial discriminación, contenidos en la Directiva 2000/78 (discapacidad y edad), se ha planteado la posibilidad de acceso restringido a ciertas profesiones se ha especificado que es posible que la Directiva no se aplique a las Fuerzas Armadas<sup>103</sup>. Así pues, resulta evidente que tanto la Directiva 2006/54 como la Directiva 2000/78 admiten la inaplicación de la Directiva a las Fuerzas Armadas por razón de las características físicas que vinculadas al sexo femenino, a una determinada edad o a una discapacidad, pueden tener repercusión en el modo en que cada Estado miembro entiende el concepto de seguridad pública. Pero con referencia a la etnia (Dir. 2000/43) y al resto de causas de la Directiva 2000/78 (religión, convicciones y orientación sexual), la referen-

<sup>103</sup> Art. 3.4 Dir. 2000/78: *Los Estados miembros podrán prever la posibilidad de que la presente Directiva no se aplique a las Fuerzas Armadas por lo que respecta a las Fuerzas Armadas por lo que respecta a la discriminación basada en la discapacidad y en la edad.*

cia a la seguridad pública resulta inaceptable. La «esencialidad» cuando la exclusión se produce por etnia, religión, convicciones y orientación sexual resulta mucho más estricta. Por lo demás, con relación a la etnia, como en el caso de la discriminación por género, el requisito profesional esencial o determinante no puede venir referido a meras preferencias empresariales, ni siquiera relacionadas con las preferencias de los clientes si estas atienden a estereotipos o prejuicios, puesto que la configuración de la excepción se refiere a requisitos que resultan esenciales y determinantes para la prestación del servicio. Así lo manifestó expresamente el TJUE en el asunto *Feryn*<sup>104</sup>. El Tribunal comunitario consideró contraria a la Directiva 2000/43 una actuación empresarial que excluía de la contratación a trabajadores extranjeros, alegando que la empresa en cuestión se dedicaba a la instalación de sistemas de seguridad y que los clientes desconfiaban de los trabajadores no nacionales. El asunto, además, tenía un aspecto particularmente interesante: el Tribunal juzgó el tema como un atentado al derecho a la no discriminación por razón de etnia (Directiva 2000/43) aunque la causa de la diferencia injustificada no era propiamente la pertenencia a una determinada colectividad racial de los sujetos pasivos de la discriminación, sino su carácter de no nacionales.

Con relación a las otras causas de discriminación prohibidas el tratamiento otorgado al requisito esencial y determinante en la Directiva 2000/78 es considerablemente más detallado que el recogido en la Directiva 2000/43. En el art. 2.5 de la Dir. 2000/78 puede leerse: *La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de las medidas establecidas en la legislación nacional que, en una sociedad democrática, son necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de*

*la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos.* Y más adelante, el art. 4.1 señala: *No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado.* Con relación a la edad y la discapacidad, el art. 3.4 establece: *Los Estados miembros podrán prever la posibilidad de que la presente Directiva no se aplique a las Fuerzas Armadas por lo que respecta a la discriminación basada en la discapacidad y en la edad.* Con carácter específico, el art. 4.2 se refiere al alcance de los requisitos profesionales esenciales y determinantes en el caso de las actividades de iglesias y entidades similares; el art. 5 refiere el alcance de dichos requisitos a las personas con discapacidad; y el art. 6 lo hace con relación a las diferencias de trato por razones de edad.

Si el art. 4.1 establece la posibilidad de exclusión de colectivos cuando concurre un requisito «esencial y determinante» (con idénticos términos que en el art. 4 de la Directiva 2000/43); el art. 3.4 permite la inaplicación de la Directiva con relación a las Fuerzas Armadas en caso de edad y discapacidad (en paralelo a la exclusión jurisprudencial operada en materia de discriminación por razón de sexo); y si los art. 4.2, 5 y 6 establecen matizaciones para los casos de religión e ideología, edad y discapacidad inevitablemente queda suscitada la cuestión de cual debe ser el significado del art. 2.5 de la Directiva 2000/78. ¿Acaso es posible que en aras de *la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos* puedan, por ejemplo, establecer-

<sup>104</sup> STJUE de 10 de Julio de 2008, C-54/07.

se exclusiones profesionales discriminatorias por razón de la orientación sexual o las convicciones ideológicas? Es lógico entender que no. De hecho, el art. 2.5 de la Directiva parece referirse a actividades policiales y resulta difícil pensar que aquella seguridad pública no quede adecuadamente garantizada cuando las personas que la desarrollan tengan unas determinadas convicciones u orientación sexual. Más bien parece que el art. 2.5 (para las actividades policiales) establece una ampliación respecto a la posibilidad de exclusión aplicativa en el ámbito de las Fuerzas Armadas que, exclusivamente para la edad y la discapacidad, establece el art. 3.4 de la Directiva 2000/78. Así pues, convicciones y orientación sexual mantienen el nivel más estricto con relación al ámbito del requisito «esencial y determinante» con un alcance similar al que derivado de la etnia establece el art. 2000/43<sup>105</sup>.

La religión y convicciones como causas posibles de discriminación reciben en la Directiva 2000/78 un tratamiento especial cuando se trata de determinar el alcance del «requisito esencial y determinante». Esta es

la única excepción a la aplicación de la Directiva y guarda relación con la posibilidad de que organizaciones cuya ética se base en la religión o convicciones establezcan diferencias con relación a la ideología de las personas e incluso requieran determinadas actitudes de buena fe y lealtad hacia la ética de la organización. En estas entidades se admite la diferencia de trato *cuando, por la naturaleza de estas actividades o el contexto en el que se desarrollen, dicha característica constituya un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización*. Esta particular aplicación del requisito profesional esencial y determinante a las empresas ideológicas destaca por varios aspectos: el primero y más evidente es que la posibilidad de trato diferenciado por razón ideológica no está limitada a las actividades respecto de las cuales la religión o convicciones constituyan un requisito profesional esencial y determinante, sino, más generosamente, a aquellas actividades en que las características ideológicas constituyan un requisito profesional esencial, *legítimo y justificado respecto de la ética de la organización*. No se limita por tanto la excepción a la incompatibilidad material o intrínseca entre la actividad y las condiciones del sujeto en atención a su religión y convicciones (por ejemplo, por desconocimiento de los principios ideológicos o religiosos de la entidad), sino que abarca también el interés *legítimo* de ésta con relación a la ética que propugna, lo que sin duda tiene un alcance mucho mayor, cuya determinación la Directiva comunitaria ha querido dejar en manos de los ordenamientos internos. El segundo aspecto relevante es que el requisito profesional esencial y determinante, también en las empresas ideológicas, no puede venir referido a cualquier actividad (incluso no ideológica) prestada para la entidad en cuestión. El art. 4.2 de la Directiva 2000/78 reitera la vinculación directa entre la actividad y el requisito ideológico exigido por medio de la referencia expresa a *la naturaleza de estas actividades o el contexto en el que se desarrollen*. Es posible

<sup>105</sup> Podría plantearse si el art. 2.5 de la Directiva 2000/78 justificaría, por ejemplo, el despido de un trabajador por pertenecer a una organización ilegal, aun cuando este hecho no tuviera repercusión laboral. Hacen una reflexión al respecto, FERNÁNDEZ LÓPEZ y CALVO GALLEGU, «La directiva 78/2000/CE y la prohibición de discriminación por razones ideológicas: una ampliación del marco material comunitario», *TL*, 59, 2001, pág. 136. Con todo, resulta difícil concluir que este tipo de comportamiento empresarial sea verdaderamente constitutivo de trato discriminatorio por razones ideológicas: en un Estado de derecho la ilegalidad de una organización no puede derivar única y exclusivamente de la opción ideológica que profese, sino del peligro real o potencial que la pertenencia a la misma puede generar para la seguridad ciudadana o el orden público. Es imposible, así pues, que el despido por pertenencia a una organización ilegal pueda tener causa discriminatoria por razones ideológicas. Por la misma razón por la que no es, en puridad de términos, discriminatorio despedir a alguien por cometer un delito. Podrá ser justificado o no, arbitrario o no, pero difícilmente discriminatorio.



advertir que la Directiva está teniendo en cuenta la posibilidad de que en una entidad ideológica se desarrollen dos tipos de actividades: las actividades con carga ideológica (aquellas en que el requisito ideológico es esencial, legítimo y justificado); y las actividades no ideológicas, (aquellas en que la ideología del sujeto no tiene una vinculación ni esencial, ni legítima ni justificada con la actividad desarrollada). Tan solo las actividades con carga ideológica quedan incluidas en el específico concepto del requisito profesional esencial, legítimo y justificado. Pero las actividades no ideológicas en empresas ideológicas no escapan del particular marco de requerimientos posibles que habilita el art. 4.2 de la Directiva 2000/78. En el segundo párrafo de este precepto se admite la posibilidad de que las empresas ideológicas exijan *a las personas que trabajen para ellas una actitud de buena fe y de lealtad hacia la ética de la organización*. Se trata de un nivel de requerimientos ideológicos de diferente alcance al anterior, porque no exige la participación del trabajador en los presupuestos anímicos de la entidad, sino sencillamente el respeto a los mismos (buena fe y lealtad). Es claro, a la vista de lo expuesto, que el alcance real de la matización prevista en la Directiva 2000/78 para las empresas ideológicas con relación al requisito profesional esencial y determinante se encuentra formulado conforme a criterios generales e imprecisos, que admitirían filtros jurisprudenciales comunitarios tan solo en casos remotos de grave y evidente arbitrariedad, o cuando implicaran trato discriminatorio por alguna de las otras causas prohibidas en el derecho comunitario.

En todo caso, las características de esta regulación del requisito esencial y determinante cuando la causa de la discriminación es la religión o las convicciones, tal y como se regula en el art. 4.2 de la Directiva 2000/78<sup>106</sup> son las siguientes:

a) La Directiva configura el requisito profesional esencial y determinante por razón de la adscripción ideológica con un alcance retroactivo, es decir, con relación exclusivamente a las legislaciones o prácticas ya existentes en el momento de su entrada en vigor.

b) El requisito profesional esencial y determinante guarda relación exclusivamente con la existencia de entidades ideológicas o de tendencia («actividades profesionales de iglesias y de otras organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones de una persona»).

c) El alcance de esta excepción abarca tan solo el aspecto profesional («por lo que respecta a las actividades profesionales de estas organizaciones»).

d) El alcance del requisito esencial y determinante que queda formulado con carácter general en el art. 4.1 de la Directiva 2000/78 se matiza en las entidades ideológicas a las que se refiere su art. 4.2: «cuando por las actividades o el contexto en el que se des-

---

*legislación nacional vigente el día de adopción de la presente Directiva, o establecer en una legislación futura que incorpore prácticas nacionales existentes el día de adopción de la presente Directiva, disposiciones en virtud de las cuales en el caso de las actividades profesionales de iglesias y de otras organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones de una persona cuando, por la naturaleza de estas actividades o el contexto en el que se desarrollen, dicha característica constituya un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización. Esta diferencia de trato se ejercerá respetando las disposiciones y principios constitucionales de los Estados miembros, así como los principios generales del Derecho comunitario, y no podrá justificar una discriminación basada en otro motivo. Siempre y cuando sus disposiciones sean respetadas, las disposiciones de la presente Directiva se entenderán sin perjuicio del derecho de las iglesias y de las demás organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones, actuando de conformidad con las disposiciones constitucionales y legislativas nacionales, podrán exigir en consecuencia a las personas que trabajen para ellas una actitud de buena fe y de lealtad hacia la ética de la organización.*

<sup>106</sup> Establece literalmente el art. 4.2 de la Directiva 2000/78: *Los Estados miembros podrán mantener en su*

arrollen, dicha característica constituya un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización». Este artículo de la Directiva sirve para matizar el alcance de la condición esencial y determinante a la vista del ideario ideológico de la entidad en cuestión. Adviértase, con todo, que no entra a valorar las características del puesto (trabajadores neutros o de tendencia) sino tan solo la justificación del trato diferenciado en atención a la ética de la organización. La falta de elementos objetivos que limiten el alcance de esta excepción implica que la existencia de una empresa de tendencia (cuyo concepto tampoco queda convenientemente acotado en el texto de la directiva) habilita para exceptuar la aplicación de la directiva, en cualquier ámbito de la relación laboral, y no solo en el relacionado con el acceso al empleo. ¿Podría justificarse de este modo, por ejemplo, el establecimiento de beneficios o mayores retribuciones a los trabajadores que se afiliaran al partido político en el que trabajan? ¿o la incentivación económica por determinados comportamientos afines a la ética de la entidad en la que se trabaja?. Ciertamente, en este punto, y pese a la larga redacción del art. 4.2 de la Directiva 2000/78, son excesivamente amplias las prerrogativas que quedan en manos de los Estados miembros. Este aspecto se hace especialmente evidente en el último párrafo del artículo en cuestión, en cuyo último inciso se establece el derecho de las entidades religiosas y otras organizaciones ideológicas a «exigir en consecuencia a las personas que trabajen para ellas una actitud de buena fe y de lealtad hacia la ética de la organización», lo cual podría justificar, probablemente, el establecimiento aquellas diferencias, no solo para el acceso, la promoción o la extinción del contrato, sino incluso en el ámbito de la retribución o del establecimiento de beneficios.

e) Ciertamente la norma comunitaria a través de esta Directiva no llega a acotar convenientemente las competencias al respecto de los Estados miembros, a quienes deja casi

total libertad para el tratamiento de tema de las diferencias laborales en las empresas ideológicas. Remite expresamente el tratamiento normativo a cada uno de los Estados miembros («disposiciones y principios constitucionales de los Estados miembros»), a los principios generales del Derecho comunitario y a la limitación que supondría la «discriminación basada en otro motivo». A la vista de las circunstancias, pues, el tratamiento normativo de las empresas de tendencia tan solo encuentra el límite real de las otras causas de discriminación (por ejemplo, si una determinada confesión estableciera un trato peyorativo para las mujeres).

Con relación a la orientación sexual hay al menos dos aspectos en los que esta causa suscita cuestiones particulares en relación con la condición esencial y determinante:

a) Más arriba se ha descrito la posibilidad de que en las actividades profesionales de iglesias y de otras organizaciones públicas y privadas cuya ética se base en la religión o en las convicciones se establezcan diferencias de trato que pueden llegar incluso a exigir de las personas que trabajen para ellas una actitud consecuente con la moral que profesan (art. 4.2 Dir. 2000/78). Quedaría por ver si esta excepción al principio de no discriminación afecta tan solo a las convicciones religiosas e ideológicas de una persona o también a su orientación sexual, puesto que sabido es que determinadas confesiones o grupos ideológicos mantienen una postura radicalmente opuesta a la homosexualidad<sup>107</sup>.

b) La otra cuestión específica, en cambio, sí encuentra respuesta específica en el texto de la Directiva. Guarda relación con la orientación sexual en las Fuerzas Armadas, una temática largamente debatida en el ámbito comunitario. El art. 2.4. de la Directiva

<sup>107</sup> Un comentario al respecto por RIVAS VAÑO, «La discriminación por orientación sexual», *TL*, 59, 2001, pág. 214.

2000/78 establece la inaplicación de sus presupuestos en las Fuerzas Armadas, pero tan solo con relación a la edad y la discapacidad. En consecuencia, pese a la generosidad con que la seguridad ciudadana ha servido como argumento para justificar la inaplicación del principio de no discriminación por razón de sexo en el pasado, y pese a que tradicionalmente el ámbito de las Fuerzas Armadas ha quedado al margen de las protecciones antidiscriminatorias, la inaplicación del principio antidiscriminatorio en el caso de opción sexual no abarca a las Fuerzas Armadas.

Con relación a la edad el requisito profesional esencial y determinante parece muy difícil de determinar, siquiera con carácter ejemplificativo, puesto que no existen propiamente actividades que, por su naturaleza, requieran trabajadores con una determinada edad y no otra<sup>108</sup>. La edad puede actuar como factor general de susceptibilidad pero las eventuales características predicables de determinados rangos de edad pueden no cumplirse en situaciones concretas. La aplicación del requisito profesional esencial y determinante supone, pues, otorgar valor a los estereotipos, que es justamente lo que una norma antidiscriminatoria debiera evitar. Sin embargo, el TJUE en el asunto *Wolf (infra)*, con relación a una profesión de altos requerimientos físicos (bombero) la validez de una norma que establece como edad máxima de acceso los 30 años. Asimismo, la Directiva 2000/78 establece la posibilidad de que los Estados miembros condicionen el acceso a las Fuerzas Armadas a una determinada edad, sin que en tal caso resulte necesario aportar ninguna justificación, tal y como más arriba se ha expuesto con relación a la discapacidad (art. 3.4). La Directiva no establece siquiera la garantía de que el individuo rechazado pueda probar su capa-

cidad para el desarrollo de una actividad en las Fuerzas Armadas. Tampoco especifica dentro de las Fuerzas Armadas el tipo de trabajos que podrían limitarse en atención a la edad. Prácticamente toma como referencia la doctrina judicial del requisito profesional esencial y determinante en atención al sexo, que precisamente se había consolidado fundamentalmente en torno a profesiones en las Fuerzas Armadas, y lo aplica sin mayores precisiones y limitaciones al ámbito de la edad y la discapacidad. La interpretación del TJUE que justificaba las restricciones de acceso a las Fuerzas Armadas por razón de sexo al menos hacía gravitar el requisito profesional esencial y determinante en torno al concepto de seguridad pública (aunque se dejara al Estado casi total libertad para determinar la vinculación, como requisito profesional esencial y determinante, entre el sexo y la seguridad pública).

### 3.3. Acción afirmativa

Las dos Directivas antidiscriminatorias del 2000 normalizan la acción afirmativa como manifestación de la igualdad, superando su versión de excepción a la misma. Adoptan, pues, una interpretación de la acción afirmativa similar a la vigente para el género. Ambas Directivas del 2000 recogen la definición de la siguiente manera: *Con el fin de garantizar la plena igualdad en la vida profesional, el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1*<sup>109</sup>. Todos los aspectos que

<sup>108</sup> HYNES, «Age discrimination: the framework employment directive; Irish legislation and the Irish Case», Presentación al Congreso *Fight Against discrimination: the race and framework employment Directives*, celebrado en Trier, 2 y 3 de Junio de 2003, pág. 3.

<sup>109</sup> Texto del art. 7.1 de la Directiva 2000/78. La redacción del art. 5 de la Directiva 2000/43 es muy similar. La única diferencia es que en este último artículo la acción afirmativa se refiere a cualquier aspecto de la vida, y no solamente a la vida profesional. Recuérdese que la Directiva 2000/43 tienen un ámbito aplicativo general, no solo limitado a los aspectos laborales.

más arriba se han expuesto con referencia a la más elaborada doctrina jurisprudencial comunitaria de la acción afirmativa en materia de discriminación por razón de sexo resultan perfectamente aplicables a las otras causas de discriminación contenidas en las Directivas 2000/43 y 2000/78. De hecho, los pronunciamientos jurisprudenciales configuran simplemente los límites entre acción afirmativa y discriminación inversa; y el art. 157.4 TFUE sencillamente normativiza dichos pronunciamientos jurisprudenciales. A la vista de la formulación general que contienen las dos Directivas del año 2000, resulta evidente que todos los presupuestos que más arriba se han enunciado les resultan plenamente aplicables.

La cuestión más compleja que el traslado de presupuestos plantea guarda relación con el carácter multipolar de la discriminación por las razones contenidas en las Directivas 2000/43 y 2000/78. Así pues, los derechos de los integrantes de minorías protegidas no se enfrentan tan solo a los derechos reconocidos a la/s mayoría/s, sino también a los derechos que pudieran tener otras minorías. De un lado, el alcance de derechos como el de libertad religiosa corresponde a los Estados, sobre todo cuando implica relaciones de alto nivel entre el país y las confesiones religiosas, por lo que la política confesional de cada país debiera quedar al margen de la intervención comunitaria. De otro lado, el privilegiar a una minoría religiosa frente a otra implica evidentemente un trato discriminatorio por razón de la religión, y desde esta perspectiva, contraría los presupuestos enunciados en la Directiva 2000/78. Similares problemas plantean los privilegios que pudieran configurarse en beneficio de determinados partidos políticos (o de sindicatos con determinadas ideologías). Probablemente hay que entender que, el privilegio a una minoría protegida, que genera un tratamiento peyorativo injustificado respecto a otra minoría, entra en el espacio ilícito de la discriminación inversa: así pues, el derecho comunitario no obliga a la

introducción por parte de los Estados de medidas de acción positiva, pero sí requiere que, cuando se establezcan, ello no genere una discriminación inversa, ni de contenido individual respecto al grupo mayoritario (presupuestos de *Kalanke* y *Marschall*) ni, probablemente, de contenido minoritario colectivo (otra minoría).

En relación con la edad del trabajador, las posibilidades de trato diferenciado lícito conforme a la Directiva 2000/78, toman una doble dirección: de un lado, son válidas las medidas de acción afirmativa entendidas como aquellas que mantengan o adopten *medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por cualquiera de los motivos mencionados en el art. 1*. Asimismo, con carácter específico para las diferencias por edad, el art. 6 establece que no constituirán discriminación *si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios. Dichas diferencias de trato podrán incluir, en particular: a) el establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo y a la formación profesional, de empleo y de trabajo, incluidas las condiciones de despido y recomendación, para los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y los que tengan personas a su cargo, con vistas a favorecer su inserción profesional o garantizar la protección de dichas personas*. Incluso matiza con más precisión, y en el apartado 13 del preámbulo *in fine* excluye también de la aplicación de la Directiva los *pagos de cualquier naturaleza efectuados por el Estado cuyo objetivo es el acceso al empleo o el mantenimiento de los trabajadores en el empleo*, en clara referencia a las medidas de apoyo a la contratación o al mantenimiento en el empleo que los Estados pudieran establecer en beneficio de jóvenes y mayores.

Resulta particularmente interesante que, con relación a la edad, la posibilidad de accio-

nes afirmativas se encuentre en el mismo artículo, y compartiendo apartados, en relación a las justificaciones de tratos peyorativos, lo cual no resulta demasiado consecuente con las actuales teorías en torno a la naturaleza de la acción afirmativa. Efectivamente, la acción afirmativa no puede considerarse una excepción al principio de igualdad de trato sin discriminación (en este caso por razón de la edad) sino una manifestación de dicho principio. Así queda actualmente formulado en el art. 157.4 TFUE para el sexo. Adviértase que la diferencia en esta conceptualización no es baladí, puesto que si se considera excepción al principio de igualdad tendrá que ser interpretada con sentido restrictivo y, en principio, sospechoso. En cambio, si la acción afirmativa es considerada manifestación de principio de trato, su ámbito queda considerablemente ampliado y sus límites restringidos a la mera existencia de discriminación inversa.

Con relación a la discapacidad la acción afirmativa presenta paradojas similares. En otra parte de este trabajo se ha hecho referencia al texto del art. 7.2 de la Directiva 2000/78. En el se establece la licitud de las medidas de adaptación de discapacitados que los Estados pudieran establecer. Resulta algo confuso, sin embargo, que esta referencia se contenga en un artículo que lleva como título «Acción positiva y medidas específicas», puesto que el establecimiento de dichas medidas de adaptación laboral obligatorias por parte de los Estados miembros difícilmente podrán considerarse medidas de acción positiva si no van acompañadas de subvención suficiente. Y puesto que este aspecto (como se ha expuesto en otra parte de este trabajo) no deriva de ninguno de los preceptos de la Directiva 2000/78, la obligatoriedad de su establecimiento puede actuar más como medida desincentivadora de la contratación de discapacitados que como medida de acción afirmativa. Otra cuestión particularmente problemática en relación con la discapacidad es la de las cuotas a la contratación: con relación al géne-

ro más arriba ya se ha expuesto cual es el límite entre acción afirmativa válida y discriminación inversa inválida conforme a los criterios del TFUE. Sucede, sin embargo, que las cuotas a la contratación de discapacitados suelen configurarse en los Estados miembros (incluyendo España) con carácter general e incondicionado, superando claramente los criterios limitativos configurados por el Tribunal comunitario para las cuotas a la contratación femenina. Queda planteado, pues, si es posible una diferencia en el tratamiento dado a la acción afirmativa válida para el derecho de la Unión Europea en atención a las causas de referencia o si, efectivamente, el criterio sentado en la doctrina jurisprudencial comunitaria se generalizará a todas ellas, incluyendo la discapacidad.

### **3.4. Discriminación directa e indirecta: la quiebra de algunos presupuestos en el caso de la edad**

#### *3.4.1. Configuración general de la discriminación directa e indirecta*

En el concepto de discriminación directa, la principal diferencia entre las directivas de 2000 es que, en la 2000/43 se considera que concurre cuando la persona haya sido, sea o «vaya a ser tratada» de manera menos favorable que otra comparable. Sin embargo, en la Directiva 2000/78 los términos utilizados se refieren a que la persona haya sido, sea o «pudiera ser tratada» de manera menos favorable. Sin duda esta diferencia no implica que los conceptos sean diferentes, puesto que ciertamente resulta difícil pensar que la potencial víctima de una discriminación pueda conocer con toda seguridad que la conducta prohibida se va a producir<sup>110</sup>. Parece más

<sup>110</sup> Por ello esta redacción ha sido criticada por parte de la doctrina. Así, GÓMEZ MUÑOZ, «La prohibición de discriminación por causas étnicas o raciales. A propósito de la Directiva 2000/43/CE», *TL*, 59, 2001, pág. 78.

bien una incorrección gramatical y que permite concluir, en todos los casos, que pueden ponerse en marcha los procedimientos garantistas y defensivos cuando la posibilidad de ofensa real (y no su plena certeza futura) sea razonable.

Hay otra diferencia importante en el concepto histórico de discriminación indirecta, cuando se comparan el texto de la Directiva 97/80 (primera redacción comunitaria del concepto de discriminación indirecta por razón de sexo) y el de las Directivas 2000/43, 2000/78 y 2006/54. En la Directiva 97/80 la discriminación indirecta por razón de sexo se producía cuando existía una «proporción sustancialmente mayor» de miembros del colectivo protegido que resultaban afectados peyorativamente por la medida en cuestión. Sin embargo, en las Directivas del 2000 y 2006 la existencia de discriminación indirecta se produce sencillamente cuando las «personas» del colectivo protegido resulten perjudicadas. Difícilmente puede derivarse de esta nueva redacción que el requisito de mayor afectación estadística haya desaparecido, porque el propio concepto de discriminación indirecta implica que la medida en cuestión afecta más a las mujeres que a los hombres. Por ejemplo, difícilmente este cambio de redacción puede suponer que existe discriminación indirecta cuando la medida afecta igualmente a mujeres y a hombres (o incluso a menos mujeres que a hombres). La diferente redacción es relevante tan solo en lo que guarda relación con la desaparición del adverbio «sustancialmente», porque ello permite considerar la existencia de discriminación indirecta cuando el porcentaje de mujeres afectadas sencillamente «supera» al de los hombres, lo cual sirve para ampliar el concepto.

Las Directivas legitiman la medida que causa un impacto estadístico adverso en el colectivo protegido cuando *la disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finali-*

*dad sean adecuados y necesarios*<sup>111</sup>. Esta posibilidad de justificación objetiva y razonable coincide con el concepto de «business necessity» que integra el concepto mismo de discriminación indirecta. La cuestión será entonces determinar el alcance de aquella justificación objetiva y razonable: efectivamente, la tenencia de una titulación no necesaria en un primer momento puede ser constitutiva de discriminación indirecta si afecta más a un colectivo que a otro; pero las perspectivas laborales en la empresa no pueden obviarse, particularmente si las posibilidades de promoción son realmente evidentes y si el nuevo puesto requiere la titulación objeto de controversia. Por ello aunque, en principio, los requisitos de acceso deben ligarse estrictamente al puesto de trabajo a ocupar, otras circunstancias no puede dejar de tenerse en cuenta.

La justificación «objetiva y razonable» (art. 2.2. de las Directivas) que integra el concepto de discriminación indirecta se diferencia del «requisito profesional esencial y determinante» (art. 4.1 de las Directivas 2000/43 y 2000/78) en que el segundo concepto se aplica también a la discriminación directa. Así, requerir una determinada altura o ciertos requisitos físicos pueden ser potenciales discriminaciones indirectas por el impacto adverso sobre el colectivo de mujeres, de discapacitados o incluso de ciertas etnias, pero pueden a su vez estar justificados de manera objetiva y razonable por las necesidades de la propia actividad. Con relación al requisito profesional esencial y determinante, excluir del acceso a cierta ocupación a los que tengan cierta edad o etnia, puede quedar plenamente legitimado, aunque sea intencional, por ejemplo cuando se trata de una representación teatral que requiere un actor. Resulta evidente de la formulación utilizada en las Directivas que la justificación objetiva y razonable integrada en el concepto de discrimina-

<sup>111</sup> Arts. 2.2 de las dos Directivas.

ción indirecta es más suave (al poder quedar vinculada a beneficios empresariales) que la justificación por requisito profesional «esencial y determinante», que por sí misma implica un carácter totalmente imprescindible para llevar a cabo la actividad.

En el concepto de discriminación indirecta correspondiente a la Directiva 2000/78 existe una precisión especial para el colectivo de discapacitados. Establece su art. 2.2.b.ii) que existirá discriminación indirecta salvo que *respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica*. Por medio de esta formulación la Directiva 2000/78 reconoce la posibilidad de que la exigencia de medidas de adaptación a discapacitados que un Estado puede imponer a los empresarios pueda tener un impacto adverso en la contratación de discapacitados, pero niega a esta situación la catalogación de discriminación indirecta. Resulta particularmente interesante que la Directiva comunitaria no establezca obligación alguna para que los Estados miembros asuman parte del coste de la adaptación, lo que conduce inevitablemente a la justificación de la exclusión contractual del minusválido en atención al coste de la necesaria adaptación.

Si hay algo que resulta indudable de lo que hasta ahora se ha expuesto acerca de la diferencia entre discriminación directa e indirecta es que tan solo la segunda admite justificación objetiva y razonable. Efectivamente, la discriminación directa nunca puede encontrar justificación, salvo que se encuentre amparada por el requisito profesional esencial o determinante. Así lo ha establecido desde antiguo el TJUE con relación a la discriminación por razón de género (por todas, asunto *Dekker, supra*). La posibilidad de que se justi-

fique la discriminación directa, se normativice esta justificación e incluso que se configure con carácter abierto, por medio de la enumeración de posibles ejemplos, resulta ciertamente extraña en la doctrina clásica del principio antidiscriminatorio comunitario. Esto es precisamente lo que ha ocurrido, con relación a la edad, en el art. 6 de la Directiva 2000/78. Hasta ahora ha quedado evidenciado que la Directiva 2000/78 se caracteriza por el establecimiento de un gran número de excepciones y justificaciones al principio de no discriminación por las causas que contempla. Se ha ampliado el ámbito material de la discriminación prohibida para el derecho comunitario pero a costa de reducir su impacto real por medio de numerosas desigualdades autorizadas<sup>112</sup>. En el caso de la edad las posibilidades de trato diferenciado justificado se multiplican en el texto de la Directiva hasta prácticamente dejar sin efecto el principio antidiscriminatorio por esta causa. De ello se trata a continuación.

### 3.4.2. *La extraña justificación de la discriminación directa por edad en el art. 6 de la Directiva 2000/78*

El art. 6.1 de la Directiva 2000/78<sup>113</sup> contempla inicialmente una sola justificación de

<sup>112</sup> MOREAU, «Justifications of discrimination», presentación al VII Congreso Regional Europeo de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y seguridad social, Estocolmo, 4 a 6 de Septiembre de 2002, pág. 166-167.

<sup>113</sup> Art. 6.1 Directiva 2000/78: *No obstante lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios. Dichas diferencias de trato podrán incluir, en particular: a) el establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo y a la formación profesional, de empleo y de trabajo, incluidas las condiciones de despi-*

la desigualdad: la que se encuentre justificada objetiva y razonablemente por una finalidad legítima, siempre que los medios sean adecuados y necesarios (art. 6.1. primer párrafo). Debe concurrir un elemento finalista (fin legítimo, desde una perspectiva objetiva y razonable) y un elemento instrumental (medios adecuados y necesarios). Resulta evidente que se trata de elementos valorativos de notable imprecisión, que serían susceptibles de variadas interpretaciones. La Directiva 2000/78 aporta por ello, a modo de ejemplo, la manera en que dichos factores deben ser tomados en consideración. Este procedimiento de formulación normativa general, pero con establecimiento de criterios interpretativos dirigidos a los órganos judiciales recuerda mucho lo establecido en el art. 51.4 de la Carta de Derechos Fundamentales de 2000, en la que se configura la obligación de que los órganos judiciales interpreten el alcance de los derechos configurados conforme a los criterios interpretativos elaborados (*supra*). En esta nueva dinámica de los derechos fundamentales resulta evidente que el poder legislativo comunitario está llevando a cabo una tarea normativa sintetizadora, en parte, de la doctrina jurisprudencial previa del TJUE pero, al mismo, advierte al órgano jurisdiccional de los criterios interpretativos que debe utilizar en el futuro. Teóricamente, el art. 6.1 de la directiva 2000/78 es un precepto abierto; el resto del art. 6.1 simplemente enuncia, a modo ejemplificativo<sup>114</sup>, una

*do y recomendación (se entiende «retribución»), para los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y los que tengan personas a su cargo, con vistas a favorecer su inserción profesional o garantizar la protección de dichas personas; b) el establecimiento de condiciones mínimas en lo que se refiere a la edad, la experiencia profesional o la antigüedad en el trabajo para acceder al empleo o a determinadas ventajas vinculadas al mismo; c) el establecimiento de una edad máxima para la contratación, que esté basada en los requisitos de formación del puesto en cuestión o en la necesidad de un periodo de actividad razonable previo a la jubilación.*

<sup>114</sup> HYNES, «Age discrimination: the framework employment directive...», op. cit. pág. 2.

serie de situaciones en las que se entiende que dichos factores concurren. Teóricamente, pues, el TJUE podría entender que no todas las situaciones descritas, a modo de ejemplo, en los párrafos segundo y siguientes del art. 6.1 de la Directiva, llevan implícito el elemento finalista y el elemento instrumental que se requieren. Procede en este momento determinar, primero, cuales son las situaciones descritas a modo ejemplificativo en el art. 6.1 de la Directiva 2000/78 como situaciones justificativas de tratos desigualatorios por razón de la edad; y, segundo, cual ha sido la interpretación que de las mismas ha hecho el TJUE.

1. La primera ejemplificación de finalidad legítima aparece en el párrafo primero del art. 6.1 de la Directiva 2000/78. Merecen este calificativo las políticas de empleo, el mercado de trabajo y la formación profesional.

2. La segunda ejemplificación de finalidad legítima es la inserción profesional o la garantía de los derechos de los jóvenes, mayores y los que tengan personas a su cargo (art. 6.1 a) Directiva 2000/78).

3. La tercera ejemplificación se refiere a edades mínimas, experiencia profesional o antigüedad en el trabajo (art. 6.1.b Directiva 2000/78). Configura, pues, una desigualdad tolerada aunque causa perjuicios a los trabajadores jóvenes. Se hace referencia al acceso al empleo o a determinadas ventajas vinculadas al mismo.

4. La última ejemplificación establece edades máximas para la contratación. Para que sea legítima, la edad máxima debe venir determinada por los requisitos de formación del puesto o por la necesidad de un periodo de actividad razonable previo a la jubilación (art. 6.1.c. Directiva 2000/78). Configura una desigualdad susceptible de causar perjuicio a trabajadores mayores.

De las cuatro justificaciones referidas, la primera tiene carácter general, y se aplica a



todas las situaciones en que se produzca una diferencia por razón de la edad. Constituye la ejemplificación de los elementos finalistas e instrumentales que deben darse en todo caso; la segunda es una justificación, tanto de beneficios como de tratos peyorativos (puesto que nada se matiza al respecto) siempre y cuando tengan por objetivo la inserción profesional o la garantía de la protección. Los sujetos incluidos son tanto los sujetos jóvenes, como los mayores e incluso los que tengan personas a su cargo; la tercera justificación se refiere a los sujetos jóvenes, y admite condiciones mínimas en lo relacionado con la edad, la experiencia o la antigüedad; la cuarta se dirige a los trabajadores mayores, y admite diferencias requeridas por la formación o la necesidad de un periodo razonable de actividad.

La jurisprudencia del TJUE que ha interpretado el art. 6 Dir. 2000/78 podría clasificarse en torno a tres bloques temáticos: edad máxima para trabajar, jubilación forzosa y trato diferencial como medida de política de empleo.

a) **EDAD MÁXIMA:** La primera sentencia dictada por el TPIUE (Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea) sobre la validez comunitaria del establecimiento de una edad máxima para la contratación fue la STPIUE de 28 de Octubre de 2004, T-219/02 y T-337/02, asunto *Lutz Herrera*. Se planteaba la posible naturaleza discriminatoria que una norma de acceso a la Función Pública comunitaria suponía por cuanto exigía que el candidato hubiera nacido después de determinada fecha. La candidata Herrera, con fecha de nacimiento anterior a la especificada en la convocatoria reclamó ante las instancias comunitarias, llegando el asunto ante el TPIUE. Solicitaba la aplicación del principio antidiscriminatorio por razón de la edad, configurado en la Directiva 2000/78, pero también en el art. 13 TCE. El TJUE consideró que el requisito de edad máxima no constituía discriminación por razón de la edad, argumentando que no es posible alegar la aplicación directa del art. 13 TCE cuando existe

una Directiva en su desarrollo. El TJUE finalmente resolvió en contra de la demandante, considerando que la amplia formulación de los tratos desigualatorios legítimos de acuerdo a lo establecido en el art. 6 de la Directiva 2000/78, y la imposible aplicación directa del art. 13 TCE, justificaban un requisito de edad máxima para el acceso a una profesión, sustentado en *ofrecer perspectivas de carrera tanto a los funcionarios que realizarán una carrera larga en esta institución como a los seleccionados con una edad superior y, por otra, garantizar que los funcionarios ejerzan su actividad durante un período mínimo*.

Ciertamente se trata de una justificación lo suficientemente abstracta como para concluir que el marco de excepciones al principio antidiscriminatorio por razón de la edad establecidas en el art. 6 de la Directiva 2000/78 prácticamente sirve para suprimir el propio principio antidiscriminatorio. De hecho las argumentaciones que se utilizan podrían aplicarse a todos los sectores de actividad porque en todos es razonable tener perspectivas de que los trabajadores tengan una carrera profesional larga y en todos la mayor permanencia en el trabajo asegura en mayor medida el tránsito a una pensión de jubilación. La principal característica de este pronunciamiento judicial es que el TJUE aplica una interpretación extensiva de los criterios justificadores de la desigualdad retributiva, con lo que disminuye ostensiblemente el ámbito de la tutela antidiscriminatoria. La sentencia es particularmente inquietante asimismo porque que el supuesto planteado era de discriminación directa que, por definición (al menos con relación a la discriminación por razón de género) nunca había admitido justificación objetiva y razonable. Pero más inquietante todavía resultaba que la sentencia parecía invalidar totalmente el derecho a la no discriminación por razón de edad, habilitando cualquier tipo de excepción al mismo a partir de lo establecido en el art. 6 de la Directiva 2000/78.

Por ello resulta particularmente interesante, pese a que no se reconoció la concurrencia de discriminación por razón de la edad, lo establecido en la STJUE de 12 de Enero de 2010, asunto *Wolf*, C-229/08. El Tribunal entró a analizar si constituía requisito profesional esencial y determinante el establecimiento de una edad máxima de 30 años para el acceso al cuerpo de bomberos. Lo más interesante de la sentencia, independientemente de las valoraciones que merece la demasiado generosa interpretación del requisito profesional esencial y determinante en relación con el concepto de seguridad pública, es que el debate jurisprudencial quedó centrado en la determinación del alcance de este requisito profesional y determinante. Se superó, por tanto, la inquietante interpretación del TPIUE dictada en el asunto *Lutz Herrera*, que había degradado el principio hasta dejarlo prácticamente inoperante. La preocupación se traslada, sin embargo, al ámbito de la extensión del concepto de requisito profesional esencial y determinante que, en el caso de la edad, parece alcanzar un horizonte extensísimo.

b) JUBILACIÓN FORZOSA: En el momento en que se redactan estas líneas el TJUE ha dictado tres sentencias en aplicación del principio antidiscriminatorio por razón de la edad en relación con la jubilación forzosa: la STJUE de 16 de Octubre de 2007, asunto *Palacios*, C-411/05; la STJUE de 5 de Marzo de 2009, C-388/07, asunto *National Council on Ageing*; y STJUE de 12 de Enero de 2010, C-341/08, asunto *Petersen*. Lo más relevante de los tres pronunciamientos es que el Tribunal de Justicia presumió legítima la medida como instrumento para el empleo, sin entrar a conocer acerca de la virtualidad efectiva de este mecanismo en relación con la finalidad prevista y, sobre todo, sin hacer operar la modificación de la carga de la prueba (art. 10 de la Directiva 2000/78). Es una doctrina jurisprudencial que instaaura el argumento del empleo como concepto de justificación omnipotente, cuya simple mención, elimina

los vestigios de cualquier discriminación, y en la que no se plantean argumentos de razonabilidad y proporcionalidad.

En el asunto *Palacios* se planteaba la legalidad comunitaria de una cláusula de convenio colectivo en España que establecía la jubilación forzosa a los 65 años, en un momento (anterior a la reforma legislativa operada en 2005) en que la normativa española no exigía que dicha jubilación forzosa convencional tuviera como justificación la política de empleo. De hecho, la cláusula convencional en cuestión establecía la jubilación forzosa con la sola excepción de que el trabajador no hubiera cumplido los requisitos mínimos de cotización para el acceso a la pensión de jubilación. El TJUE consideró esta jubilación forzosa acomodada al derecho comunitario. En el párrafo 63 de la sentencia expresamente se establece: *... en el presente caso, el artículo 19, párrafo tercero, del convenio colectivo indica expresamente «el objeto de fomentar el empleo» como la finalidad que inspira la medida establecida en dicha disposición»*. El TJUE no entra en la cuestión puntual de si efectivamente dicho objetivo de política de empleo se cumplía en todos los casos de jubilación forzosa (sería, en todo caso, función del los Tribunales internos); se limita a interpretar que una referencia general al objetivo de política de empleo en el convenio (aunque no referida específicamente a la jubilación obligatoria), aun sin especificar los instrumentos adecuados para ello, resulta suficiente para que quede justificada la posibilidad de jubilación forzosa. La política de empleo aparece así como un concepto que no requiere mayor justificación o especificación y (lo que es más peligroso), que incluso llega a presumirse en casos como la jubilación forzosa.. Más adelante esta conclusión quedó ratificada por el asunto *National Council on Ageing*, STJUE de 5 de Marzo de 2009, C-388/07. Se planteaba ante el TJUE la legalidad comunitaria de un precepto estatal que configuraba como causa extintiva, sin derecho a indemnización, el cumplimiento,

por parte del trabajador, de la edad ordinaria de jubilación (que, si no se especificaba en contrario, era de 65 años). El TJUE resolvió que esta previsión resultaba adecuada a la Directiva 2000/78 que, en su art. 6, establecía la posibilidad de que se aplicaran limitaciones al principio antidiscriminatorio por razón de la edad cuando concurrieran razones justificadas, particularmente cuando la motivación naciera de la política de empleo. El principal interés de esta sentencia es que legitimó la validez comunitaria de una previsión normativa interna claramente contraria a los intereses de trabajadores mayores por presumir que la razón de la misma era la política de empleo. De hecho, la razón de la cuestión prejudicial planteada era si resultaba acomodada al derecho comunitario una previsión interna que no establecía un listado de situaciones y justificaciones, sino que se limitaba a establecer una posibilidad desigualatoria general. Ciertamente el TJUE establece en su sentencia que es competencia de los órganos jurisdiccionales internos la comprobación de que, efectivamente, concurre esta motivación de política de empleo, pero resulta particularmente interesante que, en principio, presumiera dicha legitimidad. Las consecuencias son evidentes: de un lado, el TJUE por medio de esta sentencia valida todas las actuaciones desigualatorias por razón de la edad, aunque no se mencione expresamente la posible legitimación que pudieran tener; de otro lado, no aplica la modificación de la carga de la prueba que debe producirse en todos los supuestos de discriminación prohibida (expresamente referido en el art. 10 de la Directiva 2000/78). Más adelante en el asunto *Petersen* el TJUE reiteró esta perspectiva (STJUE de 12 de Enero de 2010, C-341/08) al establecer que la edad máxima para trabajar de los dentistas no concertadas era contraria a la Directiva 2000/78 porque no se establecía para los concertados. La razón de la ilegalidad comunitaria era, pues, meramente la desigualdad arbitraria, pero no la falta de justificación.

c) TRATO DIFERENCIAL PEYORATIVO COMO MEDIDA DE GENERACIÓN DE EMPLEO: La jurisprudencia de la Unión Europea se ha referido en tres ocasiones al tema de la degradación de condiciones en atención a la edad como medida para la generación/mantenimiento del empleo. La primera fue la que dio lugar a la STJCE de 22 de Noviembre de 2005, asunto *Mangold*, C-144/04. En ella el Tribunal consideró que la configuración de un contrato temporal específico para mayores de 52 años, con notables restricciones en el ámbito de la estabilidad en el empleo, implicaba una discriminación por razón de la edad desproporcionada en relación al objetivo de empleo que pretendía alcanzar. En el fallo el TJUE consideró que la ilegalidad comunitaria se producía con relación al art. 6 de la Directiva 2000/78 y no con respecto a la Directiva 1999/70, pero en la fundamentación jurídica se refieren expresamente los efectos contrarios a la estabilidad en el empleo que genera este tipo de normativa. La diferencia en las condiciones de trabajo, por vinculación con la modalidad de contratación (por tiempo determinado), aparece como un elemento fundamental para la calificación de ilegalidad comunitaria. En el juicio de adecuación y proporcionalidad realizado por el TJUE en el asunto *Mangold* la finalidad de política de empleo no es de mayor peso que el perjuicio ocasionado, no solo relacionado con la discriminación por razón de la edad sino también con el incremento en el nivel de precariedad, y por tanto, con el objetivo de estabilidad. Las siguientes sentencias sobre la materia fueron la STJUE de 18 de Junio de 2009, asunto *Hutter*, C-88/08, y la STJUE de 19 de Enero de 2010, asunto *Kucukdeveci*, C-555/07. El tema cuestionado en ambas era la posible ilegalidad comunitaria de una serie de diferencias peyorativas para el colectivo de jóvenes, relacionadas con una disminución en el cálculo de la antigüedad, configurado con la supuesta intención de favorecer su contratación. También en estos casos el Tribunal de la Unión Europea llegó a la conclusión de que se trataba de prácticas desproporcionadas en

atención al objetivo perseguido, por lo que, como en el asunto *Mangold*, declaró que eran contrarias a la Directiva 2000/78. Llama la atención que, en comparación con el bloque de sentencias anteriores, el Tribunal haya entrado en la valoración de los tratos peyorativos dispensados en atención a la edad, sin dar por válida cualquier acción que se tome por los Estados miembros en nombre de su competencia en el ámbito del empleo. Sin duda es una referencia importante, que anticipa la voluntad de la jurisprudencia en no dejar sin contenido la causa de discriminación prohibida constituida por la edad. Es dudoso, no obstante, que las causas de nueva generación adquieran la relevancia que, en la historia comunitaria, ha tenido la protección contra la discriminación por razón de sexo. Y ello, en parte, por la configuración de dichas causas (particularmente la edad) en la Directiva 2000/78, que admite muchas más excepciones de las que nunca hubiera admitido la discriminación por género. Pero también en parte porque el compromiso jurisprudencial comunitario en la lucha antidiscriminatorio no es tan rotundo como lo ha sido con relación al género. En todo caso adviértase que las causas de nueva generación constituyen un nuevo ámbito de protección que requiere, al menos, la debida consideración por parte de los convenios colectivos.

La doctrina jurisprudencial sintetizada en las sentencias que se acaban de referir sitúa la cuestión antidiscriminatoria por razón de la edad madura en un ámbito muy liviano de protección, que apenas desencadena efectos cuando la eventual discriminación por razón de la edad confluye con otros perjuicios a los objetivos comunitarios, pero que no causa ninguna reacción comunitaria cuando el único efecto es la edad. La formulación de las excepciones adquiere tal entidad en el art. 6.1 de la Directiva 2000/78 que le hace perder toda virtualidad. Con relación a los trabajadores jóvenes, el ámbito de las justificaciones para ellos diseñado en el art. 6.1 de la Directiva 2000/78 es, aparentemente, de mayor

entidad que el aplicable a los trabajadores mayores: en el apartado b del art. 1.1 de la Directiva 2000/78 se establece la posibilidad de que se establezcan condiciones mínimas de edad, experiencia profesional o antigüedad, tanto para acceder al empleo como a las ventajas vinculadas al mismo. En este apartado no se hace ninguna referencia a especiales requisitos para que esta justificación de la diferencia de trato resulte admisible (pese a que en los otros apartados del art. 6.1 sí que se requiere que se persiga el objetivo de inserción profesional –art. 6.1.a–; formación o necesidad de un periodo razonable de actividad – art. 6.1.c–). La posibilidad de diferencias peyorativas para los trabajadores jóvenes parece, así, configurada con un carácter incondicionado, sometido tan solo a los requisitos finalistas e instrumentales que se configuran con carácter general. Sin embargo, las sentencias que, hasta la fecha, el TJUE ha resuelto en este ámbito han reconocido la existencia de discriminación por razón de la edad.

En el ámbito de las justificaciones del art. 6.1 de la Directiva 2000/78 aparece curiosamente un colectivo que no guarda relación alguna aparente con la discriminación por razón de la edad: en el art. 6.1.a se establece la posibilidad de que se establezcan especiales condiciones para *los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y «los que tengan personas a su cargo»*. La referencia a los sujetos con personas a cargo dentro de un texto antidiscriminatorio por razón de la edad solo puede entenderse desde la perspectiva de que generalmente el cuidado es requerido por niños o ancianos, lo que introduce marginalmente la edad del sujeto cuidado en la causa de la especial situación en la que se encuentra el cuidador. Pero es evidente que la relación es bastante remota, y que el cuidado puede referirse también a personas que no se encuentren en ninguno de los extremos de la vida que, generalmente, requieren la atención por parte de terceros. En todo caso, la aparición expresa de este colectivo como

merecedor de protección (siquiera matizada por estar contenida en el art. 6 de la Directiva 2000/78) recuerda bastante la discriminación por vinculación que el TJUE reconoció en el asunto *Coleman (supra)*. No deja de resultar interesante que, aunque la postura del TJUE ha sido hasta ahora bastante reticente a incluir las diferencias de trato y perjuicios sufridos como consecuencia del cuidado de los hijos en el ámbito de la protección antidiscriminatoria por razón de género, el tema retorne finalmente al espacio comunitario por la peculiar vía de la discriminación por razón de la edad. La entrada, sin embargo, se desplaza desde la privilegiada causa de la discriminación por género (con la que tendría más similitudes) a la muy denostada de la discriminación por edad (con la que apenas por vinculación remota es posible encontrar alguna conexión).

La situación prevista en el art. 6.1.a de la Directiva 2000/78 es de especial interés no solo por la particular heterogeneidad del colectivo incluido, sino también porque establece una posibilidad de diferencias de trato caracterizada por el beneficio que percibirán los sujetos en cuestión. Los apartados b y c del mismo precepto parecen configurar mecanismos justificadores de tratos peyorativos en beneficio de intereses generales que van más allá de los intereses individuales de los sujetos jóvenes, mayores o cuidadores vinculados. En cambio, el objetivo perseguido por las diferencias de trato permitidas en el art. 6.1.a de la Directiva persiguen la inserción profesional del sujeto o garantizar su protección. Este precepto no tendría sentido si estuviera haciendo referencia exclusivamente a las medidas de acción afirmativa, porque el art. 7 de la Directiva ya establece la validez de las medidas nacionales establecidas para prevenir o compensar las desventajas que sufran los sujetos por razón de su edad. El art. 6.1.a. esté previendo, por tanto, un supuesto diferente, que comprenda tanto tales beneficios de acción afirmativa como medidas *especiales* (este es el término utiliza-

do). Previsiblemente el precepto pretende hacer referencia a las diferencias de trato, configuradoras de mecanismos especiales de empleo cuyos aspectos peyorativos concurren con los beneficios que aporta al colectivo al que se dirige. Probablemente se refiere a las formas especiales de empleo en formación o inserción, que implican beneficios a cambio de ciertas pérdidas en las condiciones de trabajo. La Directiva las legitima con carácter general y absoluto, aunque obviamente quedan sometidas a la concurrencia de los factores finalistas e instrumentales que se aplican con carácter general. Con relación a los sujetos encargados del cuidado de otros, la posibilidad de condiciones especiales puede referirse a cuestiones de jornada, lo que permitirá legitimar tratos especiales a los que no tendrían derecho trabajadores sin dichas responsabilidades. En todo caso, el reconocimiento de esta posibilidad no parece que requiera estar incluida en una justificación de diferencias de trato por razón de la edad. Una postura del TJUE más generosa frente a la conciliación de responsabilidades (y más decidida en la aplicación de la Directiva 96/34, de permisos parentales) podía haber tenido un efecto mucho más interesante.

Debe resaltarse que el marco de justificaciones previsto en el art. 6.1 de la Directiva se centra mayoritariamente en situaciones de repercusión pública: las referencias a la política de empleo, la formación o la inserción entre otros factores así parecen indicarlo. La única excepción es el art. 6.1.c de la Directiva en el que se hace referencia, con relación a los trabajadores mayores, a los requisitos de formación del puesto de trabajo o a la necesidad de un periodo de actividad razonable previo a la jubilación, con lo cual parece indicar que son justificaciones que puede aportar el empresario en supuestos de discriminación individual. En tal caso el elemento de comparación es fundamental para identificar la discriminación. El problema es que la principal cuestión ligada a la discriminación por la edad no tiene que ver tanto con la relación

comparativa de los puestos de trabajo ocupados por nuevos contratados cuando unos son jóvenes y otros mayores, como con el cambio de condiciones o el trato peyorativo dispensado a los trabajadores ya contratados en la empresa a medida que van cumpliendo años. Así pues, el estancamiento en determinadas posiciones (siendo preteridos en las promociones por candidatos más jóvenes), el tránsito a posiciones estancadas, sin posibilidades de avance, incluso la degradación profesional, la mayor posibilidad de extinción contractual o la mayor vulnerabilidad frente al acoso son situaciones constitutivas de discriminación por razón de la edad que resultan más frecuentes de lo que pudiera parecer. Todas ellas son claramente contrarias al principio de no discriminación por razón de la edad y no encuentran justificación en ninguno de los supuestos previstos en el art. 6.1 de la Directiva 2000/78. El principal problema que se plantea es el de la dificultad de encontrar parámetros comparativos<sup>115</sup>, que se simplificaría notablemente si se admitiera la posibilidad de utilizar criterios de comparación flexibles, del mismo modo que sucede en el caso de la discriminación por género. A este tipo de supuestos resultaría también aplicable el marco de garantías específicas previstas en el capítulo II de la Directiva (defensa de derechos, carga de la prueba, y protección contra las represalias) que tanto se asemeja al marco de garantías previsto en la Directiva 2006/54 para los supuestos de discriminación por género. Resulta claro, pues, que superado el escalón de las generosas justificaciones admitidas en la Directiva 2000/78 para las diferencias de trato ocasionadas por razón de la edad, los criterios para la detección, sanción y control de la misma, deben entenderse iguales a los generados en la discriminación por razón de género.

En todo caso, del art. 6.1 de la Directiva y de las sentencias del TJUE es posible deducir

<sup>115</sup> HYNES, «Age discrimination: the framework employment Directive...», op. cit. pág. 4.

una serie de conclusiones acerca de la situación del derecho a la no discriminación por razón de la edad en derecho comunitario: 1) Se aprecia un debilitamiento o regresión del principio antidiscriminatorio comunitario<sup>116</sup>, al menos si se pone en conexión con la evolución del principio en otras áreas clásicas (sexo y nacionalidad). Ciertamente el factor de la edad debe tener por naturaleza un juego menos riguroso que otras causas de discriminación<sup>117</sup>, por cuanto enlaza con aspectos que forman parte de las competencias internas de los Estados miembros (política de empleo, seguridad social...), pero tanto de la formulación del art. 6.1 de la Directiva 2000/78 como de la interpretación realizada por el TJUE se deduce que los criterios evolutivos del principio antidiscriminatorio comunitario son esencialmente diferentes para la diferencia por edad y para la diferencia motivada por sexo; 2) La discriminación por razón de la edad se ha desvinculado del tratamiento otorgado a los derechos fundamentales, cuando el art. 13 ha desplazado su tratamiento a la normativa comunitaria correspondiente. Ello ha implicado una degradación importante, porque le ha hecho perder importancia como principio interpretativo del ordenamiento comunitario, y le ha dejado en manos totalmente del legislador comunitario que, al configurar un marco de excepciones tan amplio en el art. 6.1 de la Directiva 2000/78, ha eliminado su eficacia como principio antidiscriminatorio; 3) el TJUE ha optado por seguir las pautas contencionistas del principio antidiscriminatorio contenidas en la Directiva 2000/78 sin plantearse la posibilidad de contrarrestarlas con los instrumentos que aportaba la propia directiva y que podían haber consistido en lo siguiente: una interpretación más estricta del elemento finalista e instrumental; una mayor necesidad de justificación como consecuencia del carácter directo de la

<sup>116</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO, «Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa en convenio colectivo», *RL*, 2, 2008 pág. 18.

<sup>117</sup> *Ibidem*.

discriminación producida; o mediante el requisito de que para que se aplicaran las justificaciones del art. 6.1 de la Directiva debiera existir una declaración previa y expresa al respecto del Estado miembro sobre la posibilidad de las desigualdades por razón de la edad; 4) la totalidad de los asuntos planteados hasta ahora ante el TJUE tenían una repercusión pública que permitía la entrada de las justificaciones previstas en el art. 6.1 de la Directiva 2000/78: parece que el ámbito principal (casi exclusivo) de la Directiva es el plano estricto de las relaciones individuales en la empresa sin ninguna relación con políticas de empleo o con intereses generales, de

modo que cualquier justificación previa de las mismas, por medio de actuaciones generales, estatales o colectivas, expresas o implícitas (asunto Palacios con relación a la política de empleo), legitimaría la diferencia de trato; Pero superada esta justificación, el marco de derechos y garantías (incluyendo las relacionadas con la carga de la prueba o la protección frente a las represalias, que coinciden con las establecidas en en la Directiva 2006/54) debieran ser de la misma entidad que las hasta ahora reconocidas para los casos de discriminación por género. Al menos no hay razones en la Directiva 2000/78 para entender lo contrario.

**RESUMEN** El artículo analiza la evolución y configuración del principio antidiscriminatorio en la Unión Europea tomando como referencia el nuevo contexto constituido a partir de la formulación de las causas de nueva generación. Presenta un estudio crítico del alcance de la actual normativa extensiva (incluyendo la Carta de Derechos Fundamentales y nuevas Directivas como la 2010/18 sobre permisos parentales) dando cuenta de una evolución jurisprudencial que, en los últimos tiempos, parece estar configurando un contexto de protección abierto a nuevos conceptos. El artículo refleja este nuevo panorama de la cuestión antidiscriminatoria que sin duda atraviesa uno de sus momentos históricos más trascendentes.

**ABSTRACT** This paper analyses the evolution and configuration of the non-discrimination principle within the European Union taking as a reference the new context after the formulation of newly generated causes. The paper offers a critical study on the scope of current extensive legislation (including the Charter of Fundamental Rights and new directives such as Directive 2010/18 on parental leave). It describes the evolution of case law which, lastly, seems to be defining a protection context open to new concepts. The paper reflects this new scenario with regards to non-discrimination which, no doubt, is going through one of its most important historical moments.





# La libre circulación de personas tras el Tratado de Lisboa

LUCÍA DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR\*

## 1. INTRODUCCIÓN

Si hay un derecho subjetivo consustancial, desde sus primeros días, al proyecto económico de integración europea, ése es justamente el de libre circulación de personas. Transcurrido con creces más de medio siglo entre la promulgación de los Tratados constitutivos de las tres Comunidades Europeas y la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, resulta más fácil comprobar hoy la lenta pero progresiva evolución que ha venido experimentado este derecho. Se ha dicho, en infinidad de ocasiones y desde diferentes perspectivas, que lo que en un primer momento estaba concebido como una libertad con implicaciones esencialmente económicas, reconocida en exclusiva a los nacionales de los Estados miembros que pretendiesen llevar a cabo una actividad laboral o profesional en el territorio de otro Estado miembro, actualmente aparece revestida de una dimensión social indiscutible<sup>1</sup>, como lo prue-

ba el hecho de que esta libertad se haya extendido al conjunto de ciudadanos de la Unión, con independencia de las razones que puedan motivar su desplazamiento<sup>2</sup>. De todas formas, conviene dejar sentado que esa dimensión social que acompaña ahora a la libre circulación —y que ha quedado definitivamente apuntalada con la instauración de una ciudadanía europea— sigue coexistiendo con la económica. Y así lo reconoce la propia Comisión cuando afirma que «la libre circulación de personas constituye una de las libertades fundamentales del mercado interior, en beneficio de los ciudadanos de la UE, de los Estados miembros y de la competitividad de la economía europea»<sup>3</sup>.

---

*Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 32 (2001), pág. 13; y J. GARATE CASTRO, *Transformaciones en las normas sociales de la Unión Europea*, Editorial Universitaria Ramón Areces (Madrid, 2010), pág. 7.

<sup>2</sup> De hecho, la libre circulación de trabajadores «ha desempeñado en la práctica histórica el papel de núcleo central en torno al que se ha formado el estatus del ciudadano en la Europa comunitaria» [cfr. A. MARTIN VALVERDE, «Los derechos de los trabajadores en el ordenamiento comunitario: del Tratado de Roma a la Constitución Europea», *Actualidad Laboral*, vol. 2004-II, pág. 2289].

<sup>3</sup> Cfr. tercer párrafo de la Introducción del Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 10 diciembre 2008, sobre *La aplicación de la Directiva*

---

\* Doctora en Derecho. Universidad de Santiago de Compostela.

<sup>1</sup> En la doctrina iuslaboralista, entre otros muchos, J.M<sup>a</sup>. GALIANA MORENO, «Política de empleo», en A. MONTOTOYA MELGAR, J.M<sup>a</sup>. GALIANA MORENO y A.V. SEMPERE NAVARRO, *Instituciones de Derecho social europeo*, Tecnos (Madrid, 1988), pág. 70; L.E. DE LA VILLA GIL, «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea»,

Quizás la suma de cuanto acaba de decirse explique que no se aprecien en las reformas operadas por el Tratado de Lisboa, respecto del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (ahora llamado Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), modificaciones de gran calado en el ámbito de la libre circulación de personas; de la misma forma que tampoco puede decirse que sean de una extraordinaria relevancia el resto de novedades en materia social<sup>4</sup>. De hecho, la más importante, y la que mayor trascendencia práctica tiene para los nacionales de los Estados miembros que pretendan desplazarse y residir libremente por Europa, se encuentra consignada precisamente en el Tratado de la Unión Europea, cuyo artículo 6.1 prevé ahora que «la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea... tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados»<sup>5</sup>. Téngase en cuenta que, hasta ahora, la citada Carta «no pasa[ba] de ser una declaración política solemne, una norma pragmática rigurosamente dispositiva e inalegable ante el TJCE»<sup>6</sup>. Pero con la elevación de ésta a la categoría de Derecho originario —algo, por cierto, que provocó una seria resistencia por

parte de ciertos Estados miembros<sup>7</sup>—, los derechos, libertades y principios que en ella se contienen adquieren un valor vinculante incuestionable para las instituciones y organismos públicos, incluidos los órganos judiciales de los Estados miembros y los de la propia Unión. Por eso mismo, el artículo 45.1 de la Carta, a cuya virtud «todo ciudadano tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros», es hoy un precepto directamente invocable por los ciudadanos europeos.

Aunque desprovisto de las cotas y la consideración que pueda ostentar ahora en cuanto que «derecho fundamental» de la Unión, no debe olvidarse que ya desde el Tratado de Maastricht cualquier nacional de un Estado miembro que pretendiese circular y residir en la Unión Europea, al margen de cualquier motivación de carácter lucrativo, podía invo-

2004/38/CE, 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 [COM(2008) 840 final]. Aunque desde otro punto de vista, la recentísima Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 13 julio 2010, titulada *Reafirmación de la libre circulación de trabajadores: derechos y avances importantes* [COM(2010) 373 final] —y cuya publicación aparece en el momento de cerrarse el presente trabajo— señala asimismo que «la libre circulación no sólo contribuye a lograr un mercado único, sino que además tiene una dimensión social importante» (cfr. el párrafo segundo de su Introducción).

<sup>4</sup> De las que da buena cuenta J.M<sup>a</sup>. MIRANDA BOTO, «La incidencia del Tratado de Lisboa en el ámbito social», *Temas Laborales*, núm. 97 (2008), págs. 9 y ss.

<sup>5</sup> Véase la versión readaptada que se publica en el DOUE C 83, de 30 marzo 2010.

<sup>6</sup> Cfr. L.E. DE LA VILLA GIL, «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», cit., pág. 21.

<sup>7</sup> Se trata de Polonia y del Reino Unido, que finalmente lograron exenciones a la Carta, tal y como queda asegurado en el Protocolo núm. 30 TFUE, cuyo artículo 1.2 establece claramente que «nada de lo dispuesto en el título IV de la Carta crea derechos que se puedan defender ante los órganos jurisdiccionales de Polonia o del Reino Unido, salvo en la medida en que... [estos Estados] hayan contemplado dichos derechos en su legislación nacional». En el último momento, y por sorpresa, la República Checa condicionó la ratificación del Tratado de Lisboa a la obtención de las mismas garantías otorgadas a Polonia y al Reino Unido, consiguiendo finalmente idénticas exenciones a la Carta, junto con la promesa por parte de los Estados miembros de que «en el momento de la celebración del próximo Tratado de Adhesión y de conformidad con sus respectivos requisitos constitucionales, anexarán el correspondiente Protocolo... al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea» (cfr. las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas, de 29 y 30 octubre 2009, accesibles en [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/es/ec/110907.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/110907.pdf)). Sobre este «peaje» que se ha debido pagar a cambio de que la Carta ostente el mismo valor jurídico que los Tratados, críticamente, A. MANGAS MARTIN, «El compromiso con los derechos fundamentales», en A. MANGAS MARTIN (Directora), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA (Bilbao, 2008), págs. 66 a 68.

car este derecho ante las respectivas autoridades y jurisdicciones nacionales y comunitarias. Y esto es así, habida cuenta de que a partir de entonces esta libertad constituye una «piedra angular de la ciudadanía de la Unión»<sup>8</sup>, cuyos preceptos rectores se ubican –tras el Tratado de Lisboa– en la Segunda Parte del Tratado de Funcionamiento, bajo el nuevo título «No discriminación y ciudadanía de la Unión» (artículos 18 a 25, antiguos artículos 17 a 21 TCE). Al margen de la evidente reenumeración de estos preceptos, y en lo que al derecho de libre circulación y de residencia concierne, se aprecian otras dos modificaciones de carácter formal. La primera de ellas consiste en la mención que ahora hace de este derecho el artículo 20.2 TFUE (artículo 17.2 TCE). Y la segunda, como ha ocurrido con tantos otros preceptos a lo largo y ancho del Tratado de Funcionamiento<sup>9</sup>, es la nueva expresión con que el artículo 21.2 TFUE (artículo 18.2 TCE) se refiere al viejo procedimiento de codecisión del artículo 251 TCE, que pasa a llamarse «procedimiento legislativo ordinario», con expresa alusión al Parlamento<sup>10</sup>. Debe advertirse, sin embargo, de la existencia de una novedad de carácter sustantivo que probablemente tenga una mayor repercusión jurídica de la que pueda extraerse tras una primera lectura, como luego se razonará. Se trata de la habilitación expresa al Consejo, por vez primera, para adoptar «medidas sobre seguridad social o protección social» en el contexto del derecho de libre circulación y de residencia conferido a los ciudadanos de la Unión, tal y como prevé el nuevo artículo 21.3 TFUE.

<sup>8</sup> Cfr. apartado 34 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 2 abril 2009, sobre *Problemas y perspectivas de la ciudadanía europea* [DOUE C 137, de 27 mayo]).

<sup>9</sup> En congruencia con las modificaciones horizontales indicadas en el apartado c) del artículo 2.A.2) del Tratado de Lisboa.

<sup>10</sup> Con ello, «se hace más visible la cotitularidad de este último del poder legislativo» [cfr. J.M<sup>º</sup>. MIRANDA BOTO, «La incidencia del Tratado de Lisboa en el ámbito social», cit., pág. 12].

Si bien es cierto que la libre circulación de los ciudadanos de la Unión «incluye el derecho a... trabajar en otro Estado miembro»<sup>11</sup>, ello no ha obstado para que la libre circulación de trabajadores siga conservando un protagonismo de primer orden; entre otras cosas, por el estatus privilegiado que éstos mantienen respecto de cualquier otra persona que se desplace por razones no laborales o profesionales. Al menos de momento, su tratamiento continúa discurriendo de forma independiente, aunque existan puntos o, mejor dicho, derechos de encuentro: la libre circulación de ciudadanos europeos y la libre circulación de trabajadores «aparecen ahora como círculos secantes»<sup>12</sup>. Pues bien, como derecho específicamente reconocido a los nacionales de los Estados miembros que pretendan llevar a cabo una actividad por cuenta ajena<sup>13</sup>, la libre circulación de trabajadores se encuentra regulada en el Capítulo I del Título IV de la Tercera Parte del Tratado de Funcionamiento, tras la rúbrica «Trabajadores» (artículos 45 a 48, antiguos artículos 39 a 42 TCE). Salvo la adición de un nuevo párrafo en su artículo 48, donde se articula un mecanismo que facilita a los Estados miembros la posibilidad –cuando menos– de interferir en la adopción de medidas que perjudiquen el equilibrio financiero o cualquier otro aspecto importante de sus respectivos sistemas de seguridad social, los demás ajustes realizados en dicho Capítulo I (al menos, los dos primeros) son de

<sup>11</sup> Cfr. el párrafo tercero del apartado 1 de la Comunicación de la Comisión, de 11 diciembre 2002, sobre *La libre circulación de trabajadores: La plena realización de sus ventajas y sus posibilidades* [COM(2002) 694 final].

<sup>12</sup> Utilizando la comparación, verdaderamente gráfica, que realiza A. MARTIN VALVERDE, «Los derechos de los trabajadores en el ordenamiento comunitario: del Tratado de Roma a la Constitución Europea», cit., pág. 2290.

<sup>13</sup> Y que se extiende a los nacionales de los tres siguientes países miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC), en virtud del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo de 1992: Noruega, Islandia y Liechtenstein.

carácter formal<sup>14</sup>: 1) el reemplazo de la referencia a la Comunidad por la de «la Unión» (artículo 45.1 TFUE); 2) la mención al procedimiento legislativo ordinario (artículos 46 y 48 TFUE), en vez del procedimiento de codecisión del artículo 251 TCE<sup>15</sup>; y 3) la precisión que hace el artículo 48 TFUE, relativa a «los trabajadores migrantes por cuenta ajena y por cuenta propia», frente a la fórmula más genérica «trabajadores migrantes» del viejo artículo 42 TCE.

Ya sólo ese tratamiento dual que recibe la libre circulación de personas en el Tratado de Funcionamiento sería razón más que suficiente para inferir que se trata de un derecho de contenido y contornos complejos. Pero es que a esa complejidad también contribuye, no sólo «la diversidad de... sus elementos o ingredientes, que pertenecen unos al ámbito político-administrativo, otros a la esfera del empleo, otros a las condiciones de trabajo y otros en fin, a la protección social»<sup>16</sup>, sino también la multiplicidad de textos normativos que resulta preciso simultanear: tanto de Derecho originario como de Derecho derivado; ya sean vigentes o derogados. Así las cosas, y tomando siempre como punto de partida las modificaciones operadas por el Tratado de Lisboa en materia de libre circulación de personas, las páginas que siguen no tienen más pretensión que la de mostrar una panorámica general del contenido y del alcance actual de esta elemental libertad comunitaria. Para valorar en su justa medida la importancia de los cambios operados, nos ha parecido necesario realizar antes un recorrido

<sup>14</sup> En congruencia asimismo con las modificaciones horizontales consignadas en los apartados a) y c) del artículo 2.A.2) del Tratado de Lisboa.

<sup>15</sup> Sobre este particular procedimiento, y las fases en que se diversifica, véase J. GARCÍA MURCIA, «Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 y el Tratado de Lisboa», en VVAA, *El Futuro Europeo de la Protección Social*, Laborum (Murcia, 2010), págs. 35 a 37.

<sup>16</sup> Cfr. A. MARTÍN VALVERDE, «Los derechos de los trabajadores en el ordenamiento comunitario: del Tratado de Roma a la Constitución Europea», cit., pág. 2290.

—aunque sea a grandes trazos— por el devenir histórico de la libre circulación de personas, desde su aparición en el Tratado de Roma hasta nuestros días. Todo ello se completa, como no podía ser de otra forma tratándose de este tema, con un epígrafe especialmente dedicado a la incidencia del Tratado de Lisboa en materia de seguridad social.

## 2. LA PROGRESIVA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL DE LA LIBRE CIRCULACIÓN

Ya el artículo 3 del Tratado de Roma de 1957 consagraba, como una de las libertades básicas comunitarias, la «libre circulación de personas». Sin embargo, ni en el contexto del propio Tratado ni en el Derecho derivado se regulaba esta libertad como tal. En efecto, y aun cuando el Título III del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea aparecía bajo la rúbrica «libre circulación de personas, servicios y capitales», lo cierto es que inmediatamente a continuación los preceptos incardinados bajo su Capítulo I, los artículos 48 a 51 (actuales artículos 45 a 48 TFUE), se circunscribían en exclusiva a la libre circulación de los trabajadores en el interior de la Comunidad<sup>17</sup>. Ello se explica, recuérdese, porque el objetivo inicial y distintivo de la actual Unión Europea era netamente económico: la creación de un mercado

<sup>17</sup> Más concretamente, y sobre la base de que dichos preceptos aparecen recogidos bajo el rótulo común «trabajadores»: 1) según el artículo 48 TCEE, «la circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad quedará asegurada, a más tardar, a final del período transitorio»; 2) el artículo 50 TCEE establecía que «a partir de la entrada en vigor del presente Tratado, el Consejo... adoptará... las medidas necesarias a fin de hacer progresivamente efectiva la libre circulación de los trabajadores»; y 3) a tenor del artículo 51 TCEE, «el Consejo adoptará, en materia de seguridad social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores». Repárese, además, en que el principio de la libre circulación de los trabajadores aparecía asimismo recogido en el artículo 69 TCECA y en el artículo 96 TCEEA.

común, donde la libre circulación de trabajadores se erigía en una libertad económica más junto a la de capitales, mercancías y servicios<sup>18</sup>. Claro que todo ello no impidió, como es lógico, que desde un primer momento se hablase de una Política Social comunitaria y de un Derecho Social comunitario o europeo, pero sobre la base siempre de que tanto la una como el otro quedaban «subordinados al fin económico principal»<sup>19</sup>.

Así las cosas, la libre circulación de personas presupone siempre que sus destinatarios fuesen individuos económicamente relevantes, en la inteligencia de que sólo se reconocía a los nacionales de los Estados miembros que ejercitasen o pretendieran llevar a cabo cualquier actividad de carácter lucrativo; en un primer momento, de carácter asalariada y dependiente, para extenderse luego a aquellas actividades realizadas por cuenta propia o de carácter profesional. Respecto de los trabajadores por cuenta ajena, el núcleo esencial de este derecho se encontraba recogido en el artículo 48.2 TCEE (en términos idénticos al actual artículo 45.2 TFUE), por el que se establece que «la libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo». Y como derechos meramente instrumentales o asociados a este derecho de libre circulación, ya entonces se reconocía —entre otros— el derecho a desplazarse con este fin en el territorio de los Estados miembros y el derecho de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer

en él un empleo [también en los mismos términos que los apartados b) y c) del vigente artículo 45.3 TFUE].

De la mano siempre de dicho fin económico principal, se produjo un considerable desarrollo legislativo de los preceptos del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea relativos a la libre circulación de trabajadores, resultando ser la norma rectora el Reglamento (CEE) n.º 1612/68, de 15 octubre, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad<sup>20</sup>, que continúa vigente a día de hoy<sup>21</sup>. Junto a esta nor-

<sup>20</sup> DOCE L 257, de 19 octubre. A su vez, precedieron a esta norma el Reglamento n.º 15, de 16 agosto 1961 (DOCE 57, de 26 agosto), y el Reglamento n.º 38/64/CEE, de 25 marzo (DOCE 62, de 17 abril).

<sup>21</sup> Tras las modificaciones operadas por los Reglamentos (CEE) n.º 312/76, de 9 febrero (DOCE L 39, de 14 febrero), y n.º 2434/92, de 27 julio (DOCE L 245, de 26 agosto); y la última, por la Directiva 2004/38/CE, de 29 abril (DO L 158, de 30 abril). Además, se adoptó un nutrido número de disposiciones de Derecho derivado, entre otras: Reglamento (CEE) n.º 1251/70, de 29 junio, relativo al derecho de los trabajadores a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo (DOCE L 142, de 30 junio); Directiva 64/221/CEE, de 25 febrero, sobre coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamientos y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas (DOCE L 56, de 4 abril); Directiva 68/360/CEE, de 15 octubre, sobre supresión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad (DOCE L 257, de 19 octubre); Directiva 72/194/CEE, de 18 mayo, por la que se amplía a los trabajadores que ejercen el derecho a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, el campo de aplicación de la Directiva 64/221/CEE, de 25 febrero (DOCE L 121, de 26 mayo); Directiva 73/148/CEE, de 21 mayo, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios (DOCE L 172, de 28 junio); y Directiva 75/34/CEE, de 17 diciembre 1974, sobre el derecho de los nacionales de un Estado miembro a permanecer en el territorio de otro Estado miembro después de haber ejercido una actividad por cuenta propia (DOCE L 14, de 20 enero 1975).

<sup>18</sup> Sin ir más lejos, «su propia denominación [inicial] es ya expresiva de su primordial finalidad económica: Comunidad «económica», «mercado común»» [cf. A. MONTÓYA MELGAR, «Armonización de políticas y derechos sociales», en A. MONTÓYA MELGAR, J.M<sup>º</sup>. GALIANA MORENO y A.V. SEMPÉRRE NAVARRO, *Instituciones de Derecho social europeo*, cit., pág. 14].

<sup>19</sup> Cfr. G. MOLINER TAMBORERO, «La libertad de circulación de trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia», *Revista de Treball*, núm. 18 (1992), pág. 28.

ma, no puede dejar de mencionarse –por cuanto resultaba imprescindible para la efectiva realización de la libre circulación de los trabajadores, *ex* artículo 51 TCEE [actual artículo 48 TFUE]– la regulación efectuada por el recientemente sustituido Reglamento (CEE) n° 1408/71, de 14 junio, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad; y con él, su norma de aplicación, el Reglamento (CEE) n° 574/72, de 21 marzo<sup>22</sup>.

Aun cuando sus antecedentes más remotos se encuentran en la formulación de ciertas propuestas –en el marco del proyecto de una Unión Europea que surge en la Cumbre de París de 1972<sup>23</sup>– encaminadas a hacer extensivo el derecho de libre circulación a todos los nacionales de los Estados miembros, las primeras fisuras en el plano normativo, relativas a la consideración de dicha libertad como un derecho de contenido no necesariamente económico y no circunscrito en exclusiva a los trabajadores o a las personas en busca de un empleo, llegaron casi veinte años más tarde. El primer punto de inflexión se produjo gracias a las tres siguientes normas: la Directiva 90/364/CEE, de 28 junio, relativa al derecho de residencia<sup>24</sup>; la Directiva 90/365/CEE, de 28 junio, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta

ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional<sup>25</sup>; y la Directiva 90/366/CEE, de 28 junio, relativa al derecho de residencia de los estudiantes<sup>26</sup> (posteriormente sustituida por la Directiva 93/96/CEE, de 29 octubre)<sup>27</sup>. La importancia de estas tres Directivas fue de tal calibre que incluso se ha llegado a afirmar que constituyeron «el único y modesto avance normativo real desde 1958»<sup>28</sup>. Ya entonces, la operatividad de ese derecho de residencia quedaba supeditada a que sus destinatarios declarasen o acreditaran contar con medios económicos suficientes, además de disponer de una adecuada cobertura sanitaria, para evitar que durante dicho período de residencia se convirtiesen en una carga para la asistencia social del Estado de acogida.

De todas formas, el salto cualitativo vino de la mano del Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992. Con el Tratado de Maastricht se añadió una nueva segunda parte al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, bajo la rúbrica «Ciudadanía de la Unión», plasmándose en el Derecho originario la consideración de que todo ciudadano que posea la nacionalidad de cualquiera de los Estados miembros es también ciudadano europeo. O dicho en sentido inverso, en palabras del artículo 18.1 TCE (actual artículo 20.1 TFUE): «será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro». Por la simple circunstancia de ostentar la nacionalidad de un Estado miembro, cualquier persona obtiene la condición de ciudadano de la Unión, aunque hay que recordar que la adquisición de este nuevo estatuto jurídico para quienes ostenten tal nacionalidad –y para

<sup>22</sup> Véase la versión refundida que de ambos textos ofrece el Reglamento (CE) n° 118/97, de 2 diciembre 1996 (DOCE L 28, de 30 enero). Y anteriormente, por el Reglamento n° 3, de 25 septiembre 1958 (DOCE 30, de 16 diciembre), y por el Reglamento n° 4, de 3 diciembre 1958 (*ibid.*), con los que «se inaugura... el ejercicio de las competencias normativas de la ahora Unión en desarrollo de la materia social» [cfr. J. GARATE CASTRO, *Transformaciones en las normas sociales de la Unión Europea*, cit., pág. 15].

<sup>23</sup> Acerca de todo ello, en profundidad, véase I. LIROLA DELGADO, *Libre circulación de personas y Unión Europea*, 1ª edición, Civitas (Madrid, 1994), págs. 70 a 76.

<sup>24</sup> DOCE L 180, de 13 julio.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> Cfr. A. MANGAS MARTÍN, «Libre circulación y residencia de los ciudadanos de la UE: una aproximación a las dificultades de la movilidad», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 204 (1999), pág. 15.

cuya consecución el Tribunal de Justicia ha venido desempeñando un papel imprescindible<sup>29</sup>— «opera en una sola dirección, pues es la nacionalidad del Estado miembro la que atribuye la ciudadanía europea, y no a la inversa»<sup>30</sup>. De hecho, los Estados continúan arrogándose la competencia sobre la determinación de los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad<sup>31</sup>, aunque, como es lógico, con ciertos límites<sup>32</sup>. Bajo estas premisas, los ciudadanos de la Unión serán beneficiarios de una serie de derechos civiles y políticos, de entre los cuales «el derecho a circular y residir

libremente en el territorio de los Estados miembros» (artículo 18.1 TCE)<sup>33</sup>—con independencia ya de motivaciones de carácter laboral o profesional— es el que mayor repercusión jurídica y práctica ha venido teniendo<sup>34</sup>.

Aunque indirectamente, el Tratado de Amsterdam también propició un paso adelante hacia la consecución de una verdadera libertad de circulación de personas, y en orden a la plena realización del artículo 14 TCE (actual artículo 26 TFUE), según el cual «el mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de... personas... estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado»<sup>35</sup>. Se trata de la «comunitarización» del acervo de Schengen, cuya razón de ser se dirigía precisamente a la creación de un espacio de libre circulación entre los Estados signatarios, mediante la eliminación de los controles a las personas en sus fronteras interiores y el reforzamiento de éstos en sus fronteras exteriores. Pues bien, esta transferencia al Derecho comunitario de las normas y acuerdos adoptados por los miembros del espacio Schengen se produjo en virtud de un

<sup>29</sup> Seguramente, porque «en este campo el Tribunal ha gozado de una mayor libertad de acción, al no existir en el mismo grandes intereses económicos ni presiones proteccionistas estatales» [cfr. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «La libre circulación de personas en el ámbito de la CEE», *Relaciones Laborales*, vol. 1986-II, pág. 11]. A este respecto, cfr. F. DURÁN LÓPEZ, *Libertad de circulación y de establecimiento en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CEE*, La Ley (Madrid, 1986), pág. 18, entrevistando ya entonces que «los desarrollos jurisprudenciales, sobre todo en materia de libre circulación de las personas, han ido progresivamente ampliando el «horizonte» de esa libre circulación, han permitido «conquistas» sustanciales y están en la base, muy probablemente, de los planteamientos de una «ciudadanía europea», con reconocimiento de derechos civiles y políticos y entre ellos, el derecho de libre desplazamiento por el territorio comunitario y de libre elección de residencia en el mismo».

<sup>30</sup> Cfr. D. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, «A vueltas con la ciudadanía europea y la jurisprudencia expansiva del Tribunal de Justicia», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 26 (2008), pág. 218.

<sup>31</sup> Véase J.M<sup>a</sup>. MIRANDA BOTO, *Las competencias de la Comunidad Europea en materia social*, Thomson-Aranzadi (Cizur Menor, 2009), pág. 382.

<sup>32</sup> En la STJCE de 7 julio 2002, asunto C-369/90 (*Micheletti y otros*), el Tribunal de Justicia consideró que «no corresponde... a la legislación de un Estado miembro limitar los efectos de la atribución de la nacionalidad de otro Estado miembro [el señor Micheletti tenía doble nacionalidad, argentina e italiana] exigiendo requisitos adicionales para reconocer dicha nacionalidad en orden al ejercicio de las libertades fundamentales previstas en el Tratado», ya que «admitir tal posibilidad supondría que el ámbito de aplicación personal de las normas comunitarias... podría variar de un Estado miembro a otro».

<sup>33</sup> El cual se complementaba, como ahora, con el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones europeas y municipales del lugar de residencia [artículo 8B TCE, actual artículo 22 TFUE], con el derecho a la protección diplomática y consular allí donde el Estado del que se es nacional no esté representado [artículo 8C TCE, actual artículo 23 TFUE] y con el derecho de petición ante el Parlamento Europeo y de recurso al Defensor del Pueblo [artículo 8D TCE, actual artículo 24 TFUE].

<sup>34</sup> Poniendo de relieve cómo la institución de la ciudadanía ha servido no sólo para confirmar la existencia de un nuevo estatuto jurídico para los nacionales de los Estados miembros, sino también para que se haya producido «la ampliación del ámbito de aplicación del Derecho comunitario en el terreno de la libre circulación de personas», cfr. D. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, «A vueltas con la ciudadanía europea y la jurisprudencia expansiva del Tribunal de Justicia», cit., pág. 214.

<sup>35</sup> Adviértase que este precepto fue introducido en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, por el artículo 13 del Acta Única Europea, firmada en Luxemburgo el 17 febrero 1986.



protocolo del Tratado de Amsterdam. La progresiva consecución de «un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia» iba a quedar consignada como uno de los objetivos de la Unión, según el artículo 2 TUE (actual artículo 3 TUE). Y en congruencia con ello, se introdujo un nuevo Título IV en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea<sup>36</sup>, donde se encomendaba al Consejo a adoptar –entre otras– «medidas destinadas a garantizar la libre circulación de personas de conformidad con el artículo 14 [TCE]»<sup>37</sup>, empezando por aquellas que asegurasen la «ausencia de controles sobre las personas en el cruce de las fronteras interiores, tanto de los ciudadanos de la Unión como de los nacionales de terceros países»<sup>38</sup>.

A partir de entonces, y hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el avance más importante en materia de libre circulación volvió a producirse en la esfera del Derecho derivado. Nos estamos refiriendo a la Directiva 2004/38/CE, de 29 abril, sobre el derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los

<sup>36</sup> Bajo la rúbrica «visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas» [actualmente, Título V de la Tercera Parte del Tratado de Funcionamiento, rotulado «espacio de libertad, seguridad y justicia»].

<sup>37</sup> Cfr. el apartado a) de su artículo 61 (actual artículo 67 TFUE).

<sup>38</sup> Cfr. su artículo 62.1 [actual artículo 77.1.a) TFUE]. Y así, «lo mismo que la libre circulación de trabajadores ha conducido a la libre circulación de personas, la creación de un espacio común de libertad de movimientos va a facilitar la circulación de quienes, procediendo de terceros países, acceden al territorio comunitario en condiciones legales o protegidas» [cfr. J. GARCÍA MURCIA, «La política comunitaria de inmigración en la Constitución Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 57 (2005), pág. 223].

Estados miembros, que modifica el Reglamento (CEE) n° 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<sup>39</sup>. Como su propio título sugiere, esta disposición viene a refundir en un único instrumento jurídico toda la dispersión normativa que hasta el momento existía en torno al derecho de libre circulación y residencia, considerado ya «el derecho más visible ligado a la ciudadanía de la Unión»<sup>40</sup>. Y lo hace asumiendo, en buena medida, algunos de los pronunciamientos jurisprudenciales más relevantes recaídos sobre el tema. Tal como se reconoce en sus Considerandos iniciales, la Directiva 2004/38/CE parte de la base de que la ciudadanía de la Unión confiere a todo ciudadano comunitario «un derecho primario e individual a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros»<sup>41</sup>, aunque –eso sí– con las limitaciones y condiciones previstas en el Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> Cit. *supra*, nota 21. La transposición de esta norma a nuestro ordenamiento jurídico se debe al Real Decreto 240/2007, de 16 febrero, relativo a la entrada, libre circulación y residencia en España de los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE de 28 febrero), que deroga el Real Decreto 178/2003, de 14 febrero.

<sup>40</sup> Véase el Tercer Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 5 abril 2006, sobre la aplicación de las Directivas 93/96/CE, 90/364/CEE y 90/365/CEE [COM/2006/0156 final].

<sup>41</sup> Cfr. apartado 1 de sus Considerandos iniciales.

<sup>42</sup> Limitaciones, a fin de cuentas, que «se basan en la idea de que el ejercicio del derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión puede estar subordinado a los intereses legítimos de los Estados miembros» [cfr. STJCE de 17 septiembre 2002 (asunto *Baumbast y R.*)], lo que no impide que dichas condiciones y limitaciones se apliquen «de conformidad con los principios generales de [la Unión]..., en particular, el principio de proporcionalidad» (*ibid.*).

### 3. CONTENIDO Y ALCANCE DE LA LIBRE CIRCULACIÓN TRAS EL TRATADO DE LISBOA

La paulatina transformación de un espacio europeo económico en un espacio asimismo «social» ha supuesto, como acaba de exponerse, que la libre circulación haya dejado de ser un principio exclusivamente económico para convertirse hoy en una libertad de más amplio calado, reservada a los ciudadanos de la Unión por su mera condición de nacionales de un Estado miembro<sup>43</sup> y no sólo por su cualidad de trabajadores. Tanto es así que incluso se produce una inversión en los términos que permite hablar, ya con propiedad, de un derecho de libre circulación de personas. Pero es que puede decirse más: teniendo en

---

<sup>43</sup> Y es que, «mientras Europa opera de este modo *ad intra* es otro el rostro con el que se manifiesta *ad extra*: los movimientos migratorios que tienen su origen en países no comunitarios... son tratados desde una perspectiva completamente diferente, justamente por medio del juego de la aplicación del principio de desigualdad de trato» [cfr. M.I. RAMOS QUINTANA, «Inmigración y globalización económica: ¿un lugar para el Derecho del Trabajo?», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 63 (2006), pág. 20]. Al respecto, es clave la STEDH de 7 agosto 1996 (*C. contra Belgica*), donde «el Tribunal estima que semejante trato preferencial [respecto de los nacionales de terceros países que residen en el territorio de la Unión] descansa en una justificación objetiva y razonable, desde el momento en que los Estados miembros de la Unión Europea forman un ordenamiento jurídico específico, habiendo instaurado por añadidura una ciudadanía propia», por lo que dicho trato desigual no puede considerarse discriminatorio. Cuestión distinta es que el Tratado de Funcionamiento prevea –dentro ya de la política común de inmigración– el establecimiento de «medidas que definan los derechos de los nacionales de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y residencia en los demás Estados miembros» (artículo 79 TFUE, antiguo artículo 63.3 y 4 TCE). Al respecto, véase la Directiva 2009/50/CE, de 25 mayo, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo (DOUE L 155, de 18 junio) y el artículo 45.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

cuenta que la prohibición de no discriminación por razón de la nacionalidad ha venido constituyendo, desde sus orígenes, el núcleo básico de la libre circulación de trabajadores, mientras que los derechos a desplazarse y residir en otro Estado miembro ostentaban un papel secundario –pero imprescindible, en cuanto que derechos instrumentales–, resulta que la referida inversión va más allá de lo puramente conceptual, desde el momento en que el derecho de desplazamiento y residencia, si referido a la ciudadanía de la Unión, se convierte «en el corazón del derecho [de libre circulación] y la prohibición de discriminación tiene un tratamiento independiente... aunque sea inconcebible sin ella»<sup>44</sup>.

Refuerza esta idea el tratamiento y la ubicación de esta libertad en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 diciembre 2000, a la que el nuevo artículo 6 TUE otorga ya –recuérdese– rango de Derecho originario. En efecto, la «libertad de circulación y de residencia», tal y como aparece rubricada en el artículo 45 de la citada Carta, puede localizarse en su Capítulo V, bajo el título «Ciudadanía», y en él se establece literalmente que «todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros». Tratándose como se trata del único precepto de la Carta de los Derechos Fundamentales donde se explicita el derecho de libre circulación, resulta aún más llamativa la parquedad, si no tibieza, con que aparece formulado el artículo 15, sobre «libertad profesional y derecho a trabajar», pues su apartado 2 se limita a disponer que «todo ciudadano de la Unión tiene la libertad de buscar un empleo, de trabajar, de establecerse o de prestar servicios en cualquier Estado miembro», sin que pueda encontrarse en él la más mínima alusión a la prohibi-

---

<sup>44</sup> El razonamiento y el entrecorillado son de J.M<sup>a</sup>. MIRANDA BOTO, *Las competencias de la Comunidad Europea en materia social*, cit., pág. 385.

ción de discriminación por razón de nacionalidad<sup>45</sup>.

Aun con todo lo que acaba de decirse, y por más que la libre circulación de trabajadores *stricto sensu* parezca quedar relegada o subsumida —en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea— frente a la más amplia libertad de circulación de ciudadanos, lo cierto es que, de entre todos ellos, resulta que el ciudadano-agente económico sigue conservando un protagonismo de primer orden y, por consiguiente, también la libre circulación de trabajadores<sup>46</sup>. Y buena prueba de ello es: 1) la sustantividad propia y el tratamiento independiente de este derecho en el Tratado de Funcionamiento, cuyo artículo 45 (antiguo artículo 39 TCE) se mantiene inalterado tras el Tratado de Lisboa; 2) la constatación, a la luz de la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia, de que «si hay una base jurídica concreta, ligada a una actividad económica..., en la que fundar el derecho de residencia, el Tribunal no menciona el derecho *político* de la ciudadanía»<sup>47</sup>; y 3) la evidencia de que el derecho de libre circulación y de residencia no es, por muy incómodo que resulte de reconocer, una libertad que puedan hacer valer todos y cada uno de los ciudadanos de la Unión. Todo esto aconseja

<sup>45</sup> De forma genérica, esta interdicción aparece contenida en el artículo 21.2 de la propia Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a cuyo tenor «se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados».

<sup>46</sup> Al fin y al cabo, «la libre circulación de trabajadores ha sido, es y seguirá siendo absolutamente fundamental en la constitución y desarrollo de las ‘comunidades europeas’ hasta el punto que, por su defensa, se han sacrificado normalmente otros valores de amplia trascendencia social» [cfr. L.E. DE LA VILLA GIL, «La promoción y defensa del principio de libre circulación en la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 12 (1998), pág. 223].

<sup>47</sup> Cfr. A. MANGAS MARTÍN, «Artículo 45. Libertad de circulación y de residencia», en A. MANGAS MARTÍN (Directora), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, cit., pág. 724.

que en las páginas siguientes se trate, por un lado, y con carácter general, la libre circulación de los ciudadanos europeos que se desplazan por el territorio de la Unión por motivaciones no económicas; y por otro, con carácter más particular, la libre circulación de trabajadores, en cuanto que ciudadanos de la Unión que se desplazan por razones de trabajo. Visto, además, que ni en uno ni en otro caso puede hablarse de un derecho absoluto, el último apartado de este epígrafe versará sobre las limitaciones que restringen su ejercicio.

### 3.1. El derecho de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión que se desplacen por motivos no económicos

Ya se ha dicho que el Tratado de Maastricht positivizó la idea de una ciudadanía europea, plasmándose en el Derecho originario la consideración de que toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro es también ciudadano de la Unión, tal y como se extrae del artículo 20.1 TFUE (antiguo artículo 17.1 TCE), con el importante matiz de que «la ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla»<sup>48</sup>. Como consecuencia de este nuevo estatuto jurídico para quienes ostentan la nacionalidad de un Estado miembro<sup>49</sup>, se reconoce a los ciudadanos europeos una serie de derechos que, como novedad, aparecen previamente enumerados en el artículo 20.2 TFUE. De

<sup>48</sup> La ciudadanía de la Unión «elimina, al menos de hecho y en buena medida de derecho, la categoría jurídica de *extranjero* referida a un nacional de un Estado miembro; en la vida diaria ha penetrado la noción de ciudadano *comunitario* para designar a quienes no siendo nacionales del Estado de residencia tampoco son extranjeros» (*ibid.*, pág. 726).

<sup>49</sup> Y que se hace extensivo a los suizos, en virtud del Acuerdo de 21 junio 1999, entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, sobre la libre circulación de personas (DO L 114, de 30 abril).

todos ellos, el que más trascendencia tiene –y el que a nosotros interesa– es precisamente el derecho de libre circulación y residencia. No obstante, conviene advertir que el ejercicio de éste y otros derechos asociados a la ciudadanía de la Unión cuenta con la protección añadida que resulta de la aplicación del principio de no discriminación por razón de nacionalidad (artículo 18 TFUE, antiguo artículo 12 TCE)<sup>50</sup>. Y esto es así, sobre todo teniendo en cuenta que, tras la nueva redacción dada por el Tratado de Lisboa, la Segunda Parte del Tratado de Funcionamiento –que es justamente donde se localizan los principales derechos asociados a la ciudadanía europea– aparece ahora con el título «no discriminación y ciudadanía de la Unión».

Bajo esta premisa, y aun cuando el derecho «de circular y residir libremente en el territorio de la Unión» ya esté mencionado de forma expresa en el artículo 20.2.a) TFUE, ha de advertirse que es el artículo 21 TFUE (antiguo artículo 18 TCE) el precepto que se ocupa monográficamente de él. Téngase en cuenta que con el Tratado de Lisboa ha desaparecido por completo la exclusión competencial consignada en el antiguo artículo 18.3 TCE, por la que le quedaba vedada al Consejo la posibilidad de adoptar disposiciones relacionadas, entre otras, con los pasaportes, los documentos de identidad, los permisos de residencia o

cualquier otro documento asimilado<sup>51</sup>. Pero la verdadera importancia de esta libertad estriba en la circunstancia de que está absolutamente desvinculada –desde su introducción en Maastricht– de la tradicional exigencia según la cual, para que el nacional de un Estado miembro pudiese desplazarse libremente por el territorio de la Unión, debía ser una persona económicamente activa. Las únicas restricciones a su ejercicio son las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones dictadas para su aplicación; algo sobre lo que insisten invariablemente sendos artículos 20 y 21 TFUE.

La principal disposición dictada en aplicación de los preceptos que precedieron a los vigentes artículos 20.2.a) y 21 TFUE es la Directiva 2004/38/CE, donde se designa como beneficiario del derecho de libre circulación y residencia «a cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia... que le acompañen o se reúnan con él»<sup>52</sup>. Siendo así, resulta que la libertad de circulación y residencia se concreta a su vez en dos derechos distintos, aunque estrechamente conectados entre sí: a) un derecho de salida y entrada<sup>53</sup>; y b) un derecho de resi-

<sup>50</sup> Así pues, los ciudadanos de la Unión Europea «pueden invocar el derecho... a circular y residir libremente en el territorio de un Estado miembro... sin ser objeto de discriminación directa o indirecta» [cfr. STJCE de 13 abril 2010, asunto C-73/08 (*Nicolas Bressol*)]. Sirviéndose de la doctrina consolidada del Tribunal de Justicia relativa a la prohibición de discriminación contra trabajadores, esta misma sentencia aclara –ya con carácter general– que «a menos que esté justificada objetivamente y sea proporcionada al objetivo perseguido, una disposición de Derecho nacional debe considerarse indirectamente discriminatoria cuando, por su propia naturaleza, pueda afectar más a los nacionales de otros Estados miembros que a los propios nacionales e implique por consiguiente el riesgo de perjudicar, en particular, a los primeros».

<sup>51</sup> Recuérdese que el Tratado de Niza había incorporado un nuevo apartado 3 al artículo 18 TCE, por el que se limitaban expresamente las competencias del Consejo sobre las mencionadas materias. De hecho, una de las novedades contenidas en la malograda Constitución Europea consistía precisamente en devolver las competencias a la Unión sobre estos ámbitos anteriormente excluidos en Niza (véase artículo III-9.2 del Proyecto de Constitución Europea).

<sup>52</sup> Véase su artículo 3.1. Por supuesto, si los miembros de la familia ostentan la nacionalidad de un Estado miembro y, por tanto, la condición de ciudadanos de la Unión, el derecho de libre circulación y residencia «les corresponde por derecho propio» [cfr. A. MANGAS MARTÍN, «Artículo 45. Libertad de circulación y de residencia», cit., pág. 727]. Delimitando qué personas tendrán la consideración de «miembro de la familia», véase el artículo 2 de la Directiva 2004/38/CE.

<sup>53</sup> Véase su Capítulo II.

dencia temporal y permanente<sup>54</sup>. En cuanto al primero de los dos, la Directiva impone un requisito mínimo y razonable, pues sólo exige que el ciudadano de la Unión esté «en posesión de un documento de identidad o pasaporte válidos»<sup>55</sup>, sin que se le pueda reclamar la aportación de un visado ni ninguna obligación equivalente<sup>56</sup>. Supuesto que sean nacionales de terceros países, los miembros de su familia únicamente tendrán que presentar un pasaporte válido para salir del territorio de un Estado miembro, aunque el de acogida podrá requerirles un visado de entrada «de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 539/2001 o, en su caso, con la legislación nacional»<sup>57</sup>. En todo caso, además, este últi-

<sup>54</sup> Véanse sus Capítulos III y IV, respectivamente.

<sup>55</sup> Cfr. sus artículos 4.1 y 5.1.

<sup>56</sup> En cualquier caso, no está de más advertir acerca del Protocolo núm. 20 TFUE, sobre la aplicación de determinados preceptos del Tratado de Funcionamiento al Reino Unido, y a cuya virtud dicho Estado se reserva el derecho a ejercer en sus fronteras los controles que pudiera considerar necesarios a los efectos de: a) verificar el derecho de entrada de ciudadanos de Estados miembros o de las personas a su cargo; y b) decidir si concede a otras personas el permiso de entrar en su territorio, quedando constancia expresa de que «nada [de lo dispuesto en el Tratado de Funcionamiento]... o en el Tratado de la Unión Europea o en cualquier medida adoptada en virtud de los mismos menoscabará el derecho del Reino Unido a adoptar o a ejercer dichos controles» (cfr. su artículo 1).

<sup>57</sup> Cfr. su artículo 5.2. Repárese en que el precepto se refiere al Reglamento (CE) n.º 539/2001, de 15 marzo, por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación (DOCE L 81, de 21 marzo). De todas formas, como ha tenido ocasión de advertir la STJCE de 31 enero 2006, asunto C-503/03 (*Comisión contra España*), en cuanto miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, los nacionales de Estados terceros tienen «derecho... de obtener un visado [de entrada]». De hecho, precisamente «esto los distingue de otros nacionales de países terceros, que no tienen tal derecho», según precisa el apartado 2.2.1 de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 2 julio 2009, titulada *Orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38/CE, relativa al derecho de los ciu-*

mo país puede exigir al interesado que notifique su presencia en él, dentro de «un plazo razonable y no discriminatorio»<sup>58</sup>.

La sola presentación de los documentos a que acaba de hacerse referencia es suficiente para que el ciudadano de la Unión, junto con los miembros de su familia, pueda disfrutar de un derecho de estancia de hasta tres meses en cualquier Estado miembro. Pero una vez transcurrido dicho período máximo de tres meses, siempre según lo dispuesto por la Directiva 2004/38/CE, el derecho de residencia en el referido país, si no ejerce en él una actividad retribuida, va a estar condicionado a la concurrencia de dos requisitos adicionales, cual es la prueba o declaración, en su caso, de que el ciudadano en cuestión dispone «para sí y para los miembros de su familia, de recursos suficientes... así como de un recurso de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado de acogida»<sup>59</sup>. Y todo ello, con el abierto propósito de impedir que durante su período de residencia pueda convertirse en una carga para la asistencia social del país de acogida<sup>60</sup>. Seguramente porque el nivel de vida en cada uno de los Estados miembros es de lo más dispar, la Directiva no especifica qué debe entenderse por «recursos suficien-

*dadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros [COM(2009) 313 final].*

<sup>58</sup> Cfr. su artículo 5.5.

<sup>59</sup> Cfr. su artículo 7.

<sup>60</sup> Véase su artículo 7.1.b). Nada dice su artículo 14 acerca de qué debe entenderse por una «carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro», limitándose a precisar –con carácter de mínimos– que el simple recurso a dicha asistencia «no tendrá por consecuencia automática una medida de expulsión», con lo que su interpretación parece quedar en manos de la libre discrecionalidad del Estado de acogida. Lo corrobora la STJCE de 7 septiembre 2004, asunto C-456/02 (*Trojani*), al afirmar que el Estado en cuestión «está plenamente facultado para considerar que un nacional de otro Estado miembro que ha recurrido a la asistencia social ya no cumple los requisitos a los que se halla sujeto su derecho de residencia». En este sentido, véase también la STJCE de 21 septiembre 1999, asunto C-378/97 (*Wijzenbeek*).

tes». Pero sí está previsto que el importe que fije cada uno de dichos países en ningún caso pueda ser superior al nivel de recursos mínimos que en ellos se tenga en cuenta para que sus nacionales puedan acceder a la asistencia social o –de no aplicarse tal criterio– al establecido para causar derecho a la pensión mínima de seguridad social<sup>61</sup>.

Todo ciudadano de la Unión que haya residido legalmente en el Estado miembro de acogida durante un período continuado de cinco años gozará de un derecho de residencia permanente en él, sin que pueda vincularse la adquisición de tal beneficio «a las condiciones previstas en el capítulo III [de la Directiva 2004/38/CE]»<sup>62</sup>. Quiere ello decir que esta prerrogativa únicamente está condicionada a la residencia legal e ininterrumpida en el Estado de acogida, con lo que dicho país no podrá oponer, para su denegación, la eventual insuficiencia de recursos económicos o la falta de un seguro de enfermedad<sup>63</sup>. El derecho a la residencia permanente, que se extiende a los familiares nacionales de terceros países que a su vez hayan convivido con el ciudadano en cuestión durante el mismo período continuado de tiempo, sólo se perderá «por ausencia del Estado miembro de acogida

durante más de dos años consecutivos»<sup>64</sup>. Por lo demás, repárese en que el requisito relativo a la continuidad de la residencia no se considerará afectado por ausencias no superiores a un total de seis meses, ni por ausencias no superiores a doce meses, cuando tales ausencias estén justificadas en «motivos importantes»<sup>65</sup>, como pueden ser el embarazo y el parto, una enfermedad grave o razones de formación académica o profesional.

### 3.2. El derecho de libre circulación de los ciudadanos de la Unión que se desplacen por motivos de trabajo

#### 3.2.1. Sobre la noción de «trabajador» en el Derecho de la Unión

El Tratado de Funcionamiento mantiene la tradicional dicotomía entre las libertades reconocidas a los nacionales de los Estados miembros que se desplazan por motivos económicos. Por un lado, se contempla en él una libertad de carácter social: la libre circulación de trabajadores, para las personas que prestan sus servicios por cuenta ajena (artículos 45 a 48 TFUE, artículos 39 a 42 TCE). Y por otro, dos libertades de índole económica o empresarial que cuentan asimismo con una vertiente social: la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento, dirigidas tanto a las personas que prestan sus servicios por cuenta propia, como a las personas jurídicas (artículos 49 a 62 TFUE, antiguos artículos 43 a 55 TCE). Siendo esto así, no resulta sencillo precisar hasta qué punto los trabajadores por cuenta propia y, más en concreto, las reglas relativas a su actividad remunerada forman parte o no de la Política Social de la Unión, «por cuanto desbordan la concepción clásica y personalista que de ella se ha tenido»<sup>66</sup>, pero

<sup>61</sup> Véase su artículo 4.8. Lo importante es que el interesado pueda probar que dispone de recursos bastantes y, en resumidas cuentas, que no se va a convertir en una carga para el Estado miembro de acogida, siendo irrelevante que tales recursos económicos sean propios o de un miembro de su familia [STJCE de 19 octubre 2004, asunto C-200/2002 (*Zhu y Chen*)], incluso aun cuando no medie vínculo jurídico alguno entre aquél y la persona que le vaya a proporcionar la preceptiva cobertura económica [STJCE de 23 marzo 2006, asunto C-408/03 (*Comisión contra Bélgica*)].

<sup>62</sup> Cfr. el inciso segundo de su artículo 16.1.

<sup>63</sup> Según se afirma en el apartado 2.3.2 de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 2 julio 2009 (cit. *supra*, nota 57), «cualquier seguro privado o público, contratado en el Estado miembro de acogida o en otra parte, es en principio aceptable, siempre que proporcione una cobertura completa y no suponga una carga para las finanzas públicas del Estado miembro de acogida».

<sup>64</sup> Cfr. su artículo 16.4.

<sup>65</sup> Cfr. su artículo 16.3.

<sup>66</sup> Cfr. J.M<sup>º</sup>. MIRANDA BOTO, *Las competencias de la Comunidad Europea en materia social*, cit., pág. 170.

es un hecho innegable que existe una identificación casi plena con los trabajadores asalariados, a efectos precisamente del reconocimiento de derechos de carácter social, junto con los cuales aquéllos gozan –en cuanto que agentes económicos– de un estatus más privilegiado, frente al resto de ciudadanos de la Unión. Prueba de ello, como luego se verá, es la consideración conjunta que de ellos hace la Directiva 2004/38/CE, a la hora de atribuirles ciertas prerrogativas adicionales.

Pese a los continuos reclamos del Tribunal de Justicia sobre este particular<sup>67</sup>, lo cierto es que la noción de «trabajador» o la de «trabajador por cuenta ajena» continúa sin estar definida en el Tratado de Funcionamiento; cosa, por cierto, que tampoco se ha producido en el ámbito del Derecho derivado o, no al menos, en las normas que a día de hoy desarrollan el principio de la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión: el Reglamento (CEE) n.º 1612/68<sup>68</sup>, la Directiva 2004/38/CE y la Directiva 2005/36/CE<sup>69</sup>. De todas formas, y como consecuencia de la incansable labor interpretativa del propio Tribunal de Justicia, se viene atribuyendo dicha consideración a «cualquier persona que i) realiza un trabajo genuino y efectivo ii) bajo la dirección de otra persona iii) por el que se le paga»<sup>70</sup>, con inde-

pendencia de la modalidad contractual o de que la actividad laboral se preste en un número inferior de horas a la jornada ordinaria<sup>71</sup>, y al margen incluso de que la retribución no alcance el salario mínimo fijado en el Estado miembro de acogida<sup>72</sup>. Lo importante es que las normas que consagran esta libertad fundamental y, señaladamente, los conceptos de «trabajador» y de «actividad por cuenta ajena» –que son los que definen su campo de aplicación– «deben... interpretarse ampliamente, mientras que las excepciones y los casos de inaplicación del principio de libre circulación de los trabajadores deben interpretarse, por el contrario, con criterio restringido»<sup>73</sup>.

---

(cit. *supra*, nota 11), y también –precisando el alcance de cada una de sus notas definitorias– en el apartado 1.1 de su reciente Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, del 13 julio 2010 (cit. *supra*, nota 3). Véase STJCE de 23 marzo 2004, asunto C-138/02 (*Francis Collins*), según la cual «la característica de la relación laboral radica en la circunstancia de que una persona realice, durante un cierto tiempo, a favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución».

<sup>71</sup> En la STJCE de 13 julio 1989, asunto 171/88 (*Rinner-Kühn*), se concluyó la oposición al ordenamiento comunitario de cierta disposición alemana que permitía a los empresarios mantener una diferencia de retribución global entre dos categorías de trabajadores: quienes trabajaban un número mínimo de horas por semana o mes y aquellos otros que, prestando la misma actividad, no cumplían dicho mínimo.

<sup>72</sup> Ya la STJCE de 3 junio 1986, asunto 139/85 (*Kempf*), consideró que no podía excluirse de los beneficios de la libre circulación «a una persona que ejerza una actividad por cuenta ajena real y efectiva a tiempo parcial por el simple hecho de que se trate de completar la remuneración percibida por dicha actividad, inferior al mínimo necesario de subsistencia, con otros medios lícitos de vida».

<sup>73</sup> *Ibid.* Acerca de la noción amplia de trabajador que ha venido manejando el Tribunal de Justicia, tanto desde una perspectiva laboral como de seguridad social, véase C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, «El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho español y comunitario», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 37 (2002), págs. 55 y ss.

---

<sup>67</sup> Véase J.M<sup>a</sup>. MIRANDA BOTO, «Breves notas sobre la posición de los trabajadores por cuenta propia frente al Derecho social comunitario», en *Actas XII Jornadas Luso-Hispano-Brasileñas de Derecho del Trabajo*, Netbiblo (A Coruña, 2007), pág. 118.

<sup>68</sup> Adviértase que se han iniciado los trámites para la codificación de dicho Reglamento y de sus actos modificativos, como lo prueba la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, de 5 mayo 2010 [COM(2010)204 final]. De todas formas, en su Exposición de Motivos se aclara que la mencionada propuesta «respetará en su totalidad el contenido de los textos codificados y se limitará... a reagruparlos realizando en ellos únicamente las modificaciones formales que la propia operación de codificación requiere» (cfr. su apartado 4).

<sup>69</sup> DOUE L 255, de 30 septiembre.

<sup>70</sup> Así aparece definida en el apartado 2.1 de la Comunicación de la Comisión de 11 diciembre 2002

Así las cosas, no extraña que el Tratado de Funcionamiento tampoco recoja hoy un concepto de «trabajador por cuenta propia». No lo hace su artículo 49 (antiguo artículo 43 TCE), donde ya se avanza que «la libertad de establecimiento comprenderá el acceso a actividades no asalariadas», ni su artículo 56 (antiguo artículo 50 TCE); si bien es cierto que este último precepto al menos contiene una aproximación al trabajo autónomo, por oposición a la actividad asalariada. Más en concreto, designa como «servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas», entre las que incluye expresamente las actividades artesanales y las actividades propias de las profesiones liberales. Por lo demás, y aunque sobre este tema nos detendremos en el último epígrafe, no está de más llamar la atención aquí acerca de una curiosidad que ha traído consigo el Tratado de Lisboa: la única mención expresa en el Tratado de Funcionamiento a los «trabajadores... por cuenta propia» se encuentra ahora, paradójicamente, en su artículo 48; precepto éste, como se sabe, que tradicionalmente ha estado –y sigue estando– ubicado en el Capítulo dedicado a la libre circulación de trabajadores por cuenta ajena.

### 3.2.2. *El contenido esencial de la libre circulación de trabajadores*

Sobre la base de cuanto acaba de decirse, y en lo que al trabajador por cuenta ajena incumbe, el contenido de la libre circulación se encuentra regulado en el actual artículo 45 TFUE. Este precepto, al igual que el resto de los que integran el Capítulo I del Título IV de la Tercera Parte del Tratado de Funcionamiento, se aplica a los trabajadores «migrantes», es decir, a quienes: 1) trabajen en un Estado miembro distinto de su país de origen; 2) trabajen en su país de origen pero residan en otro Estado miembro (transfronterizos); ó

3) regresen a su país de origen tras haber ejercido el derecho a la libre circulación<sup>74</sup>. Bajo esta premisa, el apartado 2 de dicho artículo 45 consigna el núcleo esencial de esta libertad, que se sintetiza en la prohibición de toda forma de «discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo». Al igual que viene ocurriendo a propósito de la pugna legal frente a otras causas de discriminación –señaladamente, las que estén fundadas en el sexo de la persona trabajadora– y aunque el artículo 45.2 ya mencione con carácter general las «condiciones de trabajo», téngase en cuenta que si se hace especial hincapié en las posibles desigualdades retributivas, ello sólo puede deberse a que se trata de una materia particularmente sensible frente a los tratamientos discriminatorios<sup>75</sup>.

De todas formas, la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad, como punto neurálgico del derecho de los trabajadores nacionales de los Estados miembros a circular y emplearse libremente por el Espacio Económico Europeo, no agota su contenido en los aspectos genéricamente enumerados por el actual artículo 45.2 TFUE. El desarrollo normativo de este precepto se encuentra en la Primera Parte del Reglamento (CEE) n.º 1612/68. Y de lo dispuesto en él puede extraerse que la antedicha prohibición se traduce,

<sup>74</sup> Con todo, téngase en cuenta que el ámbito de aplicación de dicho artículo 45 TFUE se extiende a los miembros de la familia del trabajador, a las personas que busquen un empleo y a quienes mantengan la condición de trabajador, una vez haya finalizada su relación laboral, por alguna de las causas previstas en el artículo 7.3 de la Directiva 2004/38/CE. Sobre todo ello, véanse los apartados 1.2 y 2 de la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 13 julio 2010 (cit. *supra*, nota 3).

<sup>75</sup> Véase I. BALLESTER PASTOR y M. MIÑARRO YANINI, «El derecho a la libre circulación de trabajadores en la Constitución Europea», *Revista de Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 57 (2005), pág. 249.



entre otros, en un derecho de los trabajadores migrantes: 1) a beneficiarse de las mismas prioridades que los nacionales del Estado miembro de acogida en el acceso a los empleos disponibles<sup>76</sup>, sin que resulten de aplicación las disposiciones legales o administrativas ni las prácticas estatales que tengan por finalidad o efecto eliminar a los nacionales de otros Estados miembros de la oferta de empleo<sup>77</sup>; 2) a ser tratados exactamente de la misma forma que los trabajadores nacionales en el ejercicio de su prestación laboral, es decir, en lo que se refiere «a las condiciones de empleo y trabajo, especialmente en materia de retribución, de despido y de reintegración profesional o de nuevo empleo, si hubiera[n] quedado en situación de desempleo»<sup>78</sup>; 3) a la igualdad de trato en cuanto a la afiliación a organizaciones sindicales y al ejercicio de los derechos sindicales<sup>79</sup>; 4) a beneficiarse de las mismas ventajas fiscales y sociales que las concedidas a los trabajadores nacionales<sup>80</sup>, incluidas las ventajas en materia de alojamiento<sup>81</sup>; y 5) a la reagrupación familiar (con independencia de la nacionalidad de los miembros de la familia que estén a su cargo)<sup>82</sup>, así como a la educación de sus hijos, en las mismas condiciones que los nacionales del Estado miembro de acogida<sup>83</sup>.

Ni el artículo 45 TFUE ni el Reglamento (CEE) n° 1612/68 establecen categorización alguna sobre los tipos de discriminación por motivo de la nacionalidad sobre el trabajador que pretenda hacer valer su derecho de libre circulación, cosa que sí ocurre a propósito de

las discriminaciones por razón de sexo<sup>84</sup>. Con todo, lo lógico es que esta prohibición entre en juego tanto si se trata de discriminaciones directas como indirectas. Esto mismo lo ha venido reiterando el Tribunal de Justicia, cuya doctrina sobre este concreto aspecto aparece sintetizada en el asunto *O'Flynn*<sup>85</sup>. En dicha resolución se advierte que la norma de igualdad de trato contemplada en el artículo 45.2 y en el citado Reglamento «prohíbe no sólo las discriminaciones manifiestas, basadas en la nacionalidad, sino también cualquier forma de discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzca de hecho al mismo resultado»<sup>86</sup>. Tanto es así, según esta misma doctrina, que «deben considerarse indirectamente discriminatorios los requisitos de Derecho nacional que, aunque se apliquen con independencia de la nacionalidad, afecten fundamentalmente... o en su mayor parte a los trabajadores migrantes... así como los requisitos indistintamente aplicables que puedan ser cumplidos más fácilmente por los trabajadores nacionales que por los trabajadores migrantes... o incluso aquellos requisitos que puedan perjudicar particularmente a los trabajadores migrantes»<sup>87</sup>.

### 3.2.3. *El contenido instrumental de la libre circulación de trabajadores*

Delimitado así el núcleo esencial de la libre circulación de trabajadores, el apartado 3 del artículo 45 TFUE enumera una serie de derechos accesorios o «instrumentales»<sup>88</sup>, inseparables del derecho a trabajar en otro Estado miembro e imprescindibles, en resu-

<sup>76</sup> Véase su artículo 1.2.

<sup>77</sup> Véase su artículo 3.1.

<sup>78</sup> Véase su artículo 7.1.

<sup>79</sup> Véase su artículo 8.

<sup>80</sup> Véase su artículo 7.2.

<sup>81</sup> Véase su artículo 9. Como también incluye toda «prestación de naturaleza financiera destinada a facilitar el acceso al empleo en el mercado laboral de un Estado miembro» [cfr. STJCE de 4 junio 2009, asuntos acumulados C-22/08 y C-23/08 (*Vatsouras y otros*)].

<sup>82</sup> Véase su artículo 10.

<sup>83</sup> Véase su artículo 12.

<sup>84</sup> Véase artículo 2.1 de la Directiva 2006/54/CE, de 5 julio 2006 (DOUE L 204, de 26 julio).

<sup>85</sup> STJCE de 23 mayo 1996, asunto C-237/94.

<sup>86</sup> Cfr. su párrafo 17.

<sup>87</sup> Cfr. su párrafo 18.

<sup>88</sup> En la expresión que utiliza F. DURÁN LÓPEZ, *Libertad de circulación y de establecimiento en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CEE*, cit., pág. 25.

midas cuentas, para hacer efectiva esta libertad fundamental. A tenor de lo dispuesto en él, «la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho: a) de responder a ofertas efectivas de trabajo; b) de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros; c) de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo; d) de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo en las condiciones previstas en los reglamentos establecidos por la Comisión».

Para la efectiva realización del primero de ellos, el derecho de los nacionales de los Estados miembros de responder a ofertas efectivas de trabajo, resultaba preciso que el Parlamento Europeo y el Consejo adoptasen «medidas necesarias a fin de hacer efectiva la libre circulación», tal y como impone el vigente artículo 46 TFUE (antiguo artículo 40 TCE); entre otras, la eliminación de los procedimientos y prácticas administrativas que supongan un obstáculo para la liberalización de los movimientos de los trabajadores y, muy especialmente, la articulación de «mecanismos adecuados para poner en relación las ofertas y las demandas de empleo»<sup>89</sup>. En congruencia con esto último, el Reglamento (CEE) n° 1612/68 dedica su Segunda Parte al establecimiento de instrumentos de colaboración entre los servicios públicos de empleo de los Estados miembros, que están llamados a cooperar entre sí, y con la Comisión, para «conseguir una acción común en el campo de la compensación de las ofertas y demandas de empleo... y la colocación de trabajadores»<sup>90</sup>. Y a fin de aplicar lo dispuesto en dicha Segunda Parte, se creó, mediante Decisión (CEE) n° 569/93, de 22 octubre, el sistema EURES

(*European Employment Services*), como instrumento clave para facilitar la movilidad dentro del mercado de trabajo europeo al servicio de aquellos trabajadores y empresarios que pretendan beneficiarse del derecho de libre circulación en el territorio de la Unión. Esta norma, posteriormente sustituida por la Decisión 2003/8/CE, de 23 diciembre 2002<sup>91</sup>, ha hecho posible hoy la conexión en red entre los servicios públicos de empleo de los Estados integrantes del Espacio Económico Europeo y Suiza.

La libre circulación de trabajadores también implica, en segundo lugar, el derecho de los trabajadores a desplazarse por el territorio de la Unión para responder a dichas ofertas de trabajo, según prevé el artículo 45.3.b) TFUE. Conviene dejar sentado que mucho antes de constituir un derecho inherente a la ciudadanía europea ya era una prerrogativa reconocida a los trabajadores migrantes comunitarios. Lo que ocurre, recuérdese, es que la dispersa normativa existente hasta la fecha fue codificada y refundida en la Directiva 2004/38/CE, ampliándose ese derecho al conjunto de los ciudadanos de la Unión. Pues bien, sobre la base de que en su Capítulo II se establecen las condiciones para el ejercicio del derecho de entrada y salida de estos últimos, todo trabajador nacional de un Estado miembro (siendo ya absolutamente irrelevante el carácter asalariado o no de su prestación) que esté en posesión de un documento de identidad o pasaporte válidos «tendrá derecho a salir del territorio de un Estado miembro para trasladarse a otro»<sup>92</sup>, sin que se le pueda imponer un visado de salida o de entrada, ni ninguna obligación equivalente<sup>93</sup>.

Sería impensable, en tercer lugar, que la libre circulación de trabajadores no llevase aparejado un derecho de residencia, como

<sup>89</sup> Cfr. artículo 46.d) TFUE [antiguo artículo 40.d) TCE]. Tarea, lógicamente, de la que se ocupan ciertos órganos especializados. Al respecto, véase J. GARATE CASTRO, *Transformaciones en las normas sociales de la Unión Europea*, cit., págs. 18 a 20.

<sup>90</sup> Cfr. el párrafo segundo de su artículo 13.1.

<sup>91</sup> DOCE L núm. 5, de 10 enero.

<sup>92</sup> Cfr. su artículo 4.1.

<sup>93</sup> Véase *supra*, nota 56, en relación con el Protocolo núm. 20 TFUE.

reconoce el artículo 45.3.c) TFUE, y más si se tiene en cuenta que se trata de una facultad que los Tratados extienden ya al conjunto de los ciudadanos de la Unión. Ello explica que la regulación del derecho de residencia de los trabajadores sea prácticamente coincidente con la del resto de ciudadanos europeos, aunque –eso sí– con ciertos matices que confirman el estatus privilegiado de los primeros. En la Directiva 2004/38/CE se justifica esta especial deferencia, al afirmar que «conviene mantener ciertas ventajas propias de los ciudadanos de la Unión... que ejercen una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia... ya que constituyen derechos adquiridos»<sup>94</sup>. Y una de esas ventajas es que a los trabajadores, por cuenta ajena o por cuenta propia, se les aplica una presunción *iuris et de iure* de que –por su mera condición de tales– gozan de una suficiencia económica que les exime de la obligación de acreditar que disponen de un seguro de enfermedad y de recursos bastantes<sup>95</sup>, a los efectos de beneficiarse de un derecho de residencia por más de tres meses. Y esto significa que «en ningún caso se podrá adoptar una medida de expulsión contra [ellos]»<sup>96</sup>, salvo «por razones de orden público o seguridad pública»<sup>97</sup>. Encuadrado dentro del concepto de trabajador por cuenta ajena todo aquel que realice su actividad asalariada bajo la dirección de otra persona, en los términos antes descritos, esto también significa que el trabajador en cuestión podrá ejercitar este derecho incluso aun cuando su remuneración no alcance el salario mínimo o

la prestación social mínima fijada en el Estado de acogida<sup>98</sup>.

Otra de las ventajas que confiere la Directiva 2004/38/CE enlaza directamente con el cuarto y último derecho contemplado por el artículo 45.3 TFUE: la posibilidad de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo. Nos estamos refiriendo al artículo 17 de la mencionada Directiva, en el que se refunden y actualizan las disposiciones del viejo Reglamento (CEE) n° 1251/70, de 29 junio<sup>99</sup>, y de la Directiva 75/34/CEE, de 17 diciembre. Y es que en virtud de dicho precepto todo trabajador (asalariado o no) que cese su actividad en el Estado miembro de acogida tendrá derecho a la residencia permanente antes de que finalice el período de residencia de cinco años que se exige con carácter general a los ciudadanos de la Unión, siempre que: a) tras haber residido en dicho Estado durante más de tres años continuados, haya alcanzado la edad prevista por la legislación de dicho Estado para causar derecho a una pensión de jubilación o –de tratarse de un trabajador por cuenta propia– deje de ocupar su actividad remunerada con motivo de una jubilación anticipada<sup>100</sup>; b) habiendo residido ininterrumpidamente allí durante más de dos años, el motivo de su cese venga impuesto como consecuencia de la declaración de una incapacidad permanente<sup>101</sup>; o c) después de haber trabajado y

<sup>94</sup> Véase el apartado 19 de sus Considerandos iniciales.

<sup>95</sup> Véase su artículo 7.1.a), en relación con su artículo 7.3, según el cual, aquél mantendrá la consideración de trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, a estos concretos efectos: a) si sufre una incapacidad temporal; b) si, habiendo quedado en paro involuntario, está inscrito en el correspondiente servicio público de empleo; o c) si está siguiendo una formación relacionada con su empleo anterior.

<sup>96</sup> Cfr. su artículo 14.4.

<sup>97</sup> Así lo matiza el apartado 16 *in fine* de sus Considerandos iniciales.

<sup>98</sup> Repárese, además, en que los miembros de la familia del ciudadano de la Unión (trabajador o no) que se beneficien del derecho de residencia temporal o permanente tendrán derecho a su vez –y con independencia de su nacionalidad– a trabajar por cuenta ajena o por cuenta propia en el Estado miembro de acogida, según se desprende del artículo 23 de la misma Directiva.

<sup>99</sup> Precizando cómo, aunque formalmente la Directiva 2004/38/CE no deroga el citado Reglamento, sí «lo hace de «facto»», cfr. J. GARATE CASTRO, *Transformaciones en las normas sociales de la Unión Europea*, cit., pág. 21.

<sup>100</sup> Véase su apartado 1.a).

<sup>101</sup> Véase su apartado 1.b). Incluso puede no exigirse período mínimo de residencia alguno, si la incapacidad deriva de accidente de trabajo o de enfermedad profesional, según este mismo apartado.

residido en el Estado miembro en cuestión durante al menos tres años consecutivos, continúe viviendo en él mientras presta sus servicios en otro Estado miembro, como trabajador transfronterizo<sup>102</sup>.

### 3.3. Limitaciones al derecho de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión

Aun con todo cuanto se ha dicho, conviene advertir que la libre circulación de personas no es –y tampoco tiene visos de serlo en un futuro próximo, desde el momento en que puede entrar en colisión con los intereses económicos y no económicos de los Estados miembros– una libertad absoluta, un derecho público e individual del que puedan beneficiarse todos y cada uno de los ciudadanos de la Unión por el simple hecho de ostentar la nacionalidad de un Estado miembro. Ciertos límites y condicionantes continúan impidiendo tal consideración y, de alguna forma, también el trasfondo económico que esta libertad sigue arrastrando. Es sintomática a este respecto la precavida insistencia, casi defensiva, con que se continúa estableciendo que el derecho de libre circulación y residencia «se ejercerá en las condiciones y dentro de los límites definidos por los Tratados» (artículos 20 y 21 TFUE).

Por su parte, el artículo 45.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea eleva a la categoría de derecho fundamental la libre circulación de personas. Y lo hace –al menos en apariencia– sin restric-

ción alguna, puesto que no contiene la más mínima alusión a las posibles limitaciones que puedan constreñir esta libertad. Claro que esto resulta no ser del todo cierto, habida cuenta de que dicho precepto –al igual que el resto de los que conforman su articulado– debe interpretarse a la luz de las aclaraciones que se contienen en el texto titulado «Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales»<sup>103</sup>. Pues bien, en virtud de la Explicación que se ofrece a propósito del citado artículo 45, se constata que «el derecho garantizado en el primer apartado es el que garantiza el artículo 18 del Tratado CE [actual artículo 21 TFUE]». Por eso mismo, y de conformidad con lo dispuesto a su vez por el artículo 52.2 de la propia Carta, no extraña que en la referida Explicación se advierta acerca del hecho de que el artículo 45.1 también «se aplicará en las condiciones y dentro de los límites determinados por el Tratado [de Funcionamiento]»<sup>104</sup>. Visto, sin embargo, que los artículos 20 y 21 TFUE y el artículo 45 de la Carta de los Derechos Fundamentales no explicitan límite alguno a la libertad de circulación y de residencia, parece lógico que éstos sean, como mínimo<sup>105</sup>, los mismos que

<sup>103</sup> En la versión que se publica en DOUE C 303, de 14 diciembre 2007. De todas formas, tal y como se reconoce en la Introducción de dichas «Explicaciones», éstas «no tienen por sí mismas valor jurídico» (cfr. su párrafo Único), aunque «constituyen un valioso instrumento de interpretación con objeto de aclarar las disposiciones de la Carta» (*ibid.*). Desde luego, «son algo más que una guía práctica en la aplicación judicial para desentrañar cada sencillo precepto de la Carta» [cfr. A. MANGAS MARTÍN, «El compromiso con los derechos fundamentales», cit., pág. 69].

<sup>104</sup> Véase su párrafo primero. Por eso mismo, M<sup>a</sup>.A. BALLESTER PASTOR, «Los derechos sociales en la Carta Comunitaria de derechos fundamentales y en el Tratado de Lisboa», *Actualidad Laboral*, vol. 2009-II, pág. 1755, afirma que existe un reconocimiento rotundo de los derechos fundamentales tan sólo en apariencia, desde el momento en que éste «queda matizad[o] por dos factores de contención: las explicaciones de la Carta y sus cláusulas horizontales».

<sup>105</sup> No puede ignorarse la jurisprudencia según la cual «las medidas nacionales que puedan obstaculizar o

<sup>102</sup> Véase su apartado 1.c). Sobre todas estas ventajas se ha pronunciado la Comisión en su Informe al Parlamento Europeo y al Consejo, de 10 diciembre 2008 (cit. *supra*, nota 3), afirmando que «la conservación del estatuto de trabajador no sólo repercute en el derecho de residencia, sino que también confiere una protección adicional contra la expulsión, la posibilidad de adquirir el derecho de residencia permanente en condiciones favorables y un derecho ilimitado de igualdad de trato» (cfr. su apartado 3.4.1).

establece el artículo 45 TFUE respecto de la libre circulación de trabajadores; esto es, aquellos que vengan justificados «por razones de orden público, seguridad y salud públicas».

Las limitaciones del derecho de entrada y del derecho de residencia por razones de orden público, seguridad o salud pública están cumplidamente desarrolladas en el Capítulo VI de la Directiva 2004/38/CE<sup>106</sup>. Según se extrae de su articulado, cualquier Estado miembro podrá denegar la entrada o expulsar de su territorio a un ciudadano de la Unión (trabajador o no) o a un miembro de su familia cuando concurra alguna de las aludidas razones<sup>107</sup>, sin que en ningún caso la decisión de que se trate pueda estar fundada en motivos económicos<sup>108</sup>. Por una parte, la medida deberá fundarse «exclusivamente en la conducta personal del interesado»<sup>109</sup>, y ésta

---

hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado únicamente pueden justificarse si reúnen cuatro requisitos: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo» [cfr. STJCE de 1 febrero 2001, asunto C-108/96 (*Dennis Mac Quen y otros*)].

<sup>106</sup> Que sustituye en esta materia a la Directiva 64/221/CEE, de 25 febrero, sobre coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de circulación y residencia por razones de orden público, seguridad pública o salud pública (DOCE L 56, de 4 abril).

<sup>107</sup> Los Estados miembros «son libres para determinar los requisitos de orden público y seguridad pública de conformidad con sus necesidades, que pueden variar de un Estado miembro a otro y de un período a otro», como se indica en el apartado 3.1 de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 2 julio 2009 (cit. *supra*, nota 57). Según ésta, «se interpreta que la seguridad pública cubre tanto la seguridad interna como externa en el sentido de proteger la integridad del territorio de un Estado miembro y sus instituciones», mientras que «se interpreta que el orden público consiste en impedir que se altere el orden social» (*ibid.*).

<sup>108</sup> Véase su artículo 27.1.

<sup>109</sup> Cfr. el párrafo primero de su artículo 27.2.

tiene que «constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad»<sup>110</sup>. Quiere ello decir que: 1) no podrán adoptarse tales medidas por razones preventivas<sup>111</sup>; 2) las restricciones al derecho de libre circulación y residencia «deben basarse en una amenaza real y no pueden justificarse simplemente por un riesgo general»<sup>112</sup>; y 3) «no pueden invocarse razones ajenas a la conducta personal de un individuo»<sup>113</sup>. Por otra parte, las medidas en cuestión deberán «ajustarse al principio de proporcionalidad»<sup>114</sup> y, precisamente por eso, la Directiva limita su alcance cuando se trate de ciudadanos de la Unión que «se integraron verdaderamente en el Estado... de acogida»<sup>115</sup>, tras una residencia prolongada en él. Y así, quienes hubiesen adquirido la residencia permanente sólo podrán ser expulsados «por motivos graves de orden público o seguridad pública»<sup>116</sup>, mientras que los que hayan residido en dicho territorio por espacio de diez años únicamente podrán ser expulsados «por motivos imperiosos de seguridad pública»<sup>117</sup>.

Además de las referidas limitaciones, conviene insistir aquí en que la Directiva 2004/38/CE contiene otra importante restricción a la libre circulación de todo ciudadano europeo que se desplace por razones distintas a las de trabajo: la carencia de recursos eco-

---

<sup>110</sup> *Ibid.*, párrafo segundo.

<sup>111</sup> *Ibid.* En este sentido, ya la STJCE de 26 febrero 1975, asunto 67/74 (*Bonsignore*), concluyó que resultaba contraria al Derecho comunitario cualquier medida de expulsión que estuviese justificada en razones de prevención general.

<sup>112</sup> Cfr. apartado 3.2 de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 2 julio 2007 (cit. *supra*, nota 57).

<sup>113</sup> *Ibid.*

<sup>114</sup> Cfr. su artículo 27.2.

<sup>115</sup> Cfr. el apartado 23 de sus Considerandos iniciales.

<sup>116</sup> Cfr. el apartado 3.8.1 del Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 10 diciembre 2008 (cit. *supra*, nota 3).

<sup>117</sup> *Ibid.*

nómicos para su subsistencia en el Estado anfitrión y la falta de un seguro de enfermedad que cubra la totalidad de los gastos médicos, para sí mismo y para los miembros de la familia que estén a su cargo. De alguna manera, y por más comprensible que pueda resultar, la existencia de un requisito de esta naturaleza pone en evidencia que la libre circulación no ha alcanzado aún las cotas de un auténtico derecho fundamental, en cuanto libertad reconocida a los ciudadanos de la Unión por su mera condición de personas; y no, como finalmente resulta ser, un derecho conferido a aquellos individuos con capacidad productiva o con posibilidades económicas, que cuenten con recursos bastantes para vivir y para hacer frente a eventuales contingencias médicas<sup>118</sup>.

Ahora bien, sobre la base siempre de que se trata de una libertad de la que participan otros derechos conexos, es justo precisar lo que acaba de decirse, teniendo en cuenta sobre todo que la entrada y estancia en el territorio de un Estado miembro, por un período máximo de tres meses, no está condicionada en modo alguno a la acreditación de recursos económicos<sup>119</sup>. Ya se ha dicho, además, que para la obtención de la residencia permanente únicamente se exige la estancia legal e ininterrumpida en el Estado de acogi-

da durante un período mínimo de cinco años, de manera que aquél no podrá denegar dicha residencia por motivos de insuficiencia económica<sup>120</sup>. Siendo todo ello así, en fin, resulta que la mencionada limitación únicamente debería entrar en juego<sup>121</sup> cuando el sujeto interesado pretenda beneficiarse del «derecho de residencia por más de tres meses», a que se refieren los artículos 7 a 15 de la Directiva 2004/38/CE<sup>122</sup>.

#### 4. LA INCIDENCIA DEL TRATADO DE LISBOA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

Resulta un hecho incuestionable que la eliminación de los obstáculos a la libre circulación en el Espacio Económico Europeo pasa necesariamente por la adopción de medidas encaminadas a evitar que las personas que se desplacen a otros Estados miembros puedan perder o ver mermados derechos adquiridos de seguridad social. De entre todas ellas, la medida más importante consiste en la creación de

<sup>118</sup> Como con todo rigor ha hecho notar A. MANGAS MARTÍN, «Libre circulación y residencia de los ciudadanos de la UE: una aproximación a las dificultades de la movilidad», cit., pág. 15, «aunque resultaría inaceptable para un Estado de Derecho, en la UE el ejercicio de un derecho fundamental, reconocido en la Carta constitucional que son los Tratados, tiene un contenido o alcance notoriamente inferior al de ciudadano-agente económico y se supedita, en la normativa... de menor rango a dicha Carta, a la prueba discrecionalmente –cuando no arbitrariamente– apreciada por la administración policial de unos medios económicos y una cobertura sanitaria».

<sup>119</sup> De todas formas, la Directiva blindo los intereses estatales, al prever de forma expresa que «durante los primeros tres meses de residencia... el Estado miembro de acogida no estará obligado a conceder el derecho a prestaciones de asistencia social» (cfr. su artículo 24.2).

<sup>120</sup> Véase el último inciso de su artículo 16.1.

<sup>121</sup> Siempre, claro está, que los Estados miembros así lo impongan. En España, sin embargo, el Real Decreto 240/2007, de 16 febrero (cit. *supra*, nota 39), no exige tal condición para poder beneficiarse de un derecho de residencia superior a tres meses. Únicamente se requiere que los interesados soliciten «personalmente ante la Oficina de Extranjeros de la provincia donde pretendan permanecer o fijar su residencia o, en su defecto, ante la Comisaría de Policía correspondiente, su inscripción en el Registro Central de Extranjeros» (cfr. su artículo 7.1).

<sup>122</sup> Además, según la STJCE de 23 febrero 2010, asunto C-310/08 (*London Borough of Harrow*), sobre la base de que el artículo 12 del Reglamento (CEE) nº 1612/68 permite reconocer a los hijos de una persona que haya trabajado en un Estado miembro, en relación con su derecho de acceso a la enseñanza, «un derecho de residencia autónomo», aquéllos –y el progenitor que tenga su custodia– pueden invocar el derecho de residencia en ese mismo Estado, basándose exclusivamente en lo dispuesto en dicho precepto, «sin que tal derecho esté supeditado al requisito de que dispongan de recursos suficientes y de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en dicho Estado», a que se refiere la Directiva 2004/38/CE.

«un sistema», al que se refiere el artículo 48 TFUE. Dada la heterogeneidad de los sistemas nacionales de protección social, así como los desiguales intereses y la desigual disponibilidad financiera de cada uno de los veintisiete Estados miembros que hoy integran la Unión Europea, el legislador comunitario parece haber renunciado, sin embargo, a instaurar un sistema común de seguridad social y las medidas adoptadas continúan centrándose en la coordinación de las legislaciones internas<sup>123</sup>. A estas alturas, ya podemos decir que la principal norma de coordinación de las legislaciones nacionales en materia de seguridad social es, en el ámbito del Derecho derivado, el Reglamento (CE) n° 883/2004, de 29 abril<sup>124</sup>, junto con su norma de desarrollo, el Reglamento (CE) n° 987/2009, de 16 septiembre<sup>125</sup>. Tras cinco años de espera (que se explican porque la aplicación del primero de ellos estaba condicionada a la promulgación del segundo de los dos), uno y otro han sustituido —respectivamente— al Reglamento (CEE) n° 1408/71 y a su correspondiente norma de desarrollo, el Reglamento (CEE) n° 574/72.

Explicitada la «protección social» como uno de los objetivos de la Unión Europea (artículo 151 TFUE, antiguo artículo 136 TCE), para cuya consecución ésta «apoyará y completará la acción de los Estados miembros» en el ámbito de «la seguridad social y la protección social de los trabajadores» [artículo 153.1.c) TFUE, antiguo artículo 137.1.c) TCE], se constata ahora, en cuanto a la construcción de un sistema europeo de protección social, que no existe el menor cambio de rumbo tras el Tratado de Lisboa<sup>126</sup>. Los Estados miem-

bros conservan su soberanía a la hora de «definir los principios fundamentales de su sistema de seguridad social» y siguen estando expresamente autorizados a «mantener o introducir medidas de protección más estrictas compatibles con los Tratados» (artículo 153.4 TFUE, antiguo artículo 137.4 TCE)<sup>127</sup>. Y en lo que a ella incumbe, la Comisión «fomentará la colaboración de los Estados y facilitará la coordinación de sus acciones» (artículo 156 TFUE, antiguo artículo 140 TCE).

El precepto rector y el «soporte institucional»<sup>128</sup> de la normativa europea sobre coordinación de los sistemas de seguridad social es el artículo 48 TFUE (antiguo artículo 42 TCE), ubicado en el Capítulo I del Título IV de la Tercera Parte del Tratado de Funcionamiento, relativo a la libre circulación de trabajadores. Su redacción ha sido objeto de ligeros ajustes formales. Por un lado, se cambia la mención en solitario al Consejo por una referencia conjunta al Parlamento Europeo y al Consejo, y se habla ya del «procedimiento

---

objetivo de verdad ambicioso y no tan complicado como a primera vista pudiera suponer, teniendo como tenemos los cuarenta años de experiencia del Código Europeo de Seguridad Social» [cfr. A. OJEDA AVILÉS, «Prólogo», en VVAA, *El Futuro Europeo de la Protección Social*, cit., pág. 20]. Quizás no vaya desencaminado E. ROMÁN VACA, «Una visión negativa: el Tratado de Lisboa y la normativa comunitaria de Seguridad Social o la renuncia a un Sistema Europeo de Seguridad Social», en VVAA, *El Futuro Europeo de la Protección Social*, cit., pág. 56, cuando apunta a «la inexistencia de una auténtica preocupación y voluntad, en el ámbito comunitario, por definir derechos sociales, reconociendo verdaderos derechos, dotados de contenido real, a nivel europeo».

<sup>127</sup> Véase la STJCE de 15 junio 2010, asunto C-211/08 (*Comisión contra España*), considerando «indiscutible que el Derecho de la Unión no restringe la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de seguridad social y que, a falta de una armonización a escala de la Unión Europea, corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar los requisitos que confieren derecho a las prestaciones en materia de seguridad social».

<sup>128</sup> Cfr. J. GARCÍA MURCIA, «Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 y el Tratado de Lisboa», cit., pág. 30.

---

<sup>123</sup> Para un estudio en profundidad del Derecho europeo de coordinación, resulta imprescindible el trabajo de D. CARRASCOSA BERMEJO, *La Coordinación Comunitaria de la Seguridad Social. Ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71*, CES (Madrid, 2004), especialmente, págs. 23 a 106.

<sup>124</sup> DOUE L 166, de 30 abril.

<sup>125</sup> DOUE L 284, de 30 octubre.

<sup>126</sup> Ciertamente, «el haber avanzado un poco más en el sentido de la protección uniforme hubiera sido un

legislativo ordinario», en lugar del procedimiento de codecisión del viejo artículo 251 TCE. Por otro lado, se sustituye la referencia genérica a los «trabajadores» por otra más precisa que designa expresamente a «los trabajadores migrantes por cuenta ajena y por cuenta propia»<sup>129</sup>. Así pues, la primera parte de dicho artículo 48 queda formulada en los siguientes términos: «El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptarán, en materia de seguridad social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, creando, en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes por cuenta ajena y por cuenta propia, así como a sus derechohabientes: a) 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; b) el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros».

Si se habla de una primera parte es porque, al margen de los mencionados ajustes, se ha añadido al artículo 48 TFUE un segundo inciso que en modo alguno pasa desapercibido: porque a simple vista redobla la fisonomía del citado precepto y por la limitación que en él se contiene. Acaba de decirse que dicho precepto encomienda al Parlamento Europeo y al Consejo la adopción, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, de medidas sobre seguridad social que resulten necesarias para facilitar la libre circulación de tra-

bajadores. Pues bien, este nuevo inciso otorga a los Estados miembros un cierto poder de veto frente a cualquier proyecto de acto legislativo sobre esta materia<sup>130</sup>, si consideran que la medida en cuestión «perjudica aspectos importantes de su sistema de seguridad social», o «afecta al equilibrio financiero de dicho sistema». Más en concreto, se habilita a los Estados «a solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo», para su examen. Desde ese momento, el procedimiento «quedará suspendido» por un plazo de cuatro meses, durante el cual el Consejo Europeo –previa deliberación– podrá: «a) devolver el proyecto al Consejo, poniendo fin con ello a la suspensión del procedimiento ordinario», lo que permite suponer que la tramitación del acto legislativo controvertido seguirá su curso; o bien, en una redacción un tanto confusa, «b) no se pronunciará o pedirá a la Comisión que presente una nueva propuesta. En tal caso el acto propuesto inicialmente se considerará no adoptado». Pese a que este último apartado b) contiene a su vez dos posibilidades perfectamente diferenciadas entre sí, su tratamiento conjunto induce a pensar que la no contestación del Consejo Europeo constituye una especie de «silencio positivo» ante la pretensión del Estado renuente.

En congruencia con la consecución de una auténtica ciudadanía europea, y sobre la base siempre de que el artículo 48 TFUE continúa siendo un precepto clave en materia de seguridad social, merece la pena detenerse en una novedad que tiene más trascendencia de lo que a simple vista puede parecer: la introducción de una base jurídica autónoma en el Tratado de Funcionamiento para la adopción de medidas de seguridad social que tengan por objeto garantizar, no ya la libre

<sup>129</sup> La virtualidad de esta modificación es que con ella se solventa una laguna que hasta ahora «obligaba al recurso a la cláusula de flexibilidad para regular los desplazamientos de los trabajadores autónomos, como había sucedido con ocasión del Reglamento (CEE) nº 1390/8» [cfr. J.M<sup>a</sup>. MIRANDA BOTO, «La incidencia del Tratado de Lisboa en el ámbito social», cit., pág. 23]. De esta forma, según este mismo autor, «se ganará en precisión técnica y se facilitará el procedimiento, al pasar esta materia al procedimiento legislativo ordinario y a la votación por mayoría cualificada» (*ibid.*).

<sup>130</sup> Sobre el carácter «político» de este nuevo inciso, véase J.M<sup>a</sup>. MIRANDA BOTO, «La incidencia del Tratado de Lisboa en el ámbito social», cit., págs. 23 y 24. En el mismo sentido, véase también J. GARCÍA MURCIA, «Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 y el Tratado de Lisboa», cit., pág. 38.



circulación de los trabajadores, sino la de cualquier ciudadano de la Unión que se desplace por motivos ajenos a la realización de una actividad laboral o profesional. Recuértese que el Tratado de Niza había incorporado un tercer apartado al artículo 18 TCE, en el que se excluía de forma expresa la competencia del Consejo para dictar disposiciones, entre otras, «referentes a la seguridad social o a la protección social» de los ciudadanos de la Unión. Pues bien, tal y como aparece formulado ahora el actual artículo 21.3 TFUE, resulta que no sólo desaparece la referida exclusión competencial, sino que además se habilita de forma expresa al Consejo para que adopte precisamente «medidas sobre seguridad social o protección social». Eso sí, cuando la medida en cuestión se dirija a facilitar el derecho de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión, según este mismo artículo, su tramitación deberá realizarse «con arreglo a un procedimiento especial» y tal medida sólo podrá adoptarse –previa consulta al Parlamento Europeo– si existe unanimidad.

La importancia de la modificación introducida en el artículo 21.3 TFUE estriba en que, con ella, se cubre un «importante hueco que obligaba a recurrir a la cláusula de flexibilidad del antiguo artículo 308 TCE para aprobar normativa sobre estas cuestiones cuando afectara a personas que no fueran trabajadores por cuenta ajena»<sup>131</sup>. Y buena prueba de ello es la advertencia que se hace en el Reglamento (CE) n° 883/2004, a cuyo tenor «para adoptar las medidas apropiadas en el ámbito de la seguridad social para las personas distintas de los trabajadores por cuenta ajena, el Tratado no prevé más poderes de acción que los mencionados en su artículo 308 [actual artículo 352 TFUE]»<sup>132</sup>. De todas formas, y aunque es verdad que con este cambio se produce un avance cualitativo en orden a la con-

solidación de la ciudadanía de la Unión, también lo es que se trata de un paso medido y bien calculado, que tendrá exactamente el alcance que los Estados –todos los Estados miembros– quieran que tenga. Al incluir, como ahora se incluye en el artículo 48 TFUE, una mención explícita a «los trabajadores migrantes por cuenta ajena y por cuenta propia», se evidencia la yuxtaposición existente entre ciudadanos de la Unión que se desplazan por motivos de trabajo y ciudadanos que se desplazan por razones de otra índole. Resulta sintomático, a este respecto, que la adopción de medidas de seguridad social tendientes a asegurar la libre circulación de los primeros siga los cauces del procedimiento legislativo ordinario, siendo suficiente una mayoría cualificada, mientras que para la articulación de medidas dirigidas a facilitar tal derecho a los segundos esté previsto un procedimiento legislativo especial, cuyo éxito se supedita al beneplácito de todos los miembros del Consejo.

Lo paradójico del asunto, en fin, es que con la introducción de una previsión de este tipo adquiera alguna virtualidad el artículo 34.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, y no al revés<sup>133</sup>. Dicho precepto –que se localiza en el Capítulo IV de la citada Carta, bajo la rúbrica «Solidaridad», y no en el Capítulo V, dedicado a la «Ciudadanía»– reconoce el derecho a prestaciones de seguridad social y a ventajas sociales a «toda persona que resida y se desplace legalmente dentro del territorio de la Unión»; siempre, eso sí, que su ejercicio se lleve a cabo «de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales». Y aun cuando en él se atribuye expresamente este derecho «a toda persona», su correspondiente Explicación aclara que el mencionado artícu-

<sup>131</sup> Cfr. J.M<sup>a</sup>. MIRANDA BOTO, «La incidencia del Tratado de Lisboa en el ámbito social», cit., pág. 22.

<sup>132</sup> Cfr. el apartado 2 de sus Considerandos iniciales.

<sup>133</sup> Con razón, M<sup>a</sup>.A. BALLESTER PASTOR, «Los derechos sociales en la Carta Comunitaria de derechos fundamentales y en el Tratado de Lisboa», cit., pág. 1762, clasifica este precepto entre aquellos que contienen «derechos sociales condicionados».

lo 34.2 se basa en ciertos preceptos de la Carta Social Europea<sup>134</sup> y de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores<sup>135</sup>, precisando además que «refleja las normas dimanantes del Reglamento (CEE) n° 1408/71 y del Reglamento (CEE) n° 1612/68»; normas, todas ellas, establecidas fundamentalmente a favor de los trabajadores. Ahora bien, teniendo en cuenta: 1) la reciente sustitución del primero de los Reglamentos que acaban de citarse por el Reglamento (CE) n° 883/2004, cuyo ámbito de aplicación personal se extiende más allá de los trabajadores por cuenta ajena y por

cuenta propia; 2) la facultad que atribuye el artículo 21.3 TFUE al Consejo para adoptar medidas relativas a la seguridad social o a la protección social de los ciudadanos de la Unión; y 3) el rango de Derecho originario que ahora ostenta la citada Carta; habida cuenta de todo ello, puede concluirse que dicho artículo 34.2 se erige asimismo en base jurídica con sustantividad propia, directamente invocable por los nacionales de los Estados miembros que pretendan hacer valer derechos de seguridad social –presentes y futuros– con ocasión de su desplazamiento y residencia por el territorio de la Unión.

---

<sup>134</sup> Más concretamente, en el apartado 4 de su artículo 12 y en el apartado 4 de su artículo 13.

<sup>135</sup> Se refiere aquí al punto 2 de la citada Carta.

**RESUMEN** La paulatina transformación de un espacio europeo económico en un espacio asimismo «social» ha supuesto que la libre circulación de personas haya dejado de ser un principio exclusivamente económico para convertirse hoy en una libertad de más amplio calado, conferida a los ciudadanos de la Unión Europea por su mera condición de nacionales de un Estado miembro y no sólo por su cualidad de trabajadores. Aun con todo, lo cierto es que el ciudadano-agente económico sigue conservando un protagonismo de primer orden en el Derecho de la Unión y, por tanto, también la libre circulación de trabajadores. Por eso mismo, no resulta extraño que –tras las modificaciones operadas por el Tratado de Lisboa– el Tratado de Funcionamiento mantenga la dualidad de tratamiento en materia de libre circulación de personas.

En cuanto al derecho de libre circulación y de residencia, que es quizás el más importante de todos los derechos asociados a la ciudadanía de la Unión, se detectan sobre todo modificaciones de carácter formal. Debe advertirse, sin embargo, de la existencia de una novedad de carácter sustantivo que probablemente tenga una mayor repercusión jurídica de la que pueda extraerse tras una primera lectura. Se trata de la habilitación expresa al Consejo, por vez primera, para adoptar «medidas sobre seguridad social o protección social», en el contexto precisamente de ese derecho de libre circulación y de residencia que ostentan los ciudadanos europeos.

Los preceptos reguladores de la libre circulación de trabajadores también han sido objeto de ligeros ajustes formales. De entre todos ellos, probablemente el más llamativo consista en la mención expresa que ahora se hace a «los trabajadores migrantes por cuenta ajena y por cuenta propia», evidenciándose de algún modo la yuxtaposición existente entre ciudadanos de la Unión que se desplazan por motivos de trabajo y ciudadanos que se desplazan por razones de otra índole. Ya desde un punto de vista sustantivo, destaca asimismo la articulación de un nuevo mecanismo, en virtud del cual los Estados miembros tienen la posibilidad de impedir la adopción de medidas que perjudiquen el equilibrio financiero o cualquier otro aspecto importante de sus respectivos sistemas de seguridad social.

**ABSTRACT** The gradual transformation of a European economic area into an area which is also «social» has implied that the free movement of persons is no longer a purely economic principle but has become an overarching freedom, one which is bestowed upon European Union citizens merely because they are nationals of a Member State, and not just because they are workers. Still, the truth is that the economic citizen-agent is still a first-rate protagonist within European Union Law and, consequently, so is the free movement of workers. Hence, it is not strange that after the modifications brought about by the Treaty of Lisbon, the TFEU maintains the dual treatment in the field of free movement of persons. With regards to the right to move and reside freely –perhaps the most important of all rights associated to the European Union citizenship–, modifications are mainly formal. It must be noted, however, that there is a substantial novelty whose legal repercussions might be larger than a first reading might reveal. For the first time, the Council is empowered to adopt «measures on social security or social protection» precisely within the context of the right of European citizens to move and reside freely.

Rules governing the free movement of workers have also been slightly adjusted formally. Probably, the most striking adjustment is that now «self-employed or employed migrant workers» are expressly mentioned, which somehow demonstrates the existing juxtaposition between Union citizens moving for work purposes and citizens moving for other purposes. From a substantial point of view, the articulation of a new mechanism also stands out, whereby Member States have the chance to prevent the adoption of measures hindering the financial balance or any other important aspect of their respective social security schemes.

# El método abierto de coordinación tras el Tratado de Lisboa

MARGARITA ROBLES CARRILLO\*

---

## 1. INTRODUCCIÓN

El método abierto de coordinación (en adelante, MAC) es una creación original diseñada en el marco del proceso de construcción europea con objeto de articular la acción de la Unión Europea (UE) y de sus Estados miembros en determinados ámbitos materiales respecto de los cuales, por unos u otros motivos, se ha excluido la aplicación de las técnicas de la integración y de la típica cooperación<sup>1</sup>. Como es sabido, estas dos modalidades de actuación, la comunitaria y la intergubernamental, han protagonizado, durante un amplio período de tiempo, el discurso europeo tanto en su dimensión meramente instrumental, funcional o competencial, como desde una perspectiva teleológica en la medida en que la preferencia por uno u otro expediente ha implicado una opción de fondo en torno al futuro del proceso europeo. La coordinación, aunque se encuentra prevista ya en el Tratado de Roma, no ha gozado de una categoría similar, situándose durante

mucho tiempo como un mecanismo residual o, simplemente, provisional<sup>2</sup>. Esta situación cambia a partir de la década de los años noventa<sup>3</sup> cuando el recurso creciente a las técnicas de coordinación, para gestionar un número de materias más amplio y de mayor entidad, pone de manifiesto la superación de la dicotomía clásica integración/cooperación y su sustitución progresiva por el tríptico que implica la entrada de la coordinación y su creciente y marcado protagonismo en el marco de la Unión Europea<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> El método de coordinación establecido originariamente en el artículo 2 del TCEE es un componente del proceso general de integración previsto respecto de ámbitos donde no es factible aplicar esta otra técnica y donde se manifiesta un menor compromiso por parte de los Estados. Sobre la evolución de ésta técnica, puede verse ROBLES CARRILLO, M., «La coordinación de políticas nacionales en el marco de la Unión Europea», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 10, 2005, pp. 1 y ss.

<sup>3</sup> Sobre este proceso puede verse RADAELLI, C., «Whither better regulation for the Lisbon agenda?», *Journal of European Public Policy*, Vol. 14, Nº 2, 2007, pp. 190 y ss.

<sup>4</sup> Con el Tratado de Maastricht se inicia un proceso marcado por la extensión a nuevos ámbitos y la consolidación de la coordinación de políticas nacionales como instrumento de la Unión Europea. Como complemento de la Unión Monetaria, el Tratado establece procedimientos de coordinación económica y de coordinación

---

\* Profesora Titular de Derecho Internacional Público. Facultad de Derecho. Universidad de Granada.

<sup>1</sup> CAFARO, S., «La méthode ouverte de coordination, l'action communautaire et le rôle politique du Conseil européen», en *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Ed. ULB, Bruselas, 2003, Vol. II, pp. 204 y ss.

En ese contexto, caracterizado por una progresiva generalización de la técnica de coordinación de políticas nacionales<sup>5</sup> y, también, por una cierta tendencia a eludir su formalización jurídica apoyándose para ello en mecanismos de *soft law* o de *top law*<sup>6</sup>, se arti-

presupuestaria. Más tarde, en el Tratado de Ámsterdam se articula una coordinación en materia de empleo. En el Consejo Europeo de Cardiff, en junio de 1998, se extiende esta técnica a las reformas económicas estructurales, mientras que, un año después, en su reunión de Colonia, se decide su aplicación respecto del diálogo macroeconómico europeo. La coordinación y con ella el MAC se convierten en un instrumento esencial en el marco de la Estrategia de Lisboa en el año 2000. Las sucesivas reformas de los Tratados consolidan esta técnica junto a la cooperación y la integración como modalidades de acción europea. Siguiendo a Beryl ter Haar, «The two most influential reasons for the introduction of new instruments to govern European integration and cooperation are the enlargement of the European Union and the expansion of subjects governed on the European level» (HAAR, B.T., «Open Method of Coordination: A New Sepping Stone in the Legal Order of International and European Relations», *Nordic Journal of International Law*, Vol. 77, 2008, p. 235). Para Tania Börzel, «the EU has been widely conceptualized as a system of 'network governance' (...) the EU features a combination of different forms of governance that cover the entire range between market and hierarchy» (BÖRZEL, T., «European Governance: Negotiation and Competition in the Shadow of Hierarchy», *Journal of Common Market Studies*, Vol. 48, Nº 2, p. 192). Puede verse ZIELONKA, J., «Plurilateral Governance in the Enlarged European Union», *Journal of Common Market Studies*, Vol. 45, nº 1, pp. 189 y ss.

<sup>5</sup> Sobre el contraste entre cooperación y coordinación en relación con el MAC, véase HODSON, D., «Macroeconomic co-ordination in the euro area: the scope and limits of the open method», *Journal of European Public Policy*, Vol. 11, Nº 2, 2004, pp. 231 y ss.

<sup>6</sup> La idea del *top law* es explicada por Massimo Panebianco en los siguientes términos: «Nell'ambito della più generale categoria del *soft law* si è imposto all'attenzione il livello più alto rappresentato dal diritto dei raggruppamenti internazionali di natura presidenziale (...) Al interno di tali raggruppamenti gli accordi cosiddetti politici, di natura non obbligatoria, espressione di conferenze o riunioni periodiche del più alto livello (Capi di Stati e di Governo) sono stati definiti dalla dottrina come diritto presidenziale o di vertice (*top law*)» (citado en CAFARO, S., «La méthode ouverte de coordination, l'action communautaire et le rôle politique du

cula esa modalidad específica de coordinación denominada MAC<sup>7</sup>. Como explica Erika Szyszczak, «the OMC is atypical to the traditional Community method of the first pillar involving regulatory/redistributive principles and atypical to the traditional diplomatic approach, which has evolved using international cooperation under the second and third pillars», porque «the approach of the OMC runs counter to the principles of good governance that have emerged (transparency, accountability, democratic input) as well as the fundamental principle that the Community is governed by the rule of law»<sup>8</sup>. Desde esa perspectiva, es una técnica relativamente original<sup>9</sup> que, sin estar exenta de polémica, en particular, en lo que concierne a

Conseil Européen», *loc. cit.*, p. 218). Véase, también, HAAR, B.T., «Open Method of Coordination: A New Sepping Stone in the Legal Order of International and European Relations», *loc. cit.*, pp. 237 y ss.

<sup>7</sup> DAMIAN CHALMERS y MARTIN LODGE afirman que, doctrinalmente, el MAC ha sido considerado «as the Lazarus of European integration». A su juicio, es peligroso comparar este método con el comunitario porque es simultáneamente «a method of governance and a policy process» (CHALMERS, D. y LODGE, M., *The Open Method of Co-ordination and the European Welfare State*, Discussion Paper Nº 11, ESRC Centre for Analysis of Risk and Regulation, 2003, p. 1. Entre las bondades del método, Kerber y Eckardt consideran que es parte de la solución a la crisis de legitimidad de la Unión Europea (KERBER, W. y ECKARDT, M., «Policy learning in Europe: the open method of co-ordination and laboratory federalism», *Journal of European Public Policy*, Vol. 14, Nº 2, 2007, p. 230). Véase, asimismo, FALUDI, A., «The Open Method of Co-ordination and 'Post-regulatory' Territorial Cohesion Policy», *European Planning Studies*, Vol. 12, Nº 7, 2004, pp. 1019 y ss.

<sup>8</sup> SZYSZCZAK, E., «Experimental Governance: The Open Method of Coordination», *European Law Journal*, Vol. 12, Nº 4, 2006, p. 495.

<sup>9</sup> Con una argumentación no necesariamente compartible porque desconoce algunos de los componentes característicos del MAC, Armin Schäfer cuestiona la novedad y originalidad de este método comparándolo con técnicas propias del FMI y la OCDE (SCHÄFER, A., «A new form of governance? Comparing the open method of coordination to multilateral surveillance by the IMF and the OECD», *Journal of European Public Policy*, Vol. 13, Nº 1, 2006, pp. 70 y ss.).

su legitimidad y efectividad<sup>10</sup>, se ha ido afirmando a lo largo de la última década como un instrumento principal dentro de la Unión Europea<sup>11</sup>.

## 2. EL ORIGEN Y LA EVOLUCIÓN DEL MAC

El MAC es un mecanismo extremadamente singular ya desde su origen y en su evolución, especialmente, en cuanto a su formulación normativa<sup>12</sup>. Las primeras referencias a

<sup>10</sup> Sobre la legitimidad y eficacia del MAC, en general, puede verse BÜSCHS, M., «How Legitimate is the Open Method of Co-ordination?», *Journal of Common Market Studies*, Vol. 46, Nº 4, 2008, pp. 765-786.

<sup>11</sup> Explica Arthur Benz que «The OMC has been introduced as a device to stimulate policy changes in the Member States without the EU using its powers to regulate or to control national implementation and without transferring powers from national or sub-national governments to the European level» (BENZ, A., «Accountable Multilevel Governance by the Open Method of Coordination», *European Law Journal*, Vol. 13, Nº 4, 2007, p. 506).

<sup>12</sup> El MAC es un modelo de gobernanza que «insist on the non-coercitive processes based on the will of the participants to agree, by way of collective deliberation, on procedural norms, modes of regulation and common political objectives and, at the same time, to preserve the diversity of national and even local experience. One should also emphasize the cognitive dimension of this kind of intergovernmental co-ordination, which operates through knowledge-sharing, mutual learning or exchange of good practices. This diversification is usually explained as a pragmatic adaptation of the Community method to the public problems with which European decision-makers are faced» (BRUNO, I., JACQUOT, S. y MANDIN, L., «Europeanization through its instrumentation: benchmarking, mainstreaming and the open method of co-ordination ... toolbox or Pandora's box?», *Journal of European Public Policy*, Vol. 13, Nº 4, 2006, p. 520). Sobre el concepto de gobernanza y su traslación al marco de la Unión Europea, pueden verse ZIELONKA, J., «Plurilateral Governance in the Enlarged European Union», *loc. cit.*, pp. 187 y ss.; DEAKIN, S., «Reflexive Governance and European Company Law», *European Law Journal*, Vol. 15, Nº 2, 2009, pp. 224 y ss.; RADULOVA, E., «The OMC: An Opaque Method of Consideration or Deliberative Governance in Action?», *European Integration*, Vol. 29, Nº 3, 2007, pp. 363 y ss.;

este método se encuentran en el Tratado de Ámsterdam, que formaliza jurídicamente su utilización en materia de empleo y en el ámbito de la lucha contra la exclusión social, sin utilizar su denominación actual, acuñada con posterioridad, pero definiéndolo en sus componentes esenciales (1). Poco después, la Estrategia de Lisboa supone la introducción del término MAC, su caracterización más precisa como modalidad de acción europea y su definición como uno de los protagonistas principales de esta agenda europea (2). El Tratado Constitucional europeo (3), siguiendo la estela del Tratado de Ámsterdam, no emplea el término MAC y tampoco procede a su formalización jurídica respecto de los ámbitos donde ya se utiliza merced a la Estrategia de Lisboa, pero extiende la aplicación de este método a nuevas disposiciones. La práctica, desde entonces, se caracteriza por el recurso creciente al MAC como fórmula de actuación en un número cada vez más amplio de materias y por una progresiva diversificación en su procedimiento. Precisamente, esa doble circunstancia ha conducido en unos casos a plantearse la necesidad de proceder a su racionalización y en otros a cuestionar abiertamente tanto su legitimidad como su eficacia.

### 2.1. El Tratado de Ámsterdam

El origen del MAC ha sido objeto de una cierta polémica justificada por su indefinición conceptual y normativa<sup>13</sup>. Generalmente, sin

MABBETT, D., «Learning by numbers? The use of indicators in the co-ordination of social inclusion policies in Europe», *Journal of European Public Policy*, Vol. 14, Nº 1, 2007, pp. 78 y ss.; DE LA PORTE, C., POCHE, P. y ROOM, B.G., «Social Benchmarking, Policy Making and New Governance in the EU», *Journal of European Social Policy*, Vol. 11, Nº 4, 2001, pp. 291 y ss.

<sup>13</sup> La mayor parte de la doctrina sitúa el nacimiento del MAC en el Tratado de Ámsterdam. Una opinión diferente mantiene Armin Schäfer, para quien se localiza en la reunión del Consejo Europeo de Essen de 1994, porque en ella se establecen, en materia de empleo, algu-

embargo, se sitúa en el Tratado de Ámsterdam<sup>14</sup> porque introduce dos disposiciones que

nos componentes esenciales del MAC como son los objetivos comunes, la ejecución nacional y la supervisión multilateral (SCHÄFER, A., «Beyond the Community Method: Why the Open Method of Coordination Was Introduced to EU Policy-making», *European Integration online Papers (EioP)*, Vol. 8, Nº 13, 2004, <http://eiop.or.at/eiop/texte/2004-013a.htm>, p. 8). Los elementos destacados por Armin Schäfer no son suficientes para singularizar el MAC porque pueden ser característicos de cualquiera de los otros mecanismos de coordinación macroeconómica previstos en los Tratados y en los modelos de coordinación de políticas nacionales desarrollados en el marco de los Procesos de Luxemburgo, Cardiff y Colonia (ROBLES CARRILLO, M., «La coordinación de políticas nacionales en el marco de la Unión Europea», *loc. cit.*, p. 1 y ss.). La originalidad del MAC estriba en la previsión de intercambios de información y buenas prácticas, los análisis comparativos y el asesoramiento, los planteamientos innovadores y la evaluación de experiencias y el concepto de indicadores estructurales e índices de referencia como componentes originales y característicos de esta técnica (ROBLES CARRILLO, M., «El método abierto de coordinación: una técnica original de acción europea», *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, Nº 239, 2005, pp. 3 y ss.).

<sup>14</sup> El sistema de coordinación de políticas nacionales diseñado en Maastricht en el marco de la UEM constituye un antecedente del MAC para la mayor parte de la doctrina pero que, para algunos autores, es el primer caso de MAC. Así, HAAR, B.T., «Open Method of Coordination: A New Sepping Stone in the Legal Order of International and European Relations», *loc. cit.*, pp. 241 y ss. Entre la doctrina que identifica las diferencias entre ambos métodos se encuentran Deroose, Hodson y Kuhlmann, para quienes las OGPE «constitute a less soft mode of co-ordination than the Open Method. While both have similarities of form, insofar as they ultimately rely on soft sanctions and non-coercive methods, they differ with respect to their institutional dynamics. More specifically, the BEPGs are underpinned by a well-developed, Treaty-based system of enforcement that assigns clearly defined roles to the Commission and ECOFIN. In comparison, The Open Method represents a more voluntaristic form of co-ordination, which with the European Council at its centre, employs ad hoc working methods such as information exchange, benchmarking and league tables» (DEROOSE, S., HODSON, D. y KULHMANN, J., «The Broad Economic Policy Guidelines: Before and After the Re-launch of the Lisbon Strategy», *Journal of Common Market Studies*, Vol. 46, Nº 4, 2008, p. 828). Dermot Hodson también reconoce las diferencias al explicar las dos funciones principales del MAC: *con-*

formalizan jurídicamente esta técnica en el ámbito de la lucha contra la exclusión social y en materia de empleo<sup>15</sup>: el artículo 137.2<sup>16</sup> y el artículo 129<sup>17</sup>. Siguiendo el tenor de estas disposiciones, en su reunión de Cardiff, los días 15 y 16 de junio de 1998, el Consejo Europeo solicita a los Consejos de Asuntos Sociales y de Economía y Finanzas que sigan trabajando conjuntamente «para intercambiar información sobre las mejores prácticas» y «desarrollar la evaluación por un grupo de expertos de los planes de acción de los Estados miembros»<sup>18</sup>. Un año después, en su sesión de Colonia, los días 3 y 4 de junio de 1999, aprueba el Informe de la Presidencia

*sensus building y peer pressure* (HODSON, D., «Macroeconomic co-ordination in the euro area: the scope and limits of the open method», *loc. cit.*, pp. 236 y ss.).

<sup>15</sup> En este sentido, pueden verse EBERLEIN, B. y KERWER, D., «Theorising the New Modes of European Union Governance», *European Integration online Papers (EioP)*, Vol. 6, Nº 5, 2002, <http://eiop.or.at/eiop/texte/2004-013a.htm>, p. 2; ZÄNGLE, M., «The European Union benchmarking experience. From euphoria to fatigue?», *European Integration online Papers (EioP)*, Vol. 8, Nº 5, 2004, <http://eiop.or.at/eiop/texte/2004-013a.htm>, pp. 3-4; REGENT, S., «The Open Method of Coordination: A New Supranational Form of Governance?», *European Law Journal*, Vol. 9, Nº 2, 2003, pp. 195 y ss. FALUDI, A., «The Open Method of Co-ordination and 'Post-regulatory' Territorial Cohesion Policy», *loc. cit.*, pp. 1022 y ss.

<sup>16</sup> En su párrafo tercero, esta disposición establece que el Consejo, siguiendo el procedimiento del artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, «podrá adoptar medidas destinadas a fomentar la cooperación entre los Estados miembros mediante *iniciativas para mejorar los conocimientos, desarrollar el intercambio de información y de buenas prácticas, y promover fórmulas innovadoras y experiencias de evaluación* con el fin de luchar contra la exclusión social».

<sup>17</sup> Esta norma atribuye competencia a la CE con objeto de adoptar «medidas de fomento para alentar la cooperación entre los Estados miembros y apoyar la actuación de estos últimos en el ámbito del empleo, a través de *iniciativas destinadas a desarrollar los intercambios de información y buenas prácticas, facilitar análisis comparativos y asesoramiento, así como promover planteamientos innovadores y evaluar experiencias, en particular recurriendo a proyectos piloto*».

<sup>18</sup> Punto 14 de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Cardiff.

sobre el Pacto Europeo para el Empleo (PEE) precisando las técnicas del llamado Proceso de Luxemburgo y, entre ellas, algunas medidas que responden a los parámetros del MAC<sup>19</sup>. Con esta práctica, el *top law*, las decisiones del Consejo Europeo suponen la extensión del ámbito de aplicación del MAC más allá de lo previsto en las disposiciones del Tratado de Ámsterdam.

Desde ese momento y como una tendencia que se extiende y consolida con posterioridad, la regulación del MAC supone el recurso a una combinación de derecho originario y de normas de *soft law* en función de cada materia<sup>20</sup>. Así, definido en sus componentes esenciales, aunque sin recibir formalmente esta denominación, el MAC se convierte en la modalidad de actuación en materia de lucha contra la exclusión social de acuerdo con lo previsto en el artículo 137.2 del Tratado y en un expediente generalizado en el ámbito del empleo, pero en este caso, por dos vías y con dos estatutos diferentes. Por una parte, el artículo 129 prevé su utilización en el ejercicio de las competencias complementarias reconocidas a la CE. Por otra parte, siguiendo las decisiones adoptadas por el Consejo Europeo, en el marco de la estrategia coordinada de empleo del Proceso de Luxemburgo y el Proceso de Colonia, el MAC está previsto, asimismo, respecto de los ámbitos sometidos al régimen de coordinación

<sup>19</sup> En el Informe se establece que «en la aplicación de las Directrices para el Empleo y en la presentación de los planes de acción nacionales, así como en la evaluación de estos últimos en el informe conjunto sobre el empleo, deberá darse aún más importancia a la determinación e intercambio de prácticas más idóneas. Si procede, podrían fijarse en los planes de acción nacionales otros objetivos cuantitativos nacionales que sean comprobables. Para que la evaluación sea válida también deberán definirse los indicadores apropiados» (Apartado III.2 del Informe de la Presidencia sobre el PEE, Anexo I de las Conclusiones del Consejo Europeo de Colonia).

<sup>20</sup> Puede verse, al respecto, Pochet, Ph., *Méthode ouverte de coordination et modèle social européen*, Note de recherche n° 03/01, pp. 4 y ss., Instituto de Estudios Europeos, Universidad de Montreal, <http://www.iee.umontreal.ca/publicationsfr.html>.

de políticas nacionales del artículo 128 del Tratado. La ampliación de su ámbito material de aplicación se produce poco después con la adopción de la Estrategia de Lisboa<sup>21</sup>.

## 2.2. La Estrategia de Lisboa

La Estrategia de Lisboa fue adoptada por el Consejo Europeo, en una sesión especial celebrada los días 23 y 24 de marzo de 2000, con el objetivo estratégico de convertir a la UE en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Sobre las circunstancias que justifican la búsqueda de nuevos métodos de acción en la UE, véanse TELÓ, M., «La méthode ouverte de coordination. Gouvernance et gouvernement dans l'Union européenne», en RODRIGUES, M.J. (ed.), *Vers une société européenne de la connaissance. La stratégie de Lisbonne (2000-2010)*, Ed. ULB, IEE, Bruselas, 2004, pp. 240 y ss.; RADAELLI, C., «Whither better regulation for the Lisbon agenda?», *loc. cit.*, p. 190 y ss.

<sup>22</sup> Sobre la Estrategia de Lisboa y su reactivación, en marzo de 2005, pueden verse: RODRIGUES, M.J. (ed.), *Vers une société européenne de la connaissance. La stratégie de Lisbonne (2000-2010)*, Ed. ULB, IEE, Bruselas, 2004; MATÍAS CLAVERO, G., «La Estrategia de Lisboa sobre la sociedad del conocimiento: la nueva economía», *El modelo económico de la Unión Europea. Revista de Economía ICE*, N° 820, enero-febrero 2005, pp. 169 y ss.; «La Estrategia de Lisboa cinco años después», *Boletín Mensual BCE*, julio 2005, pp. 75 y ss. (<http://www.ecb.int/home/html/index.en.html>); BAILLY, O., «La relance de la Stratégie de Lisbonne ou la quête d'un partenariat politique», *RMCUE*, N° 489, 2005, pp. 359 y ss.; GONZÁLEZ MÍNGUEZ, J.M. y LÓPEZ GARCÍA, P., «El relanzamiento de la Estrategia de Lisboa», *Boletín Económico del Banco de España*, junio 2005; COLINA ROBLEDO, M., «La consolidación y el relanzamiento de la estrategia de Lisboa. Más Europa, más empleo y más cohesión social. La cumbre social y el Consejo Europeo de Barcelona», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, N° 42, 2003, pp. 25 y ss.; ROBLES CARRILLO, M., «La reactivación de la Estrategia de Lisboa», *Revista Española de Derecho Europeo*, N° 16, 2005, pp. 497 y ss.; RADAELLI, C., «Whither better regulation for the Lisbon agenda?», *loc. cit.*, pp. 190 y ss.; ARMSTRONG, K., BEGG, I., ZEITLIN, J., «EU Governance After Lisbon», *Journal of Common Market Studies*, Vol. 46, N° 2, pp. 413 y ss.; DEROOSE, S., HODSON, D. y KULHMANN, J., «The Broad Economic Policy Guidelines: Before and After the Re-launch of the Lisbon Strategy», *loc. cit.*, pp. 827 y ss.



La consecución de ese objetivo implica «la aplicación de un nuevo método abierto de coordinación como manera de extender las prácticas idóneas y alcanzar una mayor convergencia en torno a los principales objetivos de la UE»<sup>23</sup>. Siguiendo el texto de las Conclusiones de la Presidencia, ese método supone:

- «establecer directrices para la Unión combinadas con calendarios específicos para lograr los objetivos que se fijen a corto, medio y largo plazo;
- establecer, cuando proceda, indicadores y puntos de referencia cuantitativos y cualitativos cotejados con los mejores que existan y adaptados a las necesidades de los distintos Estados miembros y sectores como método de comparación de las prácticas idóneas;
- plasmar estas directrices europeas en medidas de política nacional y regional, estableciendo objetivos específicos y dando los pasos adecuados, sin perder de vista las diferencias nacionales y regionales;
- organizar periódicamente controles y evaluaciones entre homólogos como procesos de aprendizaje mutuo»<sup>24</sup>.

Sobre esa base, donde se reconoce el modelo de acción previsto en los artículos 129 y 137.2 TCE y el aplicado, desde la Cumbre de Cardiff, en el marco del artículo 128 del Tratado, el MAC se define como una nueva forma de coordinación de las políticas nacionales destinada a facilitar la configuración progresiva de las políticas de los EEMM. Este método responde a «un planteamiento totalmente descentralizado de acuerdo con el principio de

subsidiariedad»<sup>25</sup>, que supone la participación activa de la UE, los Estados miembros, las entidades regionales y locales, los interlocutores sociales y la sociedad civil, mediante distintas formas de colaboración<sup>26</sup>. Es, además, un método que se aplicará «a todos los niveles» y, además, «irá acompañado de una función de guía y coordinación más firme por parte del Consejo Europeo, para garantizar así una dirección estratégica más coherente y un control efectivo de los trabajos»<sup>27</sup>.

El proceso de definición y generalización del MAC realizado en Lisboa<sup>28</sup>, a pesar de su insatisfactoria materialización en la práctica<sup>29</sup>, justifica el interés mostrado por este

<sup>25</sup> Véase, al respecto, ARMSTRONG, K., BEGG, I., ZEITLIN, J., «EU Governance After Lisbon», *loc. cit.*, pp. 421 y ss.

<sup>26</sup> Punto 38 de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Lisboa.

<sup>27</sup> Punto 7 de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Lisboa.

<sup>28</sup> Según Mario Teló, «La stratégie de Lisbonne serait inconcevable sans la méthode ouverte de coordination, seule façon de surmonter les oppositions existant au sein de la majorité des Etats contre l'augmentation des compétences communautaires» (TELÓ, M., «Préface», en RODRIGUES, M.J. (ed.), *Vers une société européenne de la connaissance. La stratégie de Lisbonne (2000-2010)*, *op. cit.*, p. XII). Véase, asimismo, HATZOPOULUS, V., «Why the Open Method of Coordination Is Bad For You: A Letter to the EU», *European Law Journal*, Vol. 13, Nº 3, 2007, pp. 312 y ss.

<sup>29</sup> Una valoración negativa sobre la aplicación práctica del MAC se encuentra en los informes independientes realizados en el marco de la revisión intermedia de la Estrategia de Lisboa: de un lado, el Informe Sapir que puede consultarse en <http://www.euroactiv.com/mbdtext/innovation/sapirreport.pdf>; y, de otro, el Informe del Grupo de Alto Nivel presidido por Wim Kok «Hacer frente al desafío. La Estrategia de Lisboa para el crecimiento y el empleo», que puede localizarse en el apartado «grupo de alto nivel», en la dirección [http://www.europa.eu.int/comm/crecimiento\\_y\\_empleo/index\\_en.html](http://www.europa.eu.int/comm/crecimiento_y_empleo/index_en.html). En el Informe Sapir se advierte, por ello, que es necesario un reforzamiento de los instrumentos de acción privilegiando el recurso al método y a la financiación comunitarios y utilizando el método abierto de coordinación cuando no haya otras alternativas (Informe Sapir, Capítulo 12, apartado 12.1.1-12.1.8, pp. 151-161). En el Informe Kok se reconoce que el MAC no ha respondido a las expectativas en buena

<sup>23</sup> BENZ, A., «Accountable Multilevel Governance by the Open Method of Coordination», *loc. cit.*, pp. 511 y ss.

<sup>24</sup> Punto 37 de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Lisboa.

expediente en algunos de los grupos de trabajo de la Convención sobre el Futuro de Europa<sup>30</sup>. Las propuestas realizadas al respecto no se trasladan, sin embargo, al Proyecto de Tratado Constitucional, que se limita a incorporar este método en algunas disposiciones concretas de la Parte III, siendo ésta, igualmente, la opción asumida en el texto del TCUE.

### 2.3. El sistema previsto en el TCUE

El TCUE contempla una nueva extensión del ámbito material del MAC, pero sin pretender su coincidencia con el contenido asig-

---

medida por la ausencia de voluntad de los Estados. Según este Informe, «los fundamentos del método abierto de coordinación –el control mutuo y la evaluación comparativa– constituyen claros incentivos para animar a los Estados miembros a respetar sus compromisos», pero es necesario mejorarlo radicalmente procediendo, entre otras cosas, a su simplificación (Informe Kok, *loc. cit.*, pp. 49-50). Pueden verse, asimismo, al respecto, KNILL, Ch. y LENSCHOW, A., «Modes of Regulation in the Governance of the European Union: Towards a Comprehensive Evaluation», *European Integration online Papers (EioP)*, Vol. 7, Nº 1, 2003, <http://eiop.or.at/eiop/texte/2004-013a.htm>, p. 15; JOERGES, Ch., «What is left of the European Economic Constitution? A melancholic eulogy», *European Law Review*, Vol. 30, Nº 4, 2005, pp. 478 y ss.; ARMSTRONG, K., BEGG, I., ZEITLIN, J., «EU Governance After Lisbon», *loc. cit.*, pp. 420 y ss.

<sup>30</sup> En el marco de la Convención Europea, el MAC es objeto de consideración, especialmente, en los Grupos de Trabajo XI «Europa Social», IV «Gobernanza económica», V «Competencias complementarias» y X «Simplificación». En concreto, en el Informe final del Grupo XI «Europa Social», se afirma que el MAC es «una nueva forma de coordinación de las políticas nacionales consistente en que los Estados miembros, por iniciativa propia o por iniciativa de la Comisión, definen colectivamente, respetando la diversidad nacional y regional, objetivos e indicadores de un área específica, permitiendo a los Estados». Sobre las distintas opciones propuestas puede verse TELÒ, M., «La gouvernance économique et sociale et la réforme des traités. La méthode ouverte de coordination», en *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Ed. ULB, Bruselas, 2003, Vol. 1, pp. 482 y ss.

nado en la Estrategia de Lisboa<sup>31</sup>. Ese Tratado tipifica el modelo competencial que luego reproduce el vigente Tratado de Lisboa<sup>32</sup>, incluyendo, en particular, dos modalidades competenciales basadas en la noción de coordinación: la coordinación de políticas nacionales del artículo I-15 y las acciones de apoyo, coordinación o complemento del artículo I-17. A pesar de ello y de las propuestas institucionales y doctrinales a favor de una formalización jurídica expresa y genérica del MAC<sup>33</sup>, este método no se menciona formalmente sino que se identifica por su descripción en varias disposiciones: el artículo III-207 sobre empleo, los artículos III-210 y III-213 en política social, el artículo III-250 en materia de investigación y desarrollo tecnológico, el artículo III-278 en el ámbito de la salud pública y el artículo III-279 en materia de industria<sup>34</sup>. Es precisamente en estos ámbitos de acción, además de la educación y la formación profesional, donde el Tratado de Lisboa prevé el recurso al MAC. Pero este Tratado, como sus predecesores, no formaliza la totalidad de los supuestos en los que este método se utiliza en la práctica como consecuencia fundamentalmente de las medidas adoptadas en el contexto de la Estrategia de Lisboa.

---

<sup>31</sup> Sobre los problemas para formalizar el MAC en este Tratado, puede verse ARMSTRONG, K., BEGG, I., ZEITLIN, J., «EU Governance After Lisbon», *loc. cit.*, pp. 417 y ss.

<sup>32</sup> Sobre el modelo competencial previsto en el TCUE, que se mantiene en el Tratado de Lisboa, puede verse ROBLES CARRILLO, M., «La articulación jurídica del sistema de competencias en la UE: el Proyecto de Tratado Constitucional de la Convención Europea», *Revista General de Derecho Europeo*, Nº 4, 2004, <http://www.iustel.com.>

<sup>33</sup> El propio PE se había pronunciado a favor de su inclusión en el texto del TCUE (Resolución del PE sobre la aplicación del método abierto de coordinación, *DOUE*, E, Nº 068, de 18.03.2004, pp. 604-605).

<sup>34</sup> Puede verse, al respecto, DE LA ROSA, S., «The Open Method of Coordination in the New Members States – the Perspectives for its Use as a Tool of Soft Law», *European Law Journal*, Vol. 11, Nº 5, 2005, pp. 636 y ss.

## 2.4. El desarrollo del MAC en la práctica

A pesar de las escasas normas de los Tratados y del fracaso relativo de la Estrategia de Lisboa, constatado en la revisión intermedia de 2005, el MAC se convierte en un instrumento utilizado o, al menos, experimentado en un número creciente de ámbitos materiales<sup>35</sup>. El fundamento normativo de su expansión material se encuentra en esa Estrategia que lo reconoce como un instrumento general posibilitando el recurso al mismo no sólo en los casos expresamente previstos sino, también, en cualquiera de las materias vinculadas a los objetivos globales de

<sup>35</sup> En los años posteriores a la adopción de la Estrategia de Lisboa, la Comisión adopta un número muy amplio de iniciativas de las cuales una mayoría son actos de derecho comunitario, mientras que un porcentaje menor pero significativo corresponde a las técnicas de coordinación. Son técnicas apropiadas en varios supuestos: «The area of work was closely connected with national identity or culture, eg culture or education; The instruments for implementing national policies were so diverse and/or complex that harmonisation seemed disproportionate in relation to the objectives pursued, eg employment; (There was) No political will for EC legislation amongst the Member States but there was a desire to make progress together» (citado en CHALMERS, D. y LODGE, M., *The Open Method of Co-ordination and the European Welfare State*, op. cit., p. 3). En esas áreas, «to be a Europeanization of national policy-making concerned with securing three values. The first, compatibility, required national policies not to have negative effects for the other Member States or the achievement of the objectives of the Union. The second, consistency, entailed that national policies were to enhance each other's effectiveness. Finally, national government performance was to converge. Open Method of Co-ordination was to provide an institutional framework for securing these values» (*Ibidem.*, pp. 3-4). Véanse, asimismo, KERBER, W. y ECKARDT, M., «Policy learning in Europe: the open method of co-ordination and laboratory federalism», *loc. cit.*, pp. 227 y ss.; BÖLZER, T., «European Governance: Negotiation and Competition in the Shadow of Hierarchy», *loc. cit.*, pp. 207 y ss.; O'HAGAN, E., «Too Soft to Handle? A Reflection on Soft Law in Europe and Accession States», *European Integration*, Vol. 26, Nº 4, 2004, pp. 379 y ss.

modernización económica y social<sup>36</sup>. La práctica del MAC hasta el Tratado de Lisboa se caracteriza por una ampliación de sus ámbitos materiales de acción y por una diversificación del procedimiento a partir del prototipo de MAC, que necesariamente cuenta con estos cinco componentes: «OMC development proceeds from *common objectives* establishing a field of common concern. Progress towards objectives can be measured once common *indicators* are established. Indicators allow comparison of performance of member states that is, in turn, used to set *targets*. Once targets are set member states or the EU draw up *actions plans* to meet the objectives. *Peer reviewing* allows badly performing member states to draw lessons from best practice»<sup>37</sup>.

Desde una perspectiva funcional, los diferentes MAC han sido clasificados mediante su adscripción a alguna de estas dos modalidades de gobernanza: *deliberative policy* y *competition policy*<sup>38</sup>. Siguiendo a Arthur Benz, «beyond elements of a top-down mode of coordination (guidelines, targets, timetables, monitoring) and bottom-up processes of

<sup>36</sup> ARMSTRONG, K., BEGG, I., ZEITLIN, J., «EU Governance After Lisbon», *loc. cit.*, pp. 436 y ss.

<sup>37</sup> HAAR, B.T., «Open Method of Coordination: A New Sepping Stone in the Legal Order of International and European Relations», *loc. cit.*, p. 240. Según Deakin son cuatro sus elementos principales: «the fixing of guidelines at central level, coupled with timetables for the achievement of goals; the establishment of benchmarks for tailoring performance and allowing the identification of best practice at local level; the adoption of specific targets for the implementation of the guidelines, while taking into account regional and national differences; and a process of 'periodic monitoring, evaluation and peer review organised as mutual learning process» (DEAKIN, S., «Reflexive Governance and European Company Law», *loc. cit.*, pp. 226-227).

<sup>38</sup> Sobre esta clasificación, véase BENZ, A., «Accountable Multilevel Governance by the Open Method of Coordination», *loc. cit.*, pp. 505 y ss.; Véase, asimismo, BÖLZER, T., «European Governance: Negotiation and Competition in the Shadow of Hierarchy», *loc. cit.*, pp. 191 y ss.

innovation and diffusion of policies, the OMC can be implemented either as a deliberative process of exchange of experiences and learning or as policy competition among decentralised governments determined to trigger cycles of innovation»<sup>39</sup>. Desde una perspectiva material, Erika Szyszczak utiliza una clasificación que ha tenido un amplio seguimiento doctrinal en la que expone los ámbitos del MAC distinguiendo cuatro grupos: 1) «*developed areas*» que tienen base jurídica en el Tratado y donde incluye las OGPE y la EEE<sup>40</sup>; 2) «*adjunct areas*» como la modernización de la protección social, la inclusión social, las pensiones y la asistencia sanitaria; 3) «*nascent areas*» como innovación, investigación y desarrollo, educación, sociedad de la información<sup>41</sup>, medio ambiente y desarrollo

<sup>39</sup> Como explica el autor, «actors that are not subject to law or financial incentives are willing to follow voluntary policy guidelines under two conditions: either they can be convinced of the advantage of this policy or they are driven by their interest to succeed in a competition» (BENZ, A., «Accountable Multilevel Governance by the Open Method of Coordination», *loc. cit.*, p. 511).

<sup>40</sup> La inclusión de las OGPE como un tipo de MAC es, como se ha visto, discutida aunque la mayoría de la doctrina está de acuerdo en considerar que se trata de un antecedente. Puede verse, entre los primeros, CLOSA MONTERO, C., «Lecciones del Pacto de Estabilidad», Real Instituto Elcano, ARI Nº 22, 2004, p. 2. Sobre las características especiales del MAC, véase DE LA PORTE, C. y POCHE, Ph., «The European Employment Strategy: Existing Research and Remaining Questions», *Journal of European Social Policy*, Vol. 14, Nº 1, 2004, p. 72.

<sup>41</sup> Véanse, al respecto, GÓMEZ-BARROSO, J.L., FEIJÓO, C. y KARNITIS, E., «The European Policy for the Development of an Information Society: the Right Path», *Journal of Common Market Studies*, Vol. 46, Nº 4, pp. 787 y ss.; LODGE, M., «Comparing Non-Hierarchical Governance in Action: the Open Method of Co-ordination in Pensions and Information Society», *Journal of Common Market Studies*, Vol. 45, Nº 2, 2007, pp. 343 y ss. Sobre su eficacia, en un informe del Instituto Tavistock, solicitado por la Comisión en 2005, se advierte que: «The OMC mechanism in eEurope (benchmarking, exchange and good practice) has had little effect, except where it is in tune with national ways of doing things and pre-existing practices (...) While OMC has helped frame or reinforce policy objectives and orientations, it has not helped to define actual policy, nor has it helped to determine

sostenible<sup>42</sup>, asilo e inmigración<sup>43</sup> y política de empresa; y 4) «*unacknowledged tax*»<sup>44</sup>. Se citan asimismo el caso de un MAC en materia de servicios<sup>45</sup>, derecho de sociedades<sup>46</sup>, cohesión territorial<sup>47</sup> o protección civil<sup>48</sup>. Cada uno de los MAC desarrollados en esos ámbitos difiere de los demás en varios aspectos y, entre ellos, fundamentalmente, la duración de cada ciclo de coordinación, el tipo de objetivos, el grado de supervisión acordado a los Estados miembros, la función de las instituciones o el papel de los interlocutores políticos y sociales, entre otros<sup>49</sup>. Estos dos últimos

actions to be taken» (citado en GÓMEZ-BARROSO, J.L., FEIJÓO, C. y KARNITIS, E., «The European Policy for the Development of an Information Society: the Right Path», *loc. cit.*, p. 807).

<sup>42</sup> USUI, Y., «The Democratic Quality of Soft Governance in the EU Sustainable Development Strategy: A Deliberative Deficit», *European Integration*, Vol. 29, Nº 5, 2007, pp. 619 y ss.

<sup>43</sup> Sobre los problemas particulares que plantea la aplicación del MAC en materia de asilo e inmigración desde la perspectiva de las garantías jurídicas y jurisdiccionales, en particular, los derechos y libertades fundamentales, puede verse HATZOPOULUS, V., «Why the Open Method of Coordination Is Bad For You: A Letter to the EU», *loc. cit.*, p. 323.

<sup>44</sup> SZYSZCZAK, E., «Experimental Governance: The Open Method of Coordination», *European Law Journal*, Vol. 12, Nº 4, 2006, p. 494; TSAROUHAS, D., «The Open Method of Coordination and integration theory: are there lessons to be learned», *loc. cit.*, p. 10; CHALMERS, D. y LODGE, M., *The Open Method of Co-ordination and the European Welfare State*, *op. cit.*, pp. 4 y ss.

<sup>45</sup> BARNARD, C., «Unravelling the Services Directive», *Common Market Law Review*, Vol. 45, 2008, pp. 323-394 y, en particular, pp. 381 y ss.

<sup>46</sup> DEAKIN, S., «Reflexive Governance and European Company Law», *loc. cit.*, pp. 237 y ss.

<sup>47</sup> FALUDI, A., «The Open Method of Co-ordination and 'Post-regulatory' Territorial Cohesion Policy», *loc. cit.*, pp. 1019 y ss.

<sup>48</sup> EKENGREN, M., MATZÉN, N., RHINARD, M. y SVANTESSON, M., «Solidarity or Sovereignty? EU Cooperation in Civil Protection», *European Integration*, Vol. 28, Nº 5, 2006, pp. 473 y ss.

<sup>49</sup> HATZOPOULUS, V., «Why the Open Method of Coordination Is Bad For You: A Letter to the EU», *loc. cit.*, pp. 312 y ss.; TSAROUHAS, D., «The Open Method of Coordination and integration theory: are there lessons to be learned», *loc. cit.*, p. 10; KERBER, W. y ECKARDT, M.,

aspectos son singularmente importantes en la medida en que afectan a la legitimidad misma del MAC como modelo de gobernanza, siendo éste un concepto clave del debate político, institucional y doctrinal.

En realidad, las diferencias existentes entre cada uno de los MAC desde la perspectiva de su organización institucional y de la participación de la sociedad civil, además de su formalización normativa, no facilitan una conclusión general sobre la legitimidad democrática del método<sup>50</sup>. Pero precisamente esa circunstancia permite identificar como un problema principal, y común a la mayoría, la falta de transparencia de esta modalidad de acción que no es generalmente conocida y lo es aún menos en cada una de sus manifestaciones<sup>51</sup>. En este sentido, Milena Büchs ofrece como paradigma la diferencia existente entre el MAC de la Estrategia Europea de Empleo y el MAC de la protección social<sup>52</sup>,

«Policy learning in Europe: the open method of co-ordination and laboratory federalism», *loc. cit.*, pp. 236 y ss.; BÖLZER, T., «European Governance: Negotiation and Competition in the Shadow of Hierarchy», *loc. cit.*, pp. 207 y ss.; WIENER, A., «Analysing Democratic Legitimacy Collaborately», *European Integration*, Vol. 29, Nº 3, 2007, pp. 381 y ss.

<sup>50</sup> A un nivel general pueden verse los argumentos de su déficit democrático en HODSON, D., «Macroeconomic co-ordination in the euro area: the scope and limits of the open method», *loc. cit.*, pp. 238 y ss.

<sup>51</sup> Véanse HATZOPOULUS, V., «Why the Open Method of Coordination Is Bad For You: A Letter to the EU», *loc. cit.*, pp. 338 y ss.; BÜSCHS, M., «How Legitimate is the Open Method of Co-ordination?», *loc. cit.*, pp. 776 y ss.; BENZ, A., «Accountable Multilevel Governance by the Open Method of Coordination», *loc. cit.*, pp. 505 y ss.; HAAR, B.T., «Open Method of Coordination: A New Sepping Stone in the Legal Order of International and European Relations», *loc. cit.*, pp. 240 y ss.

<sup>52</sup> Según la autora, en el plano europeo, las normas correspondientes del Tratado establecen un modelo institucional y orgánico distinto en cada caso en el que, además, también difieren los mecanismos de asociación de los representantes de la sociedad civil. En el primer ámbito se vincula a las asociaciones de empresarios y trabajadores, además de la representación que ofrece el procedimiento de la consulta al Comité Económico y Social. En materia de inclusión social no existen esos

que se reproduce asimismo entre otros MAC<sup>53</sup>. En la práctica, una mayor asociación de las instituciones parlamentarias<sup>54</sup>, de los órganos de representación y de la sociedad civil está llamada a incrementar la legitimidad del método pero, al mismo tiempo, esa operación contribuye a aumentar la complejidad y la opacidad del sistema que, por su parte, son factores que dificultan la determinación de las responsabilidades<sup>55</sup> y contribuyen

cauces de representación, a pesar de la importancia que tiene en ese contexto la presencia de las organizaciones no gubernamentales. En cambio, en el plano nacional, ocurre justo lo contrario. La participación de agentes de la sociedad civil es habitual en materia de inclusión social, mientras que no se encuentra tan generalizada en materia de empleo (BÜSCHS, M., «How Legitimate is the Open Method of Co-ordination?», *loc. cit.*, pp. 775 y ss.).

<sup>53</sup> Pueden verse otras comparaciones en LODGE, M., «Comparing Non-Hierarchical Governance in Action: the Open Method of Co-ordination in Pensions and Information Society», *loc. cit.*, pp. 343 y ss.; DE LA PORTE, C., «Is the Open Method of Coordination Appropriate for Organising Activities at European Level in Sensitive Policy Areas?», *European Law Journal*, Vol. 8, Nº 1, 2002, pp. 38 y ss.; NATALI, D. y DE LA PORTE, C., «La participation dans la stratégie de Lisbonne (et au-delà). Une comparaison des MOC sur la stratégie européenne pour l'emploi et les retraites», *loc. cit.*, pp. 65 y ss.

<sup>54</sup> Una prueba de la escasa implicación de los parlamentos nacionales en este proceso se encuentra en el hecho de que sólo unos pocos son asociados en la elaboración de los planes nacionales de reforma o en los informes nacionales. Véanse, al respecto, BÜSCHS, M., «How Legitimate is the Open Method of Co-ordination?», *loc. cit.*, pp. 777 y ss.; HATZOPOULUS, V., «Why the Open Method of Coordination Is Bad For You: A Letter to the EU», *loc. cit.*, pp. 327 y ss.; DUINA, F. y RAUNIO, T., «The open method of coordination and national parliaments: further marginalization or new opportunities?», *loc. cit.*, pp. 501 y ss.; BENZ, A., «Accountable Multilevel Governance by the Open Method of Coordination», *loc. cit.*, pp. 505 y ss.; TSAKATIKA, M., «A Parliamentary Dimension for EU Soft Governance», *European Integration*, Vol. 29, Nº 5, 2007, pp. 549 y ss.; BORRÁS, S. y CONZELMANN, T., «Democracy, Legitimacy and Soft Modes of Governance in the EU: The Empirical Turn», *European Integration*, Vol. 29, Nº 5, 2007, pp. 531 y ss.

<sup>55</sup> Sobre esta cuestión véase, en particular, BENZ, A., «Accountable Multilevel Governance by the Open Method of Coordination», *loc. cit.*, pp. 506 y ss.

a su carencia de legitimidad<sup>56</sup>. En estas circunstancias se explica el argumento doctrinal que defiende la legitimación del MAC sobre la base de su efectividad, aunque también en este punto hay diferencias entre los diversos MAC.

Siguiendo el criterio de la efectividad<sup>57</sup>, Vassilis Hatzopoulos realiza una clasificación del MAC «from strong to weak by reference to three criteria: a) the degree of determinacy of common guidelines; b) the possibility of sanctions; and c) the degree of clarity regarding the roles of the various actors»<sup>58</sup>. El mismo autor advierte del alcance de esas diferencias al afirmar que «it is unclear whether the outcomes of the various OMC's may qualify as law, soft law or not law»<sup>59</sup>. Para Haar, «the question is not whether an instrument is hard law or soft law, but rather whe-

ther it is law or a political agreement»<sup>60</sup>. La variedad característica de los MAC se manifiesta realmente en su incierta efectividad o escasa eficiencia<sup>61</sup>. Desde esa perspectiva, de nuevo Vassilis Hatzopoulos establece una clasificación en tres categorías. Según el autor, «a first type of OMC could be used as a means for smoothing the implementation of EU hard law by the Member States (executive OMC). Such would be the case, for example, of the proposed OMC in the field of immigration and asylum. (...) Such a well-framed OMC would have high chances of delivering its objectives. A second category of OMC could be used for attaining policy coordination in the absence of EU legislation, in fields where there is either a) strong leadership (as was the case with monetary policy dominated by the German priorities) or b) consensus as to the general objectives to be achieved. This (strong coordination) OMC could also be effective. Much less effective would be the third kind of OMC, where policy coordination is pursued in the absence of any strong leadership or pre-established common values and in the fields where a vast array of policy choices is available (loose coordination OMC)»<sup>62</sup>. La regla parece ser, como explica Milena Büsch, «if the OMC's effectiveness is evaluated against more ambitious targets, the outcome may be less positive»<sup>63</sup>.

<sup>56</sup> BÜSCHS, M., «How Legitimate is the Open Method of Co-ordination?», *loc. cit.*, pp. 777 y ss.; BENZ, A., «Accountable Multilevel Governance by the Open Method of Coordination», *loc. cit.*, pp. 506 y ss.; ZIELONKA, J., «Plurilateral Governance in the Enlarged European Union», *loc. cit.*, pp. 205 y ss.; ARMSTRONG, K., BEGG, I., ZEITLIN, J., «EU Governance After Lisbon», *loc. cit.*, pp. 421 y ss.; TSAKATIKA, M., «A Parliamentary Dimension for EU Soft Governance», *loc. cit.*, pp. 565 y ss.; KRÖGER, S., «The End of Democracy as We Know it? The Legitimacy Deficits of Bureaucratic Social Policy Governance», *European Integration*, Vol. 29, Nº 5, 2007, pp. 565 y ss.; RADULOVA, E., «The OMC: An Opaque Method of Consideration or Deliberative Governance in Action?», *loc. cit.*, pp. 363 y ss.; HOLZHACKER, R., «Democratic Legitimacy and the European Union», *European Integration*, Vol. 29, Nº 3, 2007, pp. 257 y ss.

<sup>57</sup> Sobre la efectividad del MAC, puede verse HODSON, D., «Macroeconomic co-ordination in the euro area: the scope and limits of the open method», *loc. cit.*, pp. 233 y ss.; SCHÄFER, A., «A new form of governance? Comparing the open method of coordination to multilateral surveillance by the IMF and the OECD», *loc. cit.*, pp. 70 y ss.

<sup>58</sup> HATZOPOULUS, V., «Why the Open Method of Coordination Is Bad For You: A Letter to the EU», *loc. cit.*, pp. 312 y ss.

<sup>59</sup> HATZOPOULUS, V., «Why the Open Method of Coordination Is Bad For You: A Letter to the EU», *loc. cit.*, pp. 333.

<sup>60</sup> HAAR, B.T., «Open Method of Coordination: A New Seppings Stone in the Legal Order of International and European Relations», *loc. cit.*, p. 238.

<sup>61</sup> HATZOPOULUS, V., «Why the Open Method of Coordination Is Bad For You: A Letter to the EU», *loc. cit.*, p. 333; KERBER, W. y ECKARDT, M., «Policy learning in Europe: the open method of co-ordination and laboratory federalism», *loc. cit.*, pp. 240 y ss.; ZIELONKA, J., «Plurilateral Governance in the Enlarged European Union», *loc. cit.*, pp. 197 y ss.; GÓMEZ-BARROSO, J.L., FEJÓO, C. y KARNITIS, E., «The European Policy for the Development of an Information Society: the Right Path», *loc. cit.*, pp. 807 y ss.

<sup>62</sup> HATZOPOULUS, V., «Why the Open Method of Coordination Is Bad For You: A Letter to the EU», *loc. cit.*, p. 338.

<sup>63</sup> BÜSCHS, M., «How Legitimate is the Open Method of Co-ordination?», *loc. cit.*, p. 769.

A pesar de creciente utilización, desde 2003 y con ocasión de la reactivación de la Estrategia de Lisboa, en 2005, el MAC es objeto de un balance negativo doctrinalmente y en el marco institucional, aunque en el reparto de responsabilidades no sólo se atiende al método mismo<sup>64</sup>, sino también a la Estrategia en su conjunto, a la incapacidad de los Estados y las instituciones de progresar en la consecución de sus ambiciosos objetivos y, también, a un contexto marcado por el proceso de reforma de los Tratados que crea una situación general de *impasse* en la Unión Europea y que, finalmente, desemboca en la adopción del Tratado de Lisboa.

### 3. LAS DISPOSICIONES DEL TRATADO DE LISBOA SOBRE EL MAC

El Tratado de Lisboa, en vigor desde el 1 de diciembre de 2009, constituye una nueva

<sup>64</sup> El desarrollo del MAC se muestra desigual en función de las materias. En 2003, Chalmers y Lodge analizan esa cuestión considerando la situación respecto de cada una de las dos fases principales de este proceso de coordinación. En primer lugar, en cuanto al establecimiento de las líneas directrices de la Unión, aparte de la coordinación de políticas económicas y de empleo, dictada por los Tratados, y la Estrategia de Desarrollo Sostenible que responde a un modelo de gobernanza parecido al MAC adoptado en el Quinto Plan de Acción de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible de 1993, la situación se caracteriza por los escasos avances: de un lado, los objetivos establecidos en materia de pensiones y de inclusión social son generales, con algunos indicadores pero sin objetivos cuantificables ni cuotas de referencia válidas para este ejercicio; de otro lado, en educación, formación profesional, investigación y desarrollo no existe una estrategia global sino medidas aisladas y genéricas; para terminar, en inmigración y asilo, solo hay propuestas. En segundo lugar, en relación con la adopción de medidas nacionales, los únicos ámbitos en los que los Estados han procedido en tiempo a su aplicación son las políticas económicas—que no es exactamente un MAC—y el empleo, mientras que respecto del resto apenas unos pocos Estados incluyen informes detallando su actividad (CHALMERS, D. y LODGE, M., *The Open Method of Co-ordination and the European Welfare State*, op. cit., pp. 5 y ss.).

etapa en el proceso de construcción europea caracterizada en lo que concierne al MAC por dos datos principales de orden general. El primero es la formalización jurídica de esta técnica mediante una definición de sus componentes esenciales en las normas del Tratado y sin recurrir a su denominación formal, siguiendo con ello la tendencia originada con el Tratado de Ámsterdam y apartándose del modelo seguido en el marco de la Estrategia de Lisboa donde generalmente se utiliza la expresión MAC. El segundo es la extensión de su ámbito de aplicación a nuevas materias, pero sin procurar la coincidencia respecto de los ámbitos regulados en el marco normativo del *soft law* o en la práctica europea<sup>65</sup>. Ello supone mantener y consagrar una situación marcada por la dualidad normativa resultante del hecho de que el MAC es regulado en el Tratado y en las normas de *soft law*, respecto de materias no necesariamente coincidentes, utilizando su nombre o sólo caracterizándolo y, además, sin que coincidan en todas las disposiciones las mismas características<sup>66</sup>.

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) prevé el recurso al MAC en materia de empleo (artículo 149), política social (artículos 153, 156 y 160), educación (artículo 165), formación profesional (artículo 166), salud pública (artículo 168), industria (artículo 173) y en investigación y desarrollo tecnológico (artículo 181)<sup>67</sup>.

<sup>65</sup> Sobre las motivaciones que justifican el recurso al MAC en una determinada materia, véase HODSON, D., «Macroeconomic co-ordination i the euro area: the scope and limits of the open method», *loc. cit.*, pp. 235 y ss.

<sup>66</sup> Como es lógico, todas esas circunstancias van en detrimento de la transparencia y de la legitimidad misma del MAC, sin ser imputables al método mismo, sino a la falta de voluntad política de los Estados para proceder a su correcta formulación. Véase HATZOPOULUS, V., «Why the Open Method of Coordination Is Bad For You: A Letter to the EU», *loc. cit.*, pp. 319 y ss.

<sup>67</sup> El Protocolo número 1 sobre el cometido de los parlamentos nacionales en la Unión Europea establece en su artículo 10 relativo a la cooperación interparla-

El Tratado no supone una exacta formalización jurídica de la práctica existente en esta materia porque sigue habiendo ámbitos que no han sido recogidos en el nuevo Tratado y porque existen otros en los que lo dispuesto en la norma no traslada la entidad real del uso de este método. Es preciso indagar sobre el origen, el alcance, la naturaleza y el contenido de estas políticas para explicar, en cada caso, la previsión y articulación jurídica de este método.

### 3.1. Empleo

El MAC está previsto en el capítulo de empleo desde el Tratado de Ámsterdam y se mantiene en el Tratado de Lisboa. El empleo es definido en el artículo 5.2 del TFUE como un ámbito sometido al régimen de coordinación de políticas nacionales de los Estados miembros. Esta disposición es el resultado de un proceso que arranca con el Tratado CECA cuyo artículo 2 incluye «el desarrollo y la continuidad del empleo» entre los objetivos de esta organización. Los Tratados de Roma no asumen esa preocupación en los mismos términos<sup>68</sup>, pero la situación cambia a partir de los años setenta cuando la situación generalizada del empleo pone de manifiesto una disfunción esencial de la construcción europea:

---

mentaría las actividades que puede desarrollar la Conferencia de órganos parlamentarios especializados en asuntos de la Unión. Además de enviar sus contribuciones al Parlamento Europeo, al Consejo o a la Comisión y organizar conferencias interparlamentarias, esta Conferencia debe fomentar «el intercambio de información y buenas prácticas entre los Parlamentos nacionales y el Parlamento Europeo y entre sus comisiones especializadas». Esta fórmula no recoge todos los componentes del MAC pero es precisamente la utilizada en materia de educación y formación en los artículos 165 y 166 del TFUE. En este caso, sin embargo, la presencia del MAC se identifica atendiendo a la práctica desarrollada fundamentalmente en el marco de la Estrategia de Lisboa.

<sup>68</sup> El artículo 123 del TCEE se conformaba con crear el FSE para mejorar y fomentar las posibilidades de empleo.

el contraste existente entre la gravedad del problema del paro y el avance en el crecimiento económico. A partir de entonces se confirma la idea de que el progreso económico debe acompañarse de un progreso social y de que ello exige la adopción de medidas de integración positiva, porque, como se ha demostrado en la práctica, el primero no necesariamente conduce al segundo. Este principio se refuerza en la década de los años ochenta cuando se reconoce y asume generalmente la necesidad de orientar la construcción europea hacia los ciudadanos, mostrando sus beneficios en la mejora de las condiciones sociales y, en particular, el empleo<sup>69</sup>. En la década siguiente, el Tratado de Ámsterdam incluye finalmente el empleo entre los objetivos de la Unión sometándolo al régimen jurídico de coordinación de políticas nacionales<sup>70</sup> que se materializa en los Procesos de Luxemburgo y Colonia y se mantiene hasta el actual Tratado y estableciendo, por vez primera, el MAC como una modalidad singularizada de coordinación<sup>71</sup>. Ese objetivo y este método son, asimismo, integrados en la Estrategia de Lisboa que defiende una política activa de empleo basada en dos órdenes de medidas: el impulso del Proceso de Luxemburgo y una mayor implicación de los interlocutores sociales en el desarrollo de esta actividad<sup>72</sup>. El

---

<sup>69</sup> Es un objetivo fundamental del entonces Presidente de la Comisión, Jacques Delors, que se materializa en el Libro Blanco sobre Crecimiento, Competitividad y Empleo (*Boletín CEE, suplemento, 6/93*).

<sup>70</sup> El artículo 2 del TUE establece ese nuevo objetivo, mientras que el artículo 3 prevé el régimen de coordinación de políticas nacionales en materia de empleo.

<sup>71</sup> Pueden verse LÓPEZ-SANTANA, M. «The domestic implications of European soft law: framing and transmitting change in employment policy», *Journal of European Public Policy*, Vol. 13, Nº 4, 2006, pp. 481 y ss.; HEIDENREICH, M. y BISCHOFF, G., «The Open Method of Co-ordination: A Way to the Europeanization of Social and Employment Policies?», *Journal of Common Market Studies*, Vol. 46, Nº 3, 2008, pp. 497 y ss.

<sup>72</sup> ZOHLEHNER, R. y OSTHEIM, T., «Paving the Way for Employment? The Impact of the Luxembourg Process on German Labour Market Policies», *European Integration*, Vol. 27, Nº 2, 2005, pp. 147 y ss.



artículo 149 del TFUE (antiguo artículo 129 TCE) es el resultado de ese proceso<sup>73</sup>.

Siguiendo lo dispuesto en el artículo 149 del TFUE, el régimen jurídico del MAC responde a los siguientes parámetros generales: 1) el MAC opera en una materia, el empleo, definida en el artículo 5 del Tratado como un ámbito de coordinación de las políticas nacionales de los Estados miembros<sup>74</sup>; 2) institucionalmente, el MAC implica al Parlamento Europeo y al Consejo en cuanto que han de adoptar las medidas previstas en ese ámbito mediante el recurso a este método y al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones que han de ser consultados al respecto<sup>75</sup>; 3) el instrumento normativo es, en este caso, el procedimiento legislativo ordinario previa consulta a los órganos mencionados; y 4) hay un límite material objetivo para la actuación del MAC pues las medidas no pueden conducir a una armonización de la normativa legal y reglamentaria de los Estados miembros.

La articulación jurídica del MAC en materia de empleo se encuentra determinada, pues, con carácter general, por la dualidad en cuanto a su fundamento jurídico porque el

<sup>73</sup> El artículo 149 establece que «El Parlamento europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, podrán adoptar medidas de fomento para alentar la cooperación entre los Estados miembros y apoyar la actuación de éstos últimos en el ámbito del empleo, a través de iniciativas destinadas a desarrollar los intercambios de información y buenas prácticas, facilitar análisis comparativos y asesoramiento, así como promover planteamientos innovadores y evaluar experiencias, en particular recurriendo a proyectos piloto». En su párrafo 2 dispone que «Estas medidas no incluirán armonización alguna de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros».

<sup>74</sup> Al igual que la política social en los ámbitos no sometidos al régimen de competencias compartidas y a diferencia de las políticas económicas donde no está previsto este método.

<sup>75</sup> Véase BÜSCHS, M., «How Legitimate is the Open Method of Co-ordination?», *loc. cit.*, pp. 775 y ss.

recurso a esa modalidad de acción está previsto en las disposiciones del Tratado y es factible, por tratarse de un instrumento genérico, en marco normativo de *soft law* de la Estrategia de Lisboa. Sobre esa base, la definición del método en la norma del Tratado responde a dos principios ya conocidos en este caso: en primer lugar, el mantenimiento de la técnica de caracterización de los componentes de este método en lugar de utilizar el término MAC; y, en segundo lugar, la utilización de la fórmula extensa y propia en sentido estricto de este método, de manera que, a diferencia de otras disposiciones más parcas en su redacción, incluye los elementos que conforman el núcleo funcional del MAC diseñado mediante la fórmula *best practices-benchmarking-policy learning*<sup>76</sup>. En la práctica, es un método fundamentalmente centralizado como consecuencias de las características del procedimiento de coordinación de políticas nacionales previsto en este ámbito y de su relación con los procedimientos establecidos en el marco de la Unión Económica y Monetaria. La acción europea es definida mediante un flujo de información y de interrelación más rígido y limitado y con un nivel considerablemente menor de discusión o de apreciación entre los diferentes participantes<sup>77</sup>, que no permite apreciar una secuencia

<sup>76</sup> Véase DE LA PORTE, C., «Is the Open Method of Coordination Appropriate for Organising Activities at European Level in Sensitive Policy Areas?», *loc. cit.*, pp. 46 y ss.

<sup>77</sup> DE LA PORTE, C. y POCHE, Ph., «The European Employment Strategy: Existing Research and Remaining Questions», *loc. cit.*, pp. 71 y ss.; TERRADILLOS ORMAETXEA, E., «Validez y límites del método abierto de coordinación en la política de empleo comunitario», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Vol. 72, 2008, pp. 71 y ss.; JACOBSON, K., «Soft regulation and the subtle transformation of states: the case of EU employment policy», *Journal of European Social Policy*, Vol. 14, Nº 4, 2004, pp. 355 y ss.; MAILAND, M., «The uneven impact of the European Employment Strategy on member states' employment policies: a comparative analysis», *Journal of European Social Policy*, Vol. 18, Nº 4, 2008, pp. 353 y ss.; SCHÄFER, A., «A new form of governance? Comparing the open method of coordination to multilateral surveillance

tan dinámica y fluida entre el *top-down* y el *bottom-up* como ocurre en otras materias<sup>78</sup>.

### 3.2. Política social

La política social es un ámbito de acción europea que se ha configurado de modo progresivo y asimétrico a partir de las escasas y dispersas disposiciones introducidas en los Tratados de París y de Roma. Ese déficit normativo se explicaba de dos modos distintos: porque se limitaba a regular lo estrictamente necesario para permitir el correcto funcionamiento del mercado común en condiciones de competitividad o porque existía la convicción de que la propia dinámica de ese mercado integrado conduciría a una armonización espontánea de la legislación social. Como en materia de empleo, la adopción de medidas positivas se convierte en una necesidad desde la década de los setenta cuando se asume el propósito de superar la imagen meramente mercantilista de la integración europea y de vincular progreso económico y social. A las iniciativas de carácter político y normativo se suma el impulso de una jurisprudencia extensiva y progresista del TJCE para cons-

truir una política social que, por ese devenir concreto, se manifiesta fragmentada en distintas disposiciones, medidas y objetivos y carente de un mínimo de vertebración jurídica<sup>79</sup>. Con el Tratado de Maastricht, la política social adquiere un nuevo protagonismo motivado por esa nueva definición pero, también, por el hecho de ver su regulación exiliada a un Protocolo anexo al Tratado. Esas normas del Acuerdo sobre Política Social se integran en el TCE con el Tratado de Ámsterdam donde se introduce el MAC en la lucha contra la exclusión social<sup>80</sup> y, en particular, la pobreza<sup>81</sup>. Por su parte, en el contexto de la Estrategia de Lisboa, el propósito de moderniza-

<sup>79</sup> Sobre esta evolución, puede verse ROBLES CARRILLO, M., «La política social comunitaria», en LÓPEZ ESCUDERO, M. y PÉREZ DE NANCLARES, J. (eds.), *Derecho Comunitario material*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 2000, pp. 267-282.

<sup>80</sup> El título dedicado a la política social no recoge, sin embargo, el conjunto de disposiciones existentes en la materia. En realidad, por el origen y finalidad esencialmente económicos del proceso de integración y por la voluntad persistente de los Estados de mantener sus competencias en el ámbito social, en el marco europeo, el término «política social» sirve para designar un conjunto de competencias, medidas y objetivos de distinto alcance y naturaleza dispersos a lo largo del texto del Tratado y de otros actos normativos, que se muestran incapaces de trasladar la intensidad y la extensión de la acción social europea pero, al tiempo, son exponentes de la necesidad ineludible de avanzar en la definición del modelo social europeo (ROBLES CARRILLO, M., «La política social comunitaria», *loc. cit.*, pp. 267-282). A todo ello hay que sumar la actividad desarrollada en materia social mediante el recurso a la técnica de coordinación de políticas nacionales en el contexto de los Procesos de Luxemburgo, Cardiff y Colonia y en la Estrategia de Lisboa.

<sup>81</sup> Véanse KRÖER, S., «The Effectiveness of Soft Governance in the Field of European Anti-poverty Policy: Operationalization and Empirical Evidence», *Journal of Comparative Policy Analysis*, Vol. 11, Nº 2, 2009, pp. 197 y ss.; DE LA PORTE, C., «Is the Open Method of Coordination Appropriate for Organising Activities at European Level in Sensitive Policy Areas?», *loc. cit.*, pp. 46 y ss.; FERRERA, M., MATSAGANIS, M. y SACHII, S., «Open coordination against poverty: the new EU social inclusion process», *Journal of European Social Policy*, Vol. 12, Nº 3, 2002, pp. 227 y ss.

by the IMF and the OECD», *loc. cit.*, pp. 79 y ss.; SERRANO PASCUAL, A., «Del desempleo como riesgo al desempleo como trampa», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 23, Nº 2, 2005, pp. 219 y ss.; OJEDA AVILÉS, A., «Promoción del empleo y diálogo social», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Nº 52, 2004, pp. 1 y ss.; TERRADILLOS ORMAETXEA, E., «La interacción entre políticas activas de empleo y políticas económicas en la Unión Europea, el juego del método abierto de coordinación y sus efectos sobre la política de empleo española», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Vol. 62, pp. 59 y ss.; MARTIN PUEBLA, E., «El empleo en la renovada Estrategia de Lisboa y las medidas laborales del Programa Nacional de Reformas de España», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Vol. 72, 2008, pp. 41 y ss.; DE PABLOS, J.C. y MARTÍNEZ, A., «La Estrategia Europea de Empleo: historia, consolidación y claves de interpretación», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Vol. 77, 2008, pp. 105 y ss.

<sup>78</sup> ARMSTRONG, K., BEGG, I., ZEITLIN, J., «EU Governance After Lisbon», *loc. cit.*, pp. 444 y ss.

ción social implica la adopción de un programa de acción más allá del marco normativo previsto en esas disposiciones donde se incluye el MAC y el objetivo de establecer un modelo social europeo<sup>82</sup> con pleno empleo y cohesión social siguiendo los postulados de la Agenda Social Europea<sup>83</sup>.

La introducción del MAC como modalidad de acción en materia de política social se explica, siguiendo a Bruno, Jacquot y Mandin, por diversos motivos: «First, the increasing overlap of European and national policies in the monetary and budgetary fields diminished the possibility for action of the member status. Second, the adjustment of pension and healthcare policies became necessary because of ageing of populations. Third, the

<sup>82</sup> Sobre el modelo social europeo, pueden verse ESPING-ANDERSEN, G., «Un nouveau modèle social européen pour le XXI siècle», en RODRIGUES, M.J. (ed.), *Vers une société européenne de la connaissance. La stratégie de Lisbonne (2000-2010)*, op. cit., pp. 51 y ss.; COLINA ROBLEDO, M., «La consolidación y el relanzamiento de la estrategia de Lisboa. Más Europa, más empleo y más cohesión social. La cumbre social y el Consejo Europeo de Barcelona», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Nº 42, 2003, pp. 25 y ss.; JEPSEN, M. y SERRANO PASCUAL, A., «The European Social Model: an exercise in deconstruction», *Journal of European Social Policy*, Vol. 15, Nº 3, 2005, pp. 231 y ss.; ETXEZARRETA, M., «La política social de la UE. Consideración especial de la política de pensiones», *Materialismo Histórico y Teoría Crítica*, Madrid, 2003; ANNESLEY, C., «Lisbon and social Europe: towards a European 'adult worker model' welfare system», *Journal of European Social Policy*, Vol 17, Nº 3, 2007, pp. 195 y ss.; BAILEY, D.J., «Explaining the underdevelopment of Social Europe: a critical realization», *Journal of European Social Policy*, Vol 18, Nº 3, 2008, pp. 232 y ss.; DRAXLER, J. y VAN VLIET, O., «European Social Model: No Convergent from the East», *European Integration*, Vol. 32, Nº 1, 2010, p. 115 y ss.

<sup>83</sup> En la reunión de Niza, los días 7 a 9 de diciembre de 2000, el Consejo Europeo aprueba la Agenda Social Europea que, siguiendo lo establecido en la Estrategia de Lisboa, «constituye una etapa primordial en la consolidación y modernización del modelo social europeo, caracterizado por un vínculo indisoluble entre el rendimiento económico y el progreso social». La Agenda Social Europea se recoge en el Anexo I de las Conclusiones de la Presidencia.

enlargement involving the post-Communist states, where the level of social protection is often inferior, raised fears of a 'race to the bottom'. Beyond these socio-economic causes, left-wing governments were numerous in Europe. Under these conditions, the OMC appears as a 'defensive instrument' against the possible retrenchment of the European welfare states due to the economic imperatives»<sup>84</sup>. En la evolución de este MAC<sup>85</sup>, destacan dos fenómenos: la extensión material al conjunto de la política social y la operación de racionalización del método<sup>86</sup>.

<sup>84</sup> BRUNO, I., JACQUOT, S. y MANDIN, L., «Europeanization through its instrumentation: benchmarking, mainstreaming and the open method of co-ordination ... toolbox or Pandora's box?», loc. cit., p. 525. Pueden verse FALKNER, G., «Forms of governance in European Union social policy: Continuity and/or change?», *International Social Security Review*, Vol. 59, Nº 2, 2006, pp. 77 y ss.; DALY, M., «EU Social Policy after Lisbon», *Journal of Common Market Studies*, Vol. 44, Nº 3, 2006, pp. 461 y ss.; O'CONNOR, J.S., «Policy coordination, social indicators and the social-policy agenda in the European Union», *Journal of European Social Policy*, Vol. 15, Nº 4, 2005, pp. 345 y ss.

<sup>85</sup> BRUNO, I., JACQUOT, S. y MANDIN, L., «Europeanization through its instrumentation: benchmarking, mainstreaming and the open method of co-ordination ... toolbox or Pandora's box?», loc. cit., pp. 525 y ss.

<sup>86</sup> En 1999, la Comisión adopta una instrumentación para una estrategia concertada en materia de protección social proponiendo la creación de un Comité de Protección Social que se establece en el Tratado de Niza y que es responsable de la fase inicial del procedimiento. En un primer nivel, cada Estado miembro presenta bianualmente los Planes Nacionales de Acción (PAN) donde describe sus estrategias a nivel nacional para mejorar su situación. A partir de la primera presentación en junio de 2001, en un segundo nivel, la Unión Europea elabora un informe conjunto sobre inclusión social donde se comparan y contrastan las políticas nacionales y se ofrecen recomendaciones (BEGG, I. y BERGHMAN, J., «EU social (exclusión) policy revisited?», *Journal of European Social Policy*, Vol. 12, Nº 3, 2002, p. 179 y ss.). Siguiendo la línea marcada en sus reuniones de Lisboa y Gotemburgo, el Consejo Europeo de Barcelona de marzo de 2002 establece los principios para la reforma y adaptación de los sistemas de protección social incluyendo la asistencia sanitaria: accesibilidad general a la asistencia, cuidados de alta calidad y sostenibilidad financiera. Tras un informe conjunto de la Comisión y el

La racionalización del MAC es una necesidad justificada por un motivo doble y conexo<sup>87</sup>: por una parte, la presencia de varios procedimientos de coordinación, entre los que destacan el previsto en materia de inclusión social<sup>88</sup> y el de pensiones<sup>89</sup>; y, por otra parte,

la fragmentación del trabajo y el carácter incompleto de las acciones que impone ese sistema de funcionamiento que no cubre la totalidad de las materias consideradas claves para el desarrollo del modelo social europeo<sup>90</sup>. Por ello se propone una aproximación global a la protección social entendida como conjunto dentro del cual tienen cabida los tres pilares básicos de acción: la integración social, las pensiones y la asistencia sanitaria y los cuidados de larga duración<sup>91</sup>. Eso implica un cambio de orientación que se define en el marco de la Estrategia de Lisboa considerando su vinculación con los procedimientos de coordinación existentes en materia de empleo y en el marco de la Unión Económica y Monetaria, sincronizados a partir de 2005 con la reactivación de dicha Estrategia<sup>92</sup>. El Trata-

---

Consejo de 10 de marzo de 2003, en abril de 2004 y tras una iniciativa del Parlamento Europeo, la Comisión presenta una Comunicación proponiendo la aplicación del MAC para el desarrollo y modernización en materia de salud y cuidados de larga duración. Esta preocupación se confirma y amplía con la propuesta de adoptar una estrategia global en materia de protección social en la que se incluyen, además de la salud, la inclusión social y las pensiones (BRUNO, I., JACQUOT, S. y MANDIN, L., «Europeanization through its instrumentation: benchmarking, mainstreaming and the open method of coordination ... toolbox or Pandora's box?», *loc. cit.*, pp. 529 y ss.).

<sup>87</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones de 27 de mayo de 2003. Refuerzo de la dimensión social de la Estrategia de Lisboa: Racionalización del método abierto de coordinación en el ámbito de la protección social (COM (2003) 261final, DOUE, L 314 de 13.10.2004). Véase ARMSTRONG, K., BEGG, I., ZEITLIN, J., «EU Governance After Lisbon», *loc. cit.*, pp. 441 y ss.

<sup>88</sup> El MAC en materia de inclusión social es más descentralizado, dinámico y experimental con un fluido de información y discusión mayor entre el *top-down* y el *bottom-up* (MABBETT, D., «Learning by numbers? The use of indicators in the co-ordination of social inclusion policies in Europe», *loc. cit.*, pp. 78 y ss.).

<sup>89</sup> En materia de pensiones, «The OMC illustrates what a 'good' pensions policy should be: first, by proposing some orientations; second, by identifying good practices, which tends to classify the member states, and to define which are the 'good' ones, the Nordic countries, or the 'bad' ones, in particular the southern countries (...) and the Continental countries (...). Through the OMC, the EU delimits *what should be done*, and defines *what should be a good pension reform policy*» (BRUNO, I., JACQUOT, S. y MANDIN, L., «Europeanization through its instrumentation: benchmarking, mainstreaming and the open method of co-ordination ... toolbox or Pandora's box?», *loc. cit.*, p. 532). Puede verse ETXEZARRETA, M., «La política social de la UE. Consideración especial de la política de pensiones», *loc. cit.*, pp. 1 y ss.; LODGE, M., «Comparing Non-Hierarchical Governance in Action: the Open Method of Co-ordination in Pensions and Information Society», *loc. cit.*, pp. 343 y ss.; ECKARDT, M. «The open method of coordination on pensions: an eco-

---

nomic analysis of its effects on pension reforms», *Journal of European Social Policy*, Vol. 15, Nº 3, 2005, pp. 247 y ss.; NATALI, D., «The Open Method of Co-ordination on Pensions: EU Common Knowledge Production in a nationally-rooted policy», *loc. cit.*, pp. 1 y ss.

<sup>90</sup> Sobre la falta de eficacia del MAC para reforzar la dimensión social de la Unión Europea, véase BÜSCHS, M., «How Legitimate is the Open Method of Co-ordination?», *loc. cit.*, pp. 770 y ss.

<sup>91</sup> Sobre la inclusión, asimismo, de la protección de los niños, véase STALFORD, H. y DRYWOOD, E., «Coming of Age: Children Rights in the European Union», *Common Market Law Review*, Vol. 46, 2009, pp. 157 y ss.

<sup>92</sup> El proceso de racionalización del MAC se traduce en la elaboración de un informe conjunto sobre protección social por parte del Consejo y la Comisión (desde 2005) y la preparación de informes nacionales de los Estados, primero, en 2006, para exponer sus estrategias para alcanzar los objetivos comunes y, después, en los años sucesivos, para explicar los progresos. El Informe conjunto sustituye al informe sobre la protección social en Europa que se elabora en aplicación de la Decisión por la que se establece el Comité de Protección Social, mientras que los informes nacionales sustituyen a los PAN sobre inclusión social y los informes de estrategia nacional para las pensiones. El verdadero desafío consiste, sin embargo, en establecer indicadores comunes que permitan informar de modo eficaz y transparente sobre la situación y los progresos. En una Comunicación de 22 de diciembre de 2005, la Comisión desarrolla los objetivos de este MAC reforzado identificando los comunes y los propios a cada uno de los pilares de la protección social –integración, pensiones y asistencia sanitaria y de

do de Lisboa no supone, sin embargo, un avance en el proceso de racionalización, no ya del MAC, sino de la propia política social.

En el TFUE, la política social se articula a través de dos modalidades diferentes de ejercicio de las competencias porque, de conformidad con el artículo 4, es considerada una competencia compartida «en los aspectos definidos en el presente Tratado» y, de acuerdo con el artículo 5.3, en el resto de los ámbitos, es una materia sometida al principio de coordinación de las políticas nacionales de los Estados miembros. El Título X de la Parte III del TFUE desarrolla los objetivos de la UE y de sus Estados miembros así como los medios previstos para su consecución. Entre ellos se establece el recurso al MAC que se manifiesta, en este ámbito de actuación, tan escasamente coherente en cuanto a su regulación como la propia política social. El MAC se regula en tres disposiciones diferentes, se caracteriza de tres formas distintas respecto de tres ámbitos precisos de materias y mediante la asignación de funciones diferentes a una sola o a más instituciones de la UE. La situación es la siguiente:

1) Las disposiciones de política social relativas al MAC son los artículos 153.2, 156 y 160

larga duración— y especifica los procedimientos y modalidades de trabajo de este método (Comunicación de la Comisión de 22 de diciembre de 2005, UN nuevo marco para la coordinación abierta de las políticas de protección social y de inclusión en la Unión Europea, (COM (2005) 706)). Las mejoras en el procedimiento conciernen básicamente a los siguientes aspectos: la elaboración de las estrategias nacionales donde se ha de incluir una sección común y tres planes temáticos, un calendario trianual de notificación y evaluación, el fortalecimiento de los intercambios de prácticas y el aprendizaje mutuo mediante, entre otros, la disposición de una línea presupuestaria propia, PROGRESS (KAY, A. y ACKRILL, R., «Financing social and cohesión policy in an enlarged EU: plus ça change, plus c'est la même chose?», *Journal of European Social Policy*, Vol. 17, Nº 4, 2007, pp. 361 y ss.), el fomento de la correcta gobernanza, la transparencia y la participación de los agentes de la sociedad civil, así como un aumento de la visibilidad del MAC.

del TFUE. Esta norma es el fundamento jurídico para la creación del Comité de Protección Social<sup>93</sup>, mientras que los artículos 153 y 156 disponen los medios para conseguir los objetivos del artículo 151 del TFUE. En esa tarea se marca, además, una diferencia entre ambas normas porque el artículo 156 es objeto de una Declaración anexa al Tratado en la que se aclara con rotundidad el alcance de las competencias de los Estados y la Unión<sup>94</sup>.

2) El MAC es definido de forma diferente en cada una de las normas de política social. El artículo 153 del TFUE (antiguo artículo 137 del TCE) se refiere en su apartado 2º a «iniciativas para mejorar los conocimientos, desarrollar el intercambio de información y de buenas prácticas, promover fórmulas innovadoras y evaluar experiencias, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros». El artículo 156 prevé «iniciativas tendentes a establecer orientaciones e indicadores, orga-

<sup>93</sup> El artículo 160 del TFUE atribuye tres funciones al Comité de Protección Social. Además de facilitar la acción del MAC, este Comité tiene la misión de supervisar la situación social y la evolución de las políticas de protección social de los Estados miembros y de la Unión y, sin perjuicio de las funciones asignadas al Coreper, debe elaborar informes, emitir dictámenes o emprender otras actividades en los ámbitos que sean de su competencia, ya sea a petición del Consejo o de la Comisión, ya por propia iniciativa. Puede verse, al respecto, HORVATH, A., «From Policy to Politics? Informal Practices within the Social Protection Committee after the Enlargement», *European Integration*, vol. 30, Nº 4, 2008, pp. 545 y ss.

<sup>94</sup> Siguiendo esta Declaración, «La Conferencia confirma que las políticas descritas en el artículo 156 son en lo esencial competencia de los Estados miembros. Las medidas de fomento y de coordinación que hayan de tomarse a escala de la Unión de conformidad con lo dispuesto en ese artículo revisten un carácter complementario. Pretenden reforzar la cooperación entre los Estados miembros y no armonizar los sistemas nacionales. Las garantías y los usos vigentes en cada Estado miembro en lo referente a la responsabilidad de los interlocutores sociales no se verán afectadas. La presente Declaración se entiende sin perjuicio de las disposiciones de los Tratados que atribuyen competencias a la Unión, incluido en el ámbito social».

nizar el intercambio de mejores prácticas y preparar los elementos necesarios para el control y evaluación periódicos». Por último, el artículo 160 opta por la fórmula simple «facilitar el intercambio de información, experiencias y buenas prácticas entre los Estados miembros y con la Comisión».

3) El artículo 153.2 establece el recurso al MAC en los términos en los que es definido en dicha disposición respecto de las materias incluidas en su apartado 1: la mejora del entorno de trabajo para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores, las condiciones de trabajo, la seguridad social y la protección social de los trabajadores, la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral, la información y consulta de los trabajadores, la representación y defensa colectiva de sus intereses y de los de los empresarios, las condiciones de empleo de nacionales de terceros Estados, la integración en el mercado laboral, la igualdad de hombres y mujeres en este ámbito y la lucha contra la exclusión social. El artículo 156, por su parte, estipula que la Comisión actuará en estrecho contacto con los Estados miembros utilizando el MAC en relación con el empleo, el derecho del trabajo y las condiciones de trabajo, la formación y perfeccionamiento profesionales, la seguridad social, la protección contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, la higiene en el trabajo y el derecho de sindicación y la negociación colectiva. Finalmente, el artículo 160 prevé esta técnica en materia de protección social.

4) El artículo 153 introduce el MAC entre las medidas que deben adoptar el Parlamento Europeo y el Consejo para fomentar la cooperación entre los Estados miembros. En cambio, el artículo 156 asigna el MAC a la Comisión que ha de actuar en estrecho contacto con los Estados miembros. El artículo 160, por su parte, define esta técnica entre las misiones del Comité de Protección Social.

5) En el artículo 153, como medida del Parlamento Europeo y del Consejo, el MAC

está destinado a fomentar la cooperación entre los Estados en aquellos ámbitos, los del apartado 1º, en los que la Unión tiene asignada la función de apoyar y completar la acción de sus miembros. El artículo 156 atribuye a la Comisión la función de fomentar la colaboración interestatal y facilitar su coordinación actuando con este método en estrecho contacto con los Estados miembros. El Comité de Protección social del artículo 160 ha de recurrir al MAC para fomentar la cooperación entre los Estados miembros y con la Comisión.

En definitiva, en materia de política social, el MAC es utilizado con tres objetivos diferentes, responde a tres definiciones similares pero no idénticas, está previsto respecto de tres esferas materiales distintas desde una perspectiva competencial y funcional, es asignado a instituciones y órganos diferentes según el ámbito de acción y cumple funciones diversas en cada caso. Se evidencia con ello la ausencia de uniformidad y hasta de coherencia en su articulación y, desde luego, también, su manifiesta versatilidad, que, por otra parte, dificultan considerablemente su calificación jurídica.

### 3.3. Educación, formación, deporte y juventud

La acción europea en materia de educación y formación es el resultado de una evolución que reproduce algunos de los caracteres, no todos, del resto de los ámbitos que conforman la dimensión social de la construcción europea y respecto de los cuales se ha previsto el MAC. La educación no forma parte originariamente de los contenidos del proceso de integración económica, pero esa ausencia es cubierta de modo progresivo mediante algunas iniciativas normativas como los programas de movilidad<sup>95</sup> y, sobre todo, por vía

<sup>95</sup> Entre esas iniciativas destaca obviamente el Programa Erasmus y a partir de 1995 los programas Sócrates

jurisprudencial. Acudiendo al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad y a una concepción extensiva de la formación profesional, el entonces TJCE establece las bases para la adopción de un conjunto de medidas en materia educativa que se convierten en algunas de las aportaciones más visibles y apreciables de la construcción europea<sup>96</sup>. La formación profesional, en cambio, es objeto de regulación originariamente en el artículo 128 del TCEE que atribuye al Consejo la definición de «los principios generales para la ejecución de una política común de formación profesional, capaz de contribuir al desarrollo armonioso de las economías nacionales y del mercado común». La ausencia de voluntad política para hacer efectivo ese mandato acaba por situar a la formación profesional como pareja de la educación, siguiendo con ella una evolución paralela.

En esa evolución, la acción europea en educación y formación se encuentra determinada por dos parámetros principales: es una actividad vinculada a la realización de los objetivos económicos del Tratado y a la necesidad de

---

tes, Leonardo da Vinci, Juventud para Europa, entre otros. Sobre la simbología de estos programas puede verse FLORY, M. «Le mithe d'Erasmus», en *en L'Europe et le Droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Ed. Dalloz, París, 1991, pp. 257 y ss.; HACKL, E., *Towards a European Area of Higher Education: Change and Convergence in European Higher Education*, EUI Working Papers, RSC N°2001/09, Instituto Universitario de Florencia.

<sup>96</sup> Sobre la actividad comunitaria en educación, véanse: PERTEK, J., «L'éducation et la Communauté», *Juris-Classeur Europe*, Fasc. 750, 2004; BARTHELEMY, D., «Education, formation professionnelle et jeunesse», en *Le droit de la CE et de l'Union européenne. Commentaire J. Megret*, Vol. 7, IEE, Ed. ULB, Bruselas, 1998, pp. 305 y ss.; PETIT, I., *Politique européenne d'éducation et rhétorique économique: un reflet des contraintes juridico-politiques du cadre actionnel de la Commission européenne*, Note de recherche n° 02/02, Institut d'Etudes Européennes, Université de Montreal, Montreal, 2002, pp. 11 y ss.; DAVIES, P., «Widening Participation and the European Union: direct action – indirect policy?», *European Journal of Education*, Vol. 38, N° 1, 2008, pp. 99 y ss.

completarlos con medidas de corte social y es una competencia de naturaleza complementaria ya que los Estados mantienen su responsabilidad principal en estos ámbitos mientras que la CE ejerce una función esencialmente complementaria. Con el Tratado de Maastricht se formaliza jurídicamente la construcción pretoriana realizada por el Tribunal de Justicia asignando a la Unión una competencia de apoyo, fomento, coordinación o complemento de la cooperación entre los Estados miembros. La naturaleza de esta competencia es un argumento para explicar el recurso al MAC, pero no el único ni el más importante. Como se ha visto, este método se tiende a utilizar en ámbitos mantenidos en la esfera de responsabilidad nacional respecto de los que se advierte la necesidad de alguna modalidad de acción comunitaria o europea como ocurre en empleo y política social. Pero, además de ello, el recurso al MAC se explica por un cambio en el estatuto de esta actividad que se inicia en Maastricht y se confirma en la Estrategia de Lisboa.

Según una parte de la doctrina, el Tratado de Maastricht formaliza una política de educación y formación sujeta a una doble dinámica de distanciamiento de lo económico y de acercamiento a la dimensión cultural, ciudadana, política y democrática de la educación, que obliga a superar la retórica meramente económica característica del período anterior<sup>97</sup>.

---

<sup>97</sup> Isabelle Petit realiza un análisis en el que cuestiona el recurso a un discurso meramente económico para explicar la actividad comunitaria en educación argumentando que esa teoría se ha justificado por tres motivos –jurídicamente, la ausencia de competencia comunitaria hasta el Tratado de Maastricht, políticamente, el protagonismo del Consejo y, materialmente, las preocupaciones esencialmente económicas–, de manera que, una vez superados esos condicionantes en la década de los años noventa, hay que operar con un planteamiento diferente basado, a su juicio, en el tratamiento de la educación desde parámetros sociales, culturales, políticos y democráticos (PETIT, I., *Politique européenne d'éducation et rhétorique économique: un reflet des contraintes juridico-politiques du cadre actionnel de la Commission européenne*, op. cit., pp. 11 y ss.

Desde otra perspectiva, sin embargo, el debate sobre su dependencia o independencia respecto de los objetivos económicos de la integración se encuentra superado por una doble razón: en primer lugar, la función misma y el valor de la educación para el crecimiento económico y en el marco de un modelo económico en el que se ha convertido en un factor de producción como el trabajo, el capital o las mercancías porque, como explica Vila, «economists have traditionally considered education as an investment in human capital that has both direct effects on the educated person and benefits for society as a whole»<sup>98</sup>; y, en segundo lugar, el cambio de estatuto de la educación y la formación como consecuencia del tránsito hacia una nueva economía basada en el conocimiento, en cuyo contexto pierde el carácter adicional que tenía reconocido en el modelo económico originariamente diseñado en los Tratados para convertirse en un componente estructural de ese nuevo modelo económico<sup>99</sup>. Siguiendo a Dion, en el caso de economías avanzadas como la de la UE, «knowledge –meaning research, education and innovation– is a key driver of productivity

<sup>98</sup> VILA, L.E., «The Non-monetary Benefits of Education», *European Journal of Education*, Vol. 35, Nº 1, 2000, p. 21. En el mismo sentido, HEINRICH, G. y HILDEBRAND, V., «Returns to Education in the European Union: a re-assessment from comparative data», *European Journal of Education*, Vol. 40, Nº 1, 2005, pp. 13-34.

<sup>99</sup> Como advierten Roy Geddes y Heather Stonyer, «Science and technology are considered to be the dominant drivers of transformation to a «knowledge» economy and society. Higher education has a critical role in this transformation» (GEDDES, R. y STONYER, H., «Climbing the Staircase: science education for the knowledge economy», *European Journal of Education*, Vol. 38, nº 4, 2003, p. 371). En concreto, «universities are at the heart of the Europe of Knowledge, a concept which is widely recognised as one of the irreplaceable factors for social and human advance and an indispensable component for consolidating and enriching European citizenship, since it gives citizens the necessary competences for taking up the challenges of the new millennium» (FERNÁNDEZ, O. «Towards European Citizenship through Higher Education?», *European Journal of Education*, Vol. 40, Nº 1, 2005, p. 61).

growth to ensure competitiveness in a global world where competitors may use cheaper labour or primary resources», de manera que «spreading knowledge through a high quality education system is vital to ensure the long-term competitiveness of the Union»<sup>100</sup>. El presupuesto de base es evidente: "The «Knowledge Society» is also a «Learning Society»"<sup>101</sup>. En este nuevo contexto, la educación y la formación se alejan de la retórica económica comunitaria al mismo tiempo y en la misma medida en que se convierten en un componente estructural del modelo económico de la sociedad del conocimiento, que no encuentra reflejo en las disposiciones del Tratado, pero sí en el marco de la Estrategia de Lisboa y a través del MAC<sup>102</sup>.

El objetivo de materializar el tránsito hacia una economía y una sociedad del conocimiento asignado a la Estrategia de Lisboa sitúa estas políticas en una dinámica distinta de la que se aprecia atendiendo a las disposiciones de los Tratados, porque el papel de la educación y la formación en el marco de esa nueva economía no es el que tiene reconocido en los modelos previos de la economía industrial o de servicios. En 2002, el Consejo Europeo de Barcelona aprueba el Programa de trabajo Educación y Formación 2010<sup>103</sup>, don-

<sup>100</sup> DION, D.-P., «The Lisbon Process: a European Odyssey», *European Journal of Education*, Vol. 40, Nº 3, 2005, p. 306.

<sup>101</sup> GONZÁLEZ, J. y WAGENAAR, R., «Quality and European Programme Design in Higher Education», *European Journal of Education*, Vol. 38, Nº 3, 2003, p. 248.

<sup>102</sup> Puede verse, sobre esta materia, ROBLES CARRILLO, M., «La cooperación en materia de educación superior en el Proceso de Bolonia», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Nº 9, 2006, pp. 245-292

<sup>103</sup> Sobre esta evolución, véanse NOVOA, A., «La construcción de un espacio educativo europeo: gobernando a través de los datos y la comparación», *Revista Española de Educación Comparada*, Vol. 16, 2010, pp. 23 y ss.; PLANAS, J., «Querían recursos humanos y llegaron ciudadanos. Reflexiones sobre el proceso de construcción del Espacio Europeo de Educación», *Revista de Educación Superior*, Vol. XXXIII (2), Nº 130, 2004, pp. 1 y ss.



de se establecen los objetivos estratégicos para esa década y el MAC como instrumento fundamental para su consecución<sup>104</sup>. Desde entonces, se han mantenido tres prioridades: concentrar las reformas y las inversiones en áreas estratégicas, convertir la educación a lo largo de la vida en una realidad concreta y crear un espacio europeo de educación y formación. La valoración de la Comisión en los sucesivos informes sobre la materia dista mucho de ser positiva. La idea de activar «el triángulo de la Europa del conocimiento: investigación, educación, innovación» que, aumentando los fondos destinados a esas actividades, debe contribuir a mejorar la competitividad europea, se enfrenta a los límites que impone desde 2008 la crisis económica internacional. Ante ese reto se ha querido dar un nuevo impulso a esta actividad dentro del programa de trabajo 2010-2020, en el que se asume la importancia de una mayor cooperación y la necesidad, más que nunca, de «aplicar un método abierto de coordinación eficaz que apoye la mejora de las políticas de educación y formación»<sup>105</sup>. En

este contexto, como en el Tratado, la educación y la formación profesional siguen originariamente una trayectoria conjunta que, aunque tiene una cierta justificación, supone un desconocimiento claro de las especificidades de cada uno de esos ámbitos de actuación. El reconocimiento de esas diferencias conduce finalmente, por decisión adoptada en el Consejo Europeo de Barcelona de marzo de 2002, a su gestión diferenciada en la práctica a través del Proceso de Copenhague. En ese ámbito destaca, también, la utilización del MAC respecto de la educación universitaria dentro del Proceso de Bolonia<sup>106</sup>.

El MAC es, asimismo, un instrumento principal en la definición de las políticas de juventud desde la adopción del Libro Blanco de la Comisión Europea en noviembre de 2001, resultante de un proceso largo de elaboración que contó con una amplia participación de la sociedad civil mediante la aportación de asociaciones juveniles, expertos y organizaciones no gubernamentales, entre otros<sup>107</sup>. En este documento se trata de establecer un marco de cooperación basado en dos instrumentos principales: la inclusión de la juventud en el resto de las políticas y la aplicación del MAC. Esta medida está prevista en materia de participación, información, voluntariado, mejora del conocimiento y educación y aprendizaje<sup>108</sup>. La importancia creciente

<sup>104</sup> Sobre el MAC explica Novoa que «la comparación puede entenderse como un mecanismo para legitimar la injerencia de la Unión Europea en los temas educativos nacionales. La lógica de la comparación produce un vocabulario consistente en términos valorados positivamente, tales como ‘intercambio’, ‘reflexión conjunta’ y ‘acuerdo’. Lo que se presenta como una estrategia para mejorar la educación debe entenderse como uno de los más eficaces modos de gobernanza» (NOVOA, A., «La construcción de un espacio educativo europeo: gobernando a través de los datos y la comparación», *loc. cit.*, p. 35).

<sup>105</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones «Un marco estratégico actualizado para la cooperación europea en el ámbito de la educación y la formación», (COM (2008) 865 final) y Conclusiones del Consejo, de 12 de mayo de 2009, sobre un marco estratégico para la cooperación europea en el ámbito de la educación y la formación (ET 2020) (DOUE, C 119 de 28.5.2009). Puede verse, RUIJTER, R. DE, «Variations on a Theme. Governing the Knowledge-Based Society in the EU through Methods of Open Coordination in Education and R&D», *European Integration*, Vol. 32, Nº 2, 2010, pp. 157 y ss.

<sup>106</sup> Sobre esta cuestión véase VEIGA, A. y AMARAL, A., «The open method of coordination and the implementation of the Bologna Process», *Ter Educ Manag*, Vol. 12, 2006, pp. 283 y ss.

<sup>107</sup> Sobre este Libro Blanco y los objetivos y estrategias de la presidencia española, puede verse ALONSO SOTO, F., «Nueva política comunitaria de juventud», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Vol. 42, 2003, pp. 89 y ss.

<sup>108</sup> La importancia del MAC en las políticas de juventud se encuentra particularmente confirmada en una Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, sobre la aplicación de los objetivos comunes de participación e información de los jóvenes a fin de promover su ciudadanía europea activa (DOUE, C 297, de 7 de diciembre de 2006, pp. 6 y ss.).

del MAC contrasta con la escueta formulación que se realiza en las normas correspondientes del Tratado de Lisboa.

El Tratado de Lisboa, como su predecesor, regula cada actividad en sendas disposiciones dentro del mismo Título: el artículo 165 se ocupa de educación, deporte y juventud y el artículo 166 de formación profesional.

El artículo 165 del TFUE (antiguo artículo 149 TCE) desarrolla la competencia asignada a la Unión en materia de educación, deporte y juventud que, de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Tratado, se define como una actividad de apoyo, coordinación o complemento de las acciones de los Estados miembros con una finalidad europea. En concreto, en su apartado 1, el artículo 165 se refiere a la educación y al deporte marcando una cierta diferencia de tratamiento entre ambos. En materia de educación, la UE contribuirá al desarrollo de la misma fomentando la cooperación entre los Estados y apoyando y completando su acción, mientras que en el ámbito del deporte se trata exclusivamente de fomentar los aspectos «europeos» del mismo, eso sí, en el pleno respeto en ambos casos de las características específicas, de las diversidades y de las responsabilidades propias de los Estados. En el ejercicio de esas competencias, la acción de la Unión se encaminara, entre otras medidas, a «incrementar el intercambio de información y de experiencias sobre las cuestiones comunes a la sistemas de formación de los Estados miembros». Esta lacónica formulación es incapaz de trasladar la realidad de la práctica del MAC en el ámbito de la educación<sup>109</sup>. Es precisamente el conocimiento de esa práctica, ante la parca descripción del Tratado, el que permite afir-

mar la presencia del MAC como instrumento de coordinación en estas materias.

A diferencia de lo ocurrido con la política social, no hay en el Tratado una asignación expresa del MAC como instrumento a una u otra institución. No obstante, la lectura del artículo 165 permite identificar las competencias atribuidas a cada institución, así como sus instrumentos. Para la consecución de los objetivos incluidos en esta disposición, el artículo 165 prevé, en su apartado 3º, la cooperación con terceros países y organizaciones internacionales, en particular, el Consejo de Europa<sup>110</sup>, y, en su apartado 4º, una acción normativa que puede revestir dos modalidades: de un lado, la adopción de medidas de fomento con exclusión de cualquier forma de armonización, por parte del Parlamento Europeo y el Consejo, siguiendo el procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones; y, de otro lado, la adopción de recomendaciones por parte del Consejo. Conforme, pues, al tenor del Tratado, el Parlamento Europeo y el Consejo son las instituciones capacitadas para activar el MAC, aunque la práctica muestra que la Comisión es, como en el resto de los casos, el artífice principal en la utilización de este método.

En cuanto a la formación profesional, la Unión tiene asignada en el artículo 166 del TFUE la función de desarrollar una política que refuerce y complete las acciones de los Estados miembros, respetando la responsabilidad de los mismos en relación con los contenidos y organización de esta formación. Entre las acciones atribuidas a la UE se encuentra «incrementar el intercambio de información y de experiencias sobre las cuestiones comunes a los sistemas de formación de los Estados

<sup>109</sup> Buena prueba de ello se encuentra en la Comunicación de la Comisión «Un marco coherente de indicadores y puntos de referencia para el seguimiento de los avances hacia los objetivos de Lisboa en el ámbito de la educación y la formación» (COM (2007) 61 final, de 21.2.2007).

<sup>110</sup> El Consejo de Europa es la organización en la que se inicia la cooperación europea en materia de educación y forma parte con la Unión Europea en el destacado Proceso de Bolonia (ROBLES CARRILLO, M., «La cooperación en materia de educación superior en el Proceso de Bolonia», *loc. cit.*, pp. 245 y ss.).

miembros». Al igual que ocurre en materia de educación, no hay en este caso una asignación institucional de funciones en relación con el MAC. Aplicando el mismo esquema del caso anterior, el artículo 166 prevé dos modalidades de actuación: de un lado, la cooperación con terceros países y organizaciones internacionales y, de otro, la acción normativa que puede materializarse bien en recomendaciones del Consejo a propuesta de la Comisión o bien en la adopción de medidas por el Parlamento Europeo y el Consejo de acuerdo con el procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones y excluyendo, en este caso, cualquier tipo de armonización legislativa o reglamentaria. Además del Consejo y el Parlamento, es principalmente la Comisión quien se ocupa de aplicar este método en la práctica.

La lectura de los artículos 165 y 166 del TFUE no permite apreciar el alcance del recurso al MAC y la importancia de este método en materia de educación y formación profesional, como tampoco la función esencial realizada al efecto por la Comisión. Esta forma de proceder a su formalización jurídica no supone un verdadero compromiso y, en cambio, es síntoma de la considerable distancia existente entre la norma y la realidad que poco o nada contribuye a la legitimación del sistema.

### 3.4. Salud pública

La salud pública se convierte en objeto de tratamiento en el ámbito europeo desde la década de los ochenta fundamentalmente por dos motivos de distinta naturaleza: de un lado, la desaparición progresiva de las fronteras interiores, que facilita una cierta europeización de los temas de salud; y, de otro lado, como consecuencia de una jurisprudencia del Tribunal de Justicia que, aun reconociendo la responsabilidad de los Estados en este ámbito, extiende el margen de actuación comuni-

taria<sup>111</sup>. En cualquier caso, salvo algunas disposiciones específicas en materia de seguridad e higiene en el trabajo, hay que esperar al Tratado de Maastricht para que se produzca la formalización jurídica en este ámbito de una competencia complementaria de la Unión. La naturaleza limitada de esa competencia y la escasa voluntad de los Estados de cooperar en esta materia, especialmente sensible, han impedido la configuración de una verdadera política de salud pública. Programas, acciones y medidas dispersas constituyen el balance de la actividad europea hasta que la Estrategia de Lisboa incorpora la sanidad entre sus objetivos de modernización social.

Sobre esa base, en una Comunicación de 20 de abril de 2004, la Comisión propone extender el MAC al ámbito de la salud con objeto de establecer un marco de fomento del intercambio de experiencias y buenas prácticas, así como de apoyo a las políticas de los Estados miembros<sup>112</sup>. La entrada del MAC en el ámbito de la salud se explica por las características especiales de este sector de actividad. Doctrinalmente se defiende incluso que es una reacción de los Estados frente a la jurisprudencia extensiva del Tribunal de Justicia<sup>113</sup>, porque quieren afirmar sus competencias que garantizan de un modo u otro un servicio público de sanidad. Los sistemas

<sup>111</sup> Sobre esta cuestión, pueden verse: SZYSZCZAK, E., «Experimental Governance: The Open Method of Coordination», *loc. cit.*, pp. 495 y ss.; HATZOPOULUS, V., «Why the Open Method of Coordination Is Bad For You: A Letter to the EU», *loc. cit.*, pp. 319 y ss.

<sup>112</sup> Comunicación de la Comisión, de 20 de abril de 2004, «Modernizar la protección social para el desarrollo de una asistencia sanitaria y una asistencia de larga duración de calidad, accesibles y duraderas: apoyo a las estrategias nacionales a través del método abierto de coordinación», COM (2004) 304 final.

<sup>113</sup> HATZOPOULUS, V., «Why the Open Method of Coordination Is Bad For You: A Letter to the EU», *loc. cit.*, pp. 319 y ss.; GREER, S.L., «Choosing paths in European Union health services policy: a political analysis of a critical juncture», *Journal of European Social Policy*, Vol. 18, N<sup>o</sup> 3, 2008, pp. 219 y ss.

nacionales son diferentes según los casos porque son el resultado de una combinación de factores de distinto signo aunque de indudable impronta: históricos, políticos, culturales, económicos o incluso religiosos. Las diferencias se sitúan básicamente en tres aspectos principales: las modalidades de financiación, la centralización o descentralización de la administración y el tamaño de la población cubierta por el sistema público de salud<sup>114</sup>. En términos generales, el recurso al MAC en materia de salud se justifica básicamente por tres razones: en primer lugar, porque es un mecanismo flexible, respetuoso de las competencias y de las diversidades nacionales y particularmente apropiado atendiendo a las características específicas de los sistemas de asistencia sanitaria; en segundo término, porque permite implicar a la variedad de actores y agentes concernidos en esta materia; y, por último, porque favorece una aproximación comprensiva e integradora a los problemas que plantea este sector de actividad<sup>115</sup>. La actividad de la UE se ha canalizado a través de un primer Programa de acción comunitario que corresponde al período 2003-08 y un segundo Programa previsto para 2008-2013, aprobado en 2007, donde se reconocen aunque sin ser nombradas expresamente las técnicas del MAC<sup>116</sup>.

El artículo 168 del TFUE establece la competencia de la Unión Europea para complementar las políticas nacionales y las acciones de los Estados miembros en el ámbito de la

salud pública y para fomentar la cooperación entre ellos y apoyar su acción. Es en el ámbito del fomento donde se establece la coordinación entre los Estados miembros y en colaboración con la Comisión de las políticas y de los programas de salud pública mediante el recurso al MAC. En su apartado 2º, el artículo 168 dispone que la Comisión, en contacto con los Estados, «podrá adoptar cualquier iniciativa útil para fomentar dicha coordinación, en particular iniciativas tendentes a establecer orientaciones e indicadores, organizar el intercambio de mejores prácticas y preparar los elementos necesarios para el control y la evaluación periódicos». Esa actividad es objeto de información al Parlamento. El ejercicio de esta competencia se traduce en dos modalidades de acción normativa: de un lado, medidas de fomento adoptadas por el Parlamento Europeo y el Consejo de acuerdo con el procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones y, de otro lado, recomendaciones del Consejo a propuesta de la Comisión.

### 3.5. Industria

La industria es objeto de una trayectoria singular y diferente del resto de las políticas en las que se incorpora el MAC. Mientras que la CECA y la CEEA cuentan desde su origen con políticas industriales de naturaleza obviamente sectorial, el TCEE carece de una previsión al efecto, posiblemente, por las enormes divergencias existentes entre los Estados que defienden la necesidad de una política industrial europea para dotar de una mayor coherencia al desarrollo económico y los que se muestran contrarios por entender que hay que erradicar cualquier forma de intervencionismo económico en el contexto del proceso de integración. El Tratado de Maastricht introduce un título con un único artículo dedicado a la industria que, siguiendo un enfoque no intervencionista, pretende establecer las condiciones necesarias para

<sup>114</sup> Véase sobre la cuestión HERVEY, T.K., *The European Union's governance of health care and the welfare modernization agenda*, *Regulation & Governance*, Nº 2, 2008, pp. 103 y ss.

<sup>115</sup> Puede verse HERVEY, T.K., «The European Union's governance of health care and the welfare modernization agenda», *Regulation & Governance*, Nº 2, 2008, pp. 103 y ss.

<sup>116</sup> El segundo Programa de acción comunitaria en el ámbito de la salud es aprobado por la Decisión 1350/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2007 (*DOUE*, L 301 de 20.11.2007, p. 3).

garantizar la competitividad de la industria europea<sup>117</sup>. Definida como una competencia complementaria, esta política se caracteriza porque tiene una naturaleza esencialmente horizontal derivada de su conexión y/ integración con otras políticas europeas como competencia, política comercial, transportes, educación, innovación, investigación y desarrollo o energía, entre otros. Ello implica que el artículo 157 del TCE no agota las posibilidades de acción europea en materia de industria sino que existen, además, otras disposiciones dispersas a lo largo del Tratado que pueden servir como fundamento jurídico en materia industrial<sup>118</sup>.

Este carácter horizontal de la política de industria es reconocido expresamente en la Estrategia de Lisboa donde bajo la rúbrica «Conocimiento e innovación – motores de un crecimiento sostenible» se enumeran una serie interconectada de líneas prioritarias de actuación basándose en el tríptico formado por la política de investigación y desarrollo, la política de innovación y la política industrial<sup>119</sup>. Esa conexión se reproduce en el artículo 173 del TFUE que desarrolla la competencia de apoyo, coordinación y complemento que tiene asignada la Unión en

este ámbito de acuerdo con el artículo 6 de ese Tratado.

El artículo 173 del Tratado, en su apartado 1º, establece el objetivo de competitividad de la industria europea como un compromiso de la Unión y de sus Estados miembros. La naturaleza marcadamente horizontal de esta política es asumida en ese mismo punto al vincular industria, innovación, investigación y desarrollo tecnológico y, también, en el apartado 3º, al integrar el conjunto de propósitos de la política industrial en el desarrollo de otras políticas comunitarias. Las funciones de la Unión y de los Estados miembros están claramente determinadas. El apartado 3º del artículo 173 establece que la Unión puede adoptar medidas específicas de apoyo de la acción de los Estados miembros que tienen atribuida la responsabilidad principal en la materia. Esas medidas, que han de adoptarse por el Parlamento Europeo y el Consejo, siguiendo el procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, están doblemente limitadas: por una parte, en su finalidad y resultados, porque no pueden suponer armonización de normativas legales o reglamentarias de los Estados miembros y tampoco pueden falsear la competencia o incluir disposiciones fiscales o laborales sobre derechos o intereses de los trabajadores; y, por otra parte, en su naturaleza y contenido, porque sólo pueden ser medidas de apoyo de las acciones de los Estados. El protagonismo reservado a la acción estatal se fundamenta además en el apartado 2º del artículo 173.1 en virtud del cual «Los Estados miembros se consultarán mutuamente en colaboración con la Comisión y, siempre que sea necesario, coordinarán sus acciones». La Comisión está encargada de fomentar dicha coordinación, en particular, mediante «iniciativas tendentes a establecer orientaciones e indicadores, organizar el intercambio de mejores prácticas y preparar los elementos necesarios para el control y la evaluación periódicos». Hay una obligación de información al Parlamento Europeo.

<sup>117</sup> La industria se regula en el artículo 157 del TCE que parte de la afirmación de que la Comunidad y los Estados miembros asegurarán la existencia de las condiciones necesarias para la competitividad de la industria comunitaria. Esta política se desarrolla de conformidad con dos modalidades de acción: un mecanismo de consulta mutua entre Estados miembros y la coordinación de sus actividades en colaboración con la Comisión.

<sup>118</sup> Prueba de ello es el recurso frecuente al artículo 308 (antiguo artículo 235) para fundamentar acciones en materia de industria.

<sup>119</sup> En la Estrategia de Lisboa, la política industrial exige reforzar las ventajas competitivas de la base industrial europea y garantizar la complementariedad de las acciones en los niveles nacionales, transnacionales y europeos. Para ello están previstas dos modalidades de actuación: las iniciativas tecnológicas desarrolladas por asociaciones mixtas, públicas y privadas, y la organización de plataformas tecnológicas para la definición de programas de investigación a largo plazo.

### 3.6. Investigación y desarrollo tecnológico

La investigación y el desarrollo tecnológico (I+D) se incluyen como una competencia complementaria comunitaria en el Acta Única Europea. El Tratado de Maastricht asume su propósito principal consistente en fortalecer las bases científicas y tecnológicas de la industria europea y favorecer su competitividad, así como fomentar las acciones de investigación<sup>120</sup>. Con esa intención se adoptan programas marco plurianuales que establecen objetivos y líneas de actuación y cuentan con una dotación presupuestaria<sup>121</sup>. Al igual que ocurre con la educación y la formación, la Estrategia de Lisboa supone un cambio sustancial en el estatuto de esta política europea.

Dentro de la Estrategia de Lisboa, la política de I+D adquiere un protagonismo que se aleja del papel accesorio y secundario que tiene en el marco del proceso de integración comunitario<sup>122</sup>. El objetivo de modernización económica que pretende el paso a una economía competitiva, dinámica y basada en el conocimiento se concreta, entre otras medi-

das, en la creación de una zona europea de investigación e innovación<sup>123</sup>. Ese objetivo exige un esfuerzo conjunto del Consejo, la Comisión y los Estados Miembros mediante un amplio abanico de medidas, entre las que se incluye, expresamente «el desarrollo de un método abierto de coordinación para efectuar una evaluación comparativa de las políticas nacionales de investigación y desarrollo y establecer, a más tardar en junio de 2000, indicadores para medir los resultados en distintos sectores, en especial en lo que se refiere al desarrollo de los recursos humanos; y crear para junio de 2001 un cuadro europeo de indicadores sobre innovación»<sup>124</sup>.

En el Consejo Europeo de Primavera de 2003 se ofrece un nuevo impulso a estos compromisos que desemboca en un proceso gestionado por el Comité de Investigación Científica y Técnica, CREST, que es un grupo consultivo que asiste al Consejo y a la Comisión en el marco de las actividades de I+D<sup>125</sup>. Desde entonces, aplicando el MAC, el CREST se marca como objetivos el aprendizaje mutuo y el control entre iguales, la identificación y transferencia de buenas prácticas, el desarrollo de iniciativas políticas conjuntas entre Estados y regiones y la determinación de aquellos ámbitos en los que la acción comunitaria puede reforzar las acciones de los Esta-

<sup>120</sup> Esta política se encuentra regulada en los artículos 163 a 173 del TCE. La comunidad desarrolla sus acciones a través de dos tipos de medidas: las acciones directas realizadas por personal y con medios técnicos y financieros comunitarios y las acciones indirectas encargadas a terceros mediante contratos.

<sup>121</sup> BRUNO, I., JACQUOT, S. y MANDIN, L., «Europeanization through its instrumentation: benchmarking, mainstreaming and the open method of co-ordination ... toolbox or Pandora's box?», *loc. cit.*, pp. 526 y ss.

<sup>122</sup> La mejora y el desarrollo de la educación, la investigación y la innovación deben permitir «convertir el conocimiento en valor añadido y crear más empleos y empleos de mejor calidad». Bajo la rúbrica «Conocimiento e innovación – motores de un crecimiento sostenible» se incluye un amplio abanico de propuestas que combinan el recurso a medios comunitarios y a mecanismos de coordinación de políticas nacionales. Entre ellas se encuentran la creación de un Consejo Europeo de Investigación y de un Instituto Tecnológico Europeo y la decisión de ampliar el Mecanismo de Financiación Estructurado del BEI a proyectos de I+D.

<sup>123</sup> Sobre la cuestión, véanse ELERA, A. DE, «The European Research Area: On the Way Towards a European Scientific Community», *European Law Journal*, Vol. 12, Nº 5, 2006, pp. 559 y ss.; MCGUINNES, N. y O'CARROLL, C., «Benchmarking Europe's Lab Benches: How Successful has the OMC been in Research Policy?», *Journal of Common Market Studies*, Vol. 48, Nº 2, 2010, pp. 293 y ss.; MORADO-FOADI, S., «The Missing Piece of the Lisbon Jigsaw: Is the Open Method of Coordination Effective in Relation to the European Research Area», *European Law Journal*, Vol. 14, Nº 5, 2008, pp. 635 y ss.

<sup>124</sup> Punto 13 de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Lisboa de marzo de 2000.

<sup>125</sup> El Consejo Europeo celebrado en Bruselas los días 20 y 21 de marzo de 2003 «hace un llamamiento a reforzar el Espacio Europeo de Investigación e Innovación en la UE ampliada» mediante, entre otras medidas, la aplicación del método abierto de coordinación».

dos<sup>126</sup>. Para ello, el MAC se organiza en ciclos bianuales<sup>127</sup>, en una secuencia que reproduce una dinámica de aplicación en la que este método se manifiesta como uno de los principales instrumentos para progresar en la consecución de los objetivos de I+D<sup>128</sup>. No obstante, siguiendo a Mcguinnes y O'Carroll, «The OMC in research and development policy presents a relatively complex web of overlapping and parallel initiatives, rendering the identification of the OMC somewhat difficult (...) Three Central OMC processes can be identified»<sup>129</sup>. La reactivación de la Estrategia de Lisboa en 2005 confirma la función del MAC<sup>130</sup>, preparando el camino hacia

su formalización jurídica que se produce finalmente en el Tratado de Lisboa.

El Título XIX de la Tercera Parte del TFUE regula en sus artículos 179 a 190 (antiguos artículos 163 a 173 TCE) los ámbitos de I+D y espacio. Esta actividad es previamente definida en el artículo 4 del Tratado relativo a las competencias compartidas donde se le dedica un apartado concreto, el 3º, en el que establece un régimen específico consistente en que el ejercicio de las competencias de la UE no puede tener por efecto impedir a los Estados ejercer sus propias competencias en estos ámbitos<sup>131</sup>. Esta modalidad original de

<sup>126</sup> Véanse RUITER, R. DE, «Variations on a Theme. Governing the Knowledge-Based Society in the EU through Methods of Open Coordination in Education and R&D», *loc. cit.*, pp. 157 y ss.; MCGUINNES, N. y O'CARROLL, C., «Benchmarking Europe's Lab Benches: How Successful has the OMC been in Research Policy?», *loc. cit.*, pp. 300 y ss.

<sup>127</sup> El primer ciclo, 2003-04, supone la creación de cinco Grupos de Expertos para el Plan de Acción del 3% de la Comisión que presenta sus informes con resultados al CREST concluyendo que el MAC ayuda a los Estados a desarrollar un entendimiento común de las políticas nacionales necesario para mejorar esta política y para identificar ámbitos de interés transnacional. En el segundo ciclo, 2005-06, se marcan, como principios, identificar ámbitos limitados y prioritarios de actuación, liderato por países, módulos de trabajo y el uso del control entre iguales. Con el trabajo de los Grupos de Expertos y el Informe global se abre un tercer ciclo, 2007-2008 marcado por el objetivo del 3% y por activar el proceso de control que ha de conducir a un aprendizaje mutuo (BRUNO, I., JACQUOT, S. y MANDIN, L., «Europeanization through its instrumentation: benchmarking, mainstreaming and the open method of co-ordination ... toolbox or Pandora's box?», *loc. cit.*, pp. 526 y ss.).

<sup>128</sup> MORADO-FOADI, S., «The Missing Piece of the Lisbon Jigsaw: Is the Open Method of Coordination Effective in Relation to the European Research Area», *loc. cit.*, pp. 640 y ss.

<sup>129</sup> MCGUINNES, N. y O'CARROLL, C., «Benchmarking Europe's Lab Benches: How Successful has the OMC been in Research Policy?», *loc. cit.*, pp. 299 y ss.

<sup>130</sup> Con esa intención se establecen medidas de distinta naturaleza: a) orgánicas como la creación de un Consejo Europeo de Investigación y de un Instituto Tecnológico Europeo o la decisión de ampliar el Mecanismo

de Financiación Estructurado del BEI a proyectos de I+D; b) financieras como la asignación a la política de I+D del objetivo general de alcanzar un nivel de inversión del 3%, decidido en el Consejo Europeo de Barcelona, que ha de lograrse por una triple vía: los incentivos fiscales a la inversión privada, un mejor efecto de palanca de la inversión pública y la modernización de la gestión de las instituciones de investigación y las universidades; y c) funcionales, como la adopción del Programa marco para la Innovación y la Competitividad (PIC) y del Séptimo Programa Marco de Investigación y Desarrollo que tiene asignada la función de impulsar el Espacio Europeo de Investigación (EEI), reforzar la colaboración europea, movilizar la inversión privada y actuar como incentivo sobre los presupuestos nacionales de investigación. Sobre el espacio europeo de investigación, desde la perspectiva de la coordinación de políticas nacionales, pueden verse: KAISER, R. y PRANGE, H., «A new concept of deepening integration? – The European Research Area and the emerging role of policy coordination in a multi-level governance system», *European Integration online Papers (EioP)*, Vol. 6, Nº 18, 2002, <http://eiop.or.at/eiop/texte/2002-018a.htm>.; TRONDAL, J., «The Europeanisation of Research and Higher Educational Policies - Some Reflections», *European Integration online Papers (EioP)*, Vol. 6, Nº 12, 2002, <http://eiop.or.at/eiop/texte/2002-012a.htm>. MORADO-FOADI, S., «The Missing Piece of the Lisbon Jigsaw: Is the Open Method of Coordination Effective in Relation to the European Research Area», *loc. cit.*, pp. 635 y ss.; MCGUINNES, N. y O'CARROLL, C., «Benchmarking Europe's Lab Benches: How Successful has the OMC been in Research Policy?», *loc. cit.*, pp. 293 y s.

<sup>131</sup> Este régimen especial de competencias compartidas también está previsto en materia de cooperación al desarrollo y ayuda humanitaria en el apartado 4 del artículo 4.

articulación de las competencias compartidas implica, como es lógico, un imperativo de coherencia recíproca de las políticas nacionales y la política europea que se articula en el artículo 181 estableciendo una obligación de coordinación de las acciones de la Unión y de sus Estados miembros. Esa previsión contenida en el apartado 1º de esta disposición se completa en el apartado 2º donde se prevé que la Comisión en colaboración con los Estados podrá adoptar cualquier iniciativa de promoción de la coordinación y «en particular iniciativas tendentes a establecer orientaciones e indicadores, organizar el intercambio de mejores prácticas y preparar los elementos necesarios para el control y la evaluación periódicos». Se establece una obligación de informar al Parlamento Europeo. Como en educación y formación profesional, la fórmula utilizada para tipificar el MAC dista mucho de reflejar la realidad del recurso a este método en I+D<sup>132</sup>.

#### 4. LA ARTICULACIÓN NORMATIVA DEL MAC

El Tratado de Lisboa supone una ampliación de los ámbitos materiales sujetos al MAC que responde a la extensión de su uso en la práctica pero sin llegar a tipificar todos los supuestos y en todo su alcance, manteniendo con ello el desajuste entre la norma y la realidad. El Tratado se caracteriza por la continuidad respecto de sus predecesores en el modelo de formalización jurídica del MAC: no recibe formalmente esa denominación, porque la norma se limita a caracterizarlo definiendo en mayor o menor medida sus componentes esenciales y no responde a unos parámetros jurídicos Constantes sino que se modela en cada ámbito e, incluso, admite dis-

tintas manifestaciones dentro de una misma materia.

El análisis de las normas relativas al MAC pone de manifiesto que este método ha sido objeto de una construcción progresiva que responde en una primera caracterización a los siguientes parámetros generales: a) El *fundamento jurídico* del MAC se encuentra en las disposiciones del TFUE y en las normas de *soft law* adoptadas fundamentalmente en el marco de la Estrategia de Lisboa<sup>133</sup>, sin que exista coincidencia entre lo dispuesto en cada una de ellas; b) El MAC está previsto principalmente en los ámbitos de *competencia* sometidos al régimen de coordinación de políticas nacionales, pero no de modo exclusivo –también se contempla este método en ámbitos de competencia compartida<sup>134</sup>–, ni tampoco con carácter general, porque no interviene en todas las materias sujetas a coordinación<sup>135</sup>; c) No hay un modelo *institucional* único de gestión del MAC ya que, sobre la base de dos arquetipos generales –que son los que ofrece el sistema institucional del Tratado y el modelo de funcionamiento de la Estrategia de Lisboa–, se organizan distintas versiones institucionales de este método dependiendo de la materia y de la naturaleza de la competencia y llegando al caso de que, en una misma materia, convivan varias modalidades de acción institucional; d) El MAC puede, o no, ser articulado *normativamente* cuando está prevista la utilización de un procedimiento concreto para su desarrollo

<sup>133</sup> Se adoptan fundamentalmente en el marco de la Estrategia de Lisboa porque es en ese contexto donde se atribuye una función principal y general al MAC pero ello obviamente no impide que, sin ir más lejos, el Consejo Europeo decida la aplicación del método fuera de ese contexto y sin necesidad de acudir a un acto jurídico vinculante.

<sup>134</sup> Es el caso de la política de I+D y de parte de la política social de conformidad con lo previsto en el artículo 4 del Tratado.

<sup>135</sup> Como ya se ha explicado, la coordinación de políticas nacionales en el marco de la UEM no es un supuesto de MAC.

<sup>132</sup> Véase MORADO-FOADI, S., «The Missing Piece of the Lisbon Jigsaw: Is the Open Method of Coordination Effective in Relation to the European Research Area», *loc. cit.*, pp. 640 y ss.



por parte de las instituciones de la UE; e) Desde una perspectiva *funcional*, es un método pragmático y flexible capacitado para ajustarse a las diferencias de orden institucional, normativo, material y competencial que caracterizan su formulación normativa; f) En el plano *conceptual* no hay un único concepto o fórmula para individualizar este método y, además, por su naturaleza progresiva, está preparado para introducirse paulatinamente en sus diferentes grados en los distintos ámbitos materiales.

#### 4.1. El fundamento normativo del MAC

El MAC tiene su fundamento jurídico en las disposiciones de los Tratados y en las normas de *soft law* adoptadas principalmente en el contexto de la Estrategia de Lisboa<sup>136</sup>. Aunque fuesen literalmente idénticas, que no es el caso, el contenido y el alcance normativos de esas disposiciones son distintos por su diferente naturaleza jurídica y, singularmente, por la pertenencia de las disposiciones del Tratado al derecho primario de la Unión Europea<sup>137</sup>. Esta dualidad es una característica del MAC desde la adopción del programa de Lisboa, pero su alcance y sus efectos adquieren ahora mayor relevancia como consecuencia de la formalización jurídica en el Tratado de Lisboa de un número considerablemente más amplio de ámbitos sujetos a este método de coordinación.

En efecto, las disposiciones del Tratado de Lisboa relativas al MAC son normas jurídicamente vinculantes de derecho originario que se incardinan dentro de un ordenamiento

<sup>136</sup> HATZOPOULUS, V., «Why the Open Method of Coordination Is Bad For You: A Letter to the EU», *loc. cit.*, pp. 322 y ss. HAAR, B.T., «Open Method of Coordination: A New Sepping Stone in the Legal Order of International and European Relations», *loc. cit.*, pp. 242 y ss.

<sup>137</sup> HATZOPOULUS, V., «Why the Open Method of Coordination Is Bad For You: A Letter to the EU», *loc. cit.*, pp. 333 y ss.

jurídico singular, como el de la Unión Europea en su condición de heredera del derecho comunitario<sup>138</sup>. La introducción de la norma dentro de este sistema jurídico condiciona todos las dimensiones de su existencia en la medida en que se sitúa dentro de un sistema de fuentes con una categoría precisa, responde a sus parámetros funcionales de aplicación y de interpretación normativa, asume y traduce los principios rectores de ese ordenamiento jurídico y está sometida a los mecanismos de garantía de efectividad de la norma jurídica previstos en cada caso concreto. Como primera providencia, las normas del Tratado relativas al MAC son normas convencionales obligatorias sometidas a un proceso solemne de conclusión y a un procedimiento rígido de revisión, que exige la participación de las instituciones europeas y de los órganos del Estado según el diseño constitucional existente en cada caso<sup>139</sup>. Situadas en la cúspide del ordenamiento jurídico, gozan de primacía sobre el resto de las normas, se insertan en los derechos internos desplegando su eficacia de acuerdo con los principios rectores de las relaciones entre ambos sistemas jurídicos y su respeto es objeto de control en el marco del sistema jurisdiccional comunitario y, en particular, por el Tribunal de Justicia.

Por su parte, la regulación del MAC realizada en el marco de la Estrategia de Lisboa se encuentra doblemente condicionada por el contenido y la naturaleza de ese programa de acción decidido por el Consejo Europeo<sup>140</sup>. No

<sup>138</sup> Puede verse HAAR, B.T., «Open Method of Coordination: A New Sepping Stone in the Legal Order of International and European Relations», *loc. cit.*, pp. 241 y ss.

<sup>139</sup> El artículo 48 del TUE establece dos procedimientos de revisión –ordinario y simplificado–, pero incluso éste último exige, tras la superación de la fase europea, la ratificación por los Estados miembros de acuerdo con sus respectivas normas constitucionales de la decisión de revisión del Tratado.

<sup>140</sup> Véase HAAR, B.T., «Open Method of Coordination: A New Sepping Stone in the Legal Order of International and European Relations», *loc. cit.*, pp. 241 y ss.

es una norma convencional que establezca obligaciones jurídicamente vinculantes dentro de un ordenamiento jurídico que pueda garantizar su aplicación y su control jurisdiccional como ocurre con las disposiciones del Tratado. No contiene obligaciones jurídicas ni dispone de un sistema jurídico propio donde substanciarlas. En ese contexto, además, junto con algunas menciones expresas a su utilización en un ámbito concreto, el MAC se establece como un instrumento de alcance general capacitado para operar en cualquiera de los ámbitos cubiertos por la Estrategia. Son patentes las diferencias con el MAC formalizado en el Tratado a pesar, incluso, de los condicionantes que impone el alcance mismo de esas normas por tratarse esencialmente de obligaciones de comportamiento<sup>141</sup>.

Las normas del Tratado y de la Estrategia de Lisboa relativas al MAC tienen en común el hecho de establecer un procedimiento especial de coordinación de políticas nacionales entre los Estados miembros que traduce una obligación o un compromiso, según el caso, de comportamiento y no necesariamente de resultado<sup>142</sup>. Esta circunstancia puede atemperar las diferencias existentes desde la perspectiva de su fundamentación jurídica pero sin llegar a reducirlas o eliminarlas. El régimen jurídico no es igual, en particular en lo que concierne a las garantías. El ejercicio del control jurisdiccional se encuentra condicionado, no excluido, por el contenido y la naturaleza de la obligación y del procedimiento, pero la posibilidad misma de constituir el

objeto de ese control por ser derecho y derecho originario marca una diferencia de grado entre el MAC formalizado y el no formalizado en el Tratado<sup>143</sup>. Un mismo contenido normativo, un mismo procedimiento o una misma obligación o compromiso pueden ofrecer un resultado distinto en función de la naturaleza de la norma y de su pertenencia o no a un ordenamiento jurídico, máxime cuando este ordenamiento es tan singular como el de la Unión Europea<sup>144</sup>.

La articulación jurídica del MAC en el Tratado de Lisboa supone, por ello, un avance en la medida en que formaliza los nuevos ámbitos de acción de este método aunque sin abarcarlos en su totalidad, pero, también, al tiempo, agrava los problemas que plantea la presencia de un programa de acción paralelo que intersecciona con aquellos mismos ámbitos y con idéntico método pero en un contexto normativo substancialmente distinto como es el ofrecido por la Estrategia de Lisboa.

#### 4.2. La adscripción competencial y material del MAC

El MAC es considerado, doctrinalmente, «as a pre-legal process or an alternative, or as a complementary political process» cuya utilización se ha extendido «in areas where the Member States have jealously guarded their residual competence, where the Community

<sup>141</sup> Como explica Hodson, «the open method relies on neither legal obligation nor the threat of financial penalties but rather on the ability of member status to build consensus on the goals of policy and on the effectiveness of peer pressure as a sanction mechanism against non-compliance» (HODSON, D., «Macroeconomic co-ordination in the euro area: the scope and limits of the open method», *loc. cit.*, p. 232).

<sup>142</sup> SCHÄFER, A., «A new form of governance? Comparing the open method of coordination to multilateral surveillance by the IMF and the OECD», *loc. cit.*, pp. 83 y ss.

<sup>143</sup> Sobre el confuso papel del TJUE en relación con el MAC, con una amplia exposición de jurisprudencia, puede verse HATZOPOULUS, V., «Why the Open Method of Coordination Is Bad For You: A Letter to the EU», *loc. cit.*, pp. 335 y ss.

<sup>144</sup> Según Vassilis Hatzopoulos, «The OMC is precisely putting at stake the EU's main legal characteristics in two ways. First, it is supposed to create a series of non-binding norms, completely devoid of these two fundamental characteristics associated with the nature of the EU (efecto directo y primacía) (...). Second, it risks emasculating rules of hard law, thus putting into question the very supremacy of EC law» (HATZOPOULUS, V., «Why the Open Method of Coordination Is Bad For You: A Letter to the EU», *loc. cit.*, p. 322).

method has lacked flexibility to iron out the differences between the Member States, or in areas where this has been achieved has often resulted in weak compromise»<sup>145</sup>. En el marco de la Unión Europea, a diferencia de otras organizaciones internacionales en las que pueda tener cabida algún método de similares características<sup>146</sup>, el MAC opera en un contexto estructural marcado por la delimitación vertical de poderes entre la Unión Europea y sus Estados miembros y, en buena medida, por ello, una de sus funciones subyacentes es contribuir a la superación de los problemas que plantea ese modelo complejo de organización del poder.

El MAC es un método ideado originariamente para ámbitos materiales situados en la esfera de competencias de los Estados respecto de los cuales está prevista la técnica de coordinación de políticas nacionales. Este modelo de gestión de las competencias se justifica por la necesidad de actuar completando los avances económicos de la integración con medidas de orden social y por la imposibilidad de aplicar el método comunitario por la ausencia de acuerdo a esos efectos entre los Estados. La coordinación es una fórmula general que se extiende a un número cada vez más amplio de materias y ocurre igual con esa modalidad específica de coordinación que es el MAC, pero sin que se haya consolidado en el texto del Tratado una vinculación entre ambos. A pesar de su origen, su naturaleza y su denominación, el MAC no es una técnica privativa de los ámbitos de coordinación.

Con carácter general, el análisis de las disposiciones del TFUE pone de manifiesto dos datos relevantes. El primero es que el MAC

<sup>145</sup> SZYSZCZAK, E., «Experimental Governance: The Open Method of Coordination», *loc. cit.*, p. 500.

<sup>146</sup> En concreto, como se ha explicado, Armin Schäfer identifica este método con técnicas propias del FMI y la OCDE (SCHÄFER, A., «A new form of governance? Comparing the open method of coordination to multilateral surveillance by the IMF and the OECD», *loc. cit.*, pp. 70 y ss.).

no está previsto en todos los ámbitos sometidos al régimen de coordinación de políticas nacionales de los Estados miembros porque se aplica a la coordinación de las políticas de empleo y a la coordinación de las políticas sociales, pero no se utiliza respecto de la coordinación económica y presupuestaria que, como modalidad de ejercicio de las competencias, son calificadas dentro del mismo artículo 5 del TFUE. En segundo lugar, con el vigente Tratado de Lisboa, el MAC deja de ser formalmente una técnica exclusiva de los espacios de coordinación de políticas nacionales porque también se establece en el contexto de otras dos modalidades competenciales: por una parte, en competencias compartidas como la investigación y el desarrollo tecnológico y en un sector de la política social del artículo 4 del TFUE; y, por otra parte, en materias respecto de las cuales la competencia de la Unión consiste en apoyar, coordinar o complementar las acciones de los Estados miembros como salud pública, industria, educación, formación profesional investigación y desarrollo tecnológico<sup>147</sup>. No se contempla, en cambio, esa posibilidad respecto del turismo, cultura, protección civil o cooperación administrativa que participan del mismo modelo de gestión de competencias de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del TFUE<sup>148</sup>.

<sup>147</sup> Sobre las diferencias entre las competencias del artículo 5 y 6 del TFUE, puede verse ROBLES CARRILLO, M., «La articulación jurídica del sistema de competencias en la UE: el Proyecto de Tratado Constitucional de la Convención Europea», *loc. cit.*, pp. 1 y ss.

<sup>148</sup> El caso de la cultura es especialmente llamativo. La propuesta de introducir el MAC en este ámbito es defendida activamente por la Comisión por tratarse de una materia sometida a un régimen de cooperación intergubernamental y por los caracteres propios de esta materia en su Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, «Comunicación sobre una Agenda Europea para la Cultura en un mundo en vías de globalización», (COM (2007) 242 final, de 10.5.2007, pp. 13 y ss.). Como respuesta a esa comunicación, el Consejo en su Resolución de 16 de noviembre de 2007 relativa a una Agenda Europea para la Cultura (DOUE, C 287 de 29.11.2007) reconoce que «el nuevo planteamiento

En definitiva, siguiendo los términos del Tratado, el MAC no está vinculado con una modalidad competencial concreta, ni tampoco con un conjunto de materias que, a su vez, se hayan sometido al mismo régimen de ejercicio de las competencias. Ello permite afirmar su autonomía como modalidad de acción, procedimiento o instrumento normativo y su capacidad, en principio, para ser extrapolado a otros ámbitos materiales sin entrar en su calificación competencial, siempre y cuando no se trate de una competencia exclusiva donde la Unión monopoliza el ejercicio del poder o de una competencia compartida ejercida por la Unión de manera que impida una acción de los Estados miembros<sup>149</sup>. No es, en sí mismo, un tipo o una categoría competencial autónoma porque no implica un reparto de poder sino una forma de ejercer un poder mantenido en la esfera competencial de los Estados o asignado a la Unión en términos que no son la exclusividad o el régimen general de competencias compartidas. Esta concepción del MAC, siguiendo lo previsto en el Tratado, se confirma en el marco de la Estrategia de Lisboa.

El análisis del MAC dentro de la Estrategia de Lisboa ofrece, por caminos diferentes, un resultado similar. Aunque se explicita su utilización en algunos casos concretos, el MAC es reconocido como un instrumento de

---

propuesto por la Comisión para la cooperación en el ámbito de la cultura, es decir, utilizando el método abierto de coordinación (MAC) de forma específicamente adaptada y teniendo en cuenta las particularidades del sector, proporcionará un marco flexible y no vinculante para estructurar la cooperación en torno a los objetivos estratégicos de la Agenda» y procede, a continuación, a establecer sus condiciones de utilización en este ámbito. Sin embargo, no se ha formalizado en el Tratado de Lisboa.

<sup>149</sup> En los ámbitos de competencia exclusiva o de competencia compartida ejercida por la Unión y no por los Estados falta el presupuesto de base consistente en la existencia de políticas nacionales diferentes que, por existir y ser diferentes, son objeto de este método de coordinación.

aplicación general en el marco de esa estrategia que, como es lógico, interfiere horizontalmente en una gran mayoría de los ámbitos de acción de la Unión y de sus Estados miembros en la medida en que es el programa de acción establecido para realizar el tránsito hacia una economía y una sociedad del conocimiento. En ese contexto, el MAC se concibe como un instrumento de ejercicio de las competencias propias de los Estados o un procedimiento que permite ejercitar determinadas competencias asignadas a la Unión para apoyar, coordinar o complementar las acciones de los Estados miembros.

El MAC es, en consecuencia, un método aplicado para el ejercicio de las competencias de conformidad con el Tratado y de acuerdo con lo previsto en la Estrategia de Lisboa respecto de materias concretas en el primer caso y con carácter general en el segundo, sin que se produzcan necesariamente coincidencias y sin que esas materias deban pertenecer al mismo régimen de ejercicio de las competencias. La cuestión clave en el debate doctrinal sigue siendo, sin embargo, el peligro de contaminación del método comunitario o el riesgo de sustitución progresiva de esa técnica característica del proceso de construcción europea por esta modalidad de acción de impronta intergubernamental. No es difícil apreciar el contraste entre el freno a la ampliación de las competencias tradicionales de la Unión, exclusivas y compartidas, y la expansión continuada del MAC y, en general, de las técnicas de coordinación de políticas nacionales<sup>150</sup>.

### 4.3. El modelo institucional y orgánico

El MAC no responde a un único modelo institucional y orgánico. Su organización

---

<sup>150</sup> Vassilis Hatzopoulos realiza una argumentación muy sólida y documentada sobre este problema (HATZOPOULUS, V., «Why the Open Method of Coordination Is Bad For You: A Letter to the EU», *loc. cit.*, pp. 319 y ss.).

varía en el Tratado y en la Estrategia de Lisboa, aunque se materializa en ambos casos, como todas las actividades de coordinación, con una clara impronta intergubernamental<sup>151</sup>. Sobre la base de esos dos arquetipos generales, que son los que ofrece el sistema institucional de la Unión y el modelo creado para el programa de Lisboa, se organizan distintas versiones institucionales del MAC en función de la materia y de la naturaleza de la competencia, incluida la posibilidad de que, en un mismo ámbito, convivan varias fórmulas institucionales o varias modalidades de actuación institucional respecto de este método<sup>152</sup>.

En el marco del Tratado de Lisboa, el proceso de activación del MAC puede ser iniciado de cuatro formas diferentes y de importancia también desigual: por una decisión del Parlamento Europeo y el Consejo, por una acción de la Comisión, por una recomendación del Consejo a propuesta de la Comisión o, finalmente, como una medida del Comité de Protección Social del artículo 160.

- La primera opción está prevista en materia de empleo (artículo 149), en los ámbitos de política social recogidos en el apartado 1 del artículo 153 del TFUE, en educación (artículo 165) y en formación profesional (artículo 166) y exige una medida adoptada por el Parlamento Europeo y el Consejo, previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones y mediante el procedimiento legislativo ordinario.

- La segunda posibilidad supone que la Comisión, en contacto, en consulta, en colaboración o en coordinación con los Estados, según el caso, asume la iniciativa de aplicación del MAC. Así está previsto en el artículo 156 sobre política social que, como particularidad, exige consultar con carácter previo, respecto de los dictámenes, al Comité Económico y Social. El artículo 168 en salud pública, el artículo 173 en industria y el artículo 181 en I+D atribuyen esa función a la Comisión con la obligación de informar cumplidamente al Parlamento europeo.
- El Consejo, a propuesta de la Comisión, puede adoptar recomendaciones incidiendo el recurso al MAC en materia de educación (artículo 165.4) y formación profesional (artículo 166.4).
- El Comité de Protección Social previsto en el artículo 160 en el marco de la política social también tiene asignada la misión de facilitar el intercambio de información, experiencias y buenas prácticas entre los Estados y con la Comisión.

Desde una perspectiva material, la situación es la siguiente: 1) En el ámbito del empleo sólo se permite la primera opción con medidas del Parlamento europeo y el Consejo; 2) En salud pública, en industria y en I+D, sólo cabe la iniciativa de la Comisión con la obligación de información al Parlamento Europeo; 3) En educación y formación profesional, cabe la posibilidad de medidas conjuntas del Parlamento Europeo y el Consejo y las recomendaciones del Consejo; 4) La política social admite todas esas posibilidades.

Esta variedad de opciones resultante del análisis de las disposiciones del TFUE relativas al MAC debe completarse atendiendo al modelo institucional general diseñado en el Tratado de Lisboa que atribuye a las instituciones competencias y funciones generales

<sup>151</sup> DUINA, F. y RAUNIO, T., «The open method of coordination and national parliaments: further marginalization or new opportunities?», *Journal of European Public Policy*, Vol. 14, Nº 4, 2007, pp. 497 y ss.; HATZOPOLUS, V., «Why the Open Method of Coordination Is Bad For You: A Letter to the EU», *loc. cit.*, pp. 311 y ss.; BÜSCHS, M., «How Legitimate is the Open Method of Co-ordination?», *loc. cit.*, pp. 766 y ss.

<sup>152</sup> Véase BÜSCHS, M., «How Legitimate is the Open Method of Co-ordination?», *loc. cit.*, pp. 772 y ss.

que pueden extenderse, sin necesidad de una previsión específica, a este método. Así ocurre con las atribuciones del Consejo Europeo, convertido en institución, el control jurisdiccional del TJUE en el ejercicio de su función de garantía del derecho en la aplicación y la interpretación de los Tratados, a pesar de los límites que impone su condición de procedimiento y de obligación de comportamiento, la iniciativa legislativa de la Comisión o el poder de control del Parlamento Europeo. Este modelo general es diferente del previsto en la Estrategia de Lisboa.

El modelo institucional general del MAC dentro de la Estrategia de Lisboa se configura en las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo adoptadas en esa reunión celebrada en marzo del año 2000 y se desarrolla en la práctica<sup>153</sup>. El Consejo Europeo tiene asignada una función principal de dirección, organización, coordinación, control y garantía de cumplimiento<sup>154</sup>. Ese monopolio funcional explica las escasas referencias al Consejo y, en cierta medida, condiciona su posición en la elaboración de las políticas en

las que está previsto el recurso al MAC<sup>155</sup>. La Comisión, en cambio, tiene atribuida una función doble<sup>156</sup>: de un lado, la gestión operativa del método con la elaboración de métodos comparativos, indicadores estructurales, índices de referencia, identificación de prácticas, así como un amplio número de informes de carácter institucional o material; y de otro lado, la Comisión es la gestora institucional del MAC al ser la encargada principal de la conexión con los Estados y con la pluralidad de actores implicados en este método como los interlocutores sociales<sup>157</sup>, los suministradores y usuarios, las empresas y las ONG, entre otros<sup>158</sup>. El activismo de la Comisión se ha convertido en el auténtico motor en la aplicación del MAC en el Tratado y en la Estrategia de Lisboa<sup>159</sup>, pero no está exento de riesgos<sup>160</sup>.

<sup>153</sup> Véase FALUDI, A., «The Open Method of Co-ordination and 'Post-regulatory' Territorial Cohesion Policy», *loc. cit.*, pp. 1026 y ss.

<sup>154</sup> Siguiendo las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Lisboa del año 2000, el MAC «irá acompañado de una función de guía y coordinación más firme por parte del Consejo Europeo, para garantizar así una dirección estratégica más coherente y un control efectivo de los trabajos. El Consejo Europeo, en una sesión que deberá celebrarse cada primavera, determinará los mandatos correspondientes y garantizará su cumplimiento» (Punto 7 de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Lisboa). Para Susana Cañero, ha adquirido «deux rôles, strictement liés: un rôle de programmeur, c'est-à-dire d'indicateur des objectifs à poursuivre, et un rôle d'organisateur, de coordonnateur de tous les sujets appelés à jouer un rôle dans l'exécution de ces orientations CAFARO, S., «La méthode ouverte de coordination, l'action communautaire et le rôle politique du Conseil européen», *loc. cit.*, p. 215.) Véase HAAR, B.T., «Open Method of Coordination: A New Sepping Stone in the Legal Order of International and European Relations», *loc. cit.*, pp. 241 y ss.

<sup>155</sup> HATZOPOULUS, V., «Why the Open Method of Coordination Is Bad For You: A Letter to the EU», *loc. cit.*, pp. 321 y ss.

<sup>156</sup> Punto 38 de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Lisboa.

<sup>157</sup> Sobre la función de los interlocutores sociales, véase BÜSCHS, M., «How Legitimate is the Open Method of Co-ordination?», *loc. cit.*, pp. 773 y ss.

<sup>158</sup> DUINA, F. y RAUNIO, T., «The open method of coordination and national parliaments: further marginalization or new opportunities?», *loc. cit.*, p. 497; BÜSCHS, M., «How Legitimate is the Open Method of Co-ordination?», *loc. cit.*, pp. 773 y ss.

<sup>159</sup> DE LA ROSA, S., «The Open Method of Coordination in the New Members States – the Perspectives for its Use as a Tool of Soft Law», *loc. cit.*, pp. 627-628; KERBER, W. y ECKARDT, M., «Policy learning in Europe: the open method of co-ordination and laboratory federalism», *loc. cit.*, pp. 231 y ss.

<sup>160</sup> Vassilis Hatzopoulos explica pormenorizadamente las razones por las cuales el compromiso de la Comisión con el MAC es innecesario e inapropiado tanto en el marco de las relaciones entre y con los Estados miembros como dentro del marco institucional de la Unión concluyendo que «it is not clear why the only supra-national political institution of the EU should be investing its valuable resources into intra-national exchange of goodwill and (incremental) mutual learning, when such resources hardly suffice for the completion of tasks that the Commission, and the Commission alone, is able to perform» (HATZOPOULUS, V., «Why the Open Method of Coordination Is Bad For You: A Letter to the EU», *loc. cit.*, pp. 333).

En la doctrina se ha puesto acertadamente de manifiesto esa relativa tergiversación de funciones que supone una Comisión volcada en el desarrollo de los mecanismos de coordinación de políticas nacionales descuidando o, como mínimo, reduciendo por motivos obvios su dedicación a las funciones institucionales propias que tiene atribuidas en el marco de los Tratados<sup>161</sup>. La situación del resto de las instituciones es, asimismo, preocupante.

El Parlamento Europeo no tiene reconocida una misión precisa en el contexto de la Estrategia de Lisboa<sup>162</sup>, a diferencia de los poderes normativos y de control que, como se ha visto, establece expresamente el Tratado en determinados ámbitos de acción del MAC. Por su parte, el TJUE no está llamado a ejercer su función de control jurisdiccional en este contexto por tratarse de un programa de acción que no sido objeto de formalización jurídica en el texto del Tratado. En el caso de estas dos instituciones y, en menor medida, en el del Consejo, hay una diferencia significativa entre el MAC del Tratado y el de la Estrategia de Lisboa, que no está exenta de consecuencias en la medida en que la primera encarna la legitimidad democrática y la segunda es la garante del respeto de la legalidad en el marco de esta Comunidad de Derecho. Es cierto que nada impide que el Parlamento puede ejercer sus poderes generales de deliberación y control y tampoco se puede excluir en términos absolutos la posibilidad de un control indirecto del TJUE en la medida en que las acciones desarrolladas en este ámbito puedan afectar a las competencias y obligaciones asumidas en el marco de los Tratados. Pero, a pesar de ello, la ausencia efectiva del TJCE y del PE elimina las garantías

<sup>161</sup> HATZOPOULUS, V., «Why the Open Method of Coordination Is Bad For You: A Letter to the EU», *loc. cit.*, pp. 320y ss.

<sup>162</sup> En el Informe Kok se reconoce esa ausencia, razón por la cual propone que el PE «podría considerar la creación de una comisión permanente sobre la Estrategia de Lisboa» (Informe Kok, *loc. cit.*, p. 48).

jurisdiccionales y de control democrático<sup>163</sup> y es, además, susceptible de alterar el modelo de equilibrio institucional diseñado en el Tratado contrastando esa situación con el acusado protagonismo del Consejo Europeo<sup>164</sup>, la función aparentemente menor del Consejo<sup>165</sup> y la dispersión de funciones de la Comisión<sup>166</sup>. Finalmente, en el caso del Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones se entiende que, por su naturaleza y composición y por el carácter de su representación, deben estar asociados a la aplicación del MAC en el marco de la Estrategia de Lisboa, pero en la práctica no hay garantías suficientes para su intervención, una vez más, por tratarse de compromisos carentes de formalización jurídica<sup>167</sup>.

<sup>163</sup> Como explica Erika Szyszczak, «The inability of the OMC to address the democratic deficit in EU decision-making may detract from its value in supplying a new normative solution to efficient and effective regulation in the EU» (SZYSZCZAK, E., «Experimental Governance: The Open Method of Coordination», *European Law Journal*, Vol. 12, Nº 4, 2006, p. 496). En el mismo sentido, véanse BÜSCHS, M., «How Legitimate is the Open Method of Co-ordination?», *loc. cit.*, pp. 766 y ss.; BENZ, A., «Accountable Multilevel Governance by the Open Method of Coordination», *loc. cit.*, pp. 506 y ss.; ZIELONKA, J., «Plurilateral Governance in the Enlarged European Union», *loc. cit.*, pp. 205 y ss.

<sup>164</sup> HATZOPOULUS, V., «Why the Open Method of Coordination Is Bad For You: A Letter to the EU», *loc. cit.*, pp. 320 y ss.

<sup>165</sup> CAFARO, S., «La méthode ouverte de coordination, l'action communautaire et le rôle politique du Conseil européen», *loc. cit.*, p. 204; LASSALLE, D. y LEVRAT, N., «Un Triangle à Quatre Côtés: L'Equilibre Institutionnel et le Conseil Européen», *European Integration*, Vol. 26, Nº 4, 2004, pp. 431 y ss.

<sup>166</sup> La Comisión «puede desempeñar un cometido crucial como catalizador en las distintas fases del método abierto de coordinación, principalmente, mediante la presentación de propuestas sobre directrices europeas, organizando el intercambio de mejores prácticas, presentando propuestas de indicadores y apoyando el seguimiento y la evaluación realizada por homólogos» (Nota de la Presidencia al Consejo de la UE, de 14.06.00, Doc. 9088/00, Curso de las Conclusiones del Consejo Europeo de Lisboa –Experiencia en curso del nuevo método abierto de coordinación», p. 7).

<sup>167</sup> El Comité de las Regiones se ha mostrado especialmente crítico por la ausencia de descentralización

El modelo de funcionamiento del MAC responde, en la Estrategia de Lisboa, a los parámetros institucionales de los procedimientos de coordinación establecidos en el marco de la UE a partir del Tratado de Maastricht y sobre la base de las decisiones adoptadas en las reuniones del Consejo Europeo de Luxemburgo, Cardiff y Colonia. A diferencia del modelo de coordinación macroeconómica diseñado en Maastricht, no contempla la posibilidad de un control jurisdiccional del TJCE o de un control democrático del PE. En cambio, sintonizando con los Procesos de Luxemburgo, Cardiff y Colonia, no contempla la intervención de ambas instituciones, se organiza en torno al Consejo y la Comisión y bajo el control y la dirección del Consejo Europeo<sup>168</sup>. La deriva intergubernamental no se encuentra compensada con una asociación mayor de los parlamentos nacionales en la gestión de la actividad de coordinación, razón por la cual entre las variadas influencias que puede ejercer el MAC respecto de ellos se asume doctrinalmente que contribuye a su marginalización<sup>169</sup>.

real, a pesar del MAC, que impide una participación efectiva de las entidades regionales y locales (Resolución del Comité de las Regiones sobre la redefinición de la estrategia de Lisboa, *DOUE*, C 164/91 de 5.7.05).

<sup>168</sup> DUINA, F. y RAUNIO, T., «The open method of coordination and national parliaments: further marginalization or new opportunities?», *loc. cit.*, p. 497; HATZOPOULUS, V., «Why the Open Method of Coordination Is Bad For You: A Letter to the EU», *loc. cit.*, pp. 311 y ss.

<sup>169</sup> BÜSCHS, M., «How Legitimate is the Open Method of Co-ordination?», *loc. cit.*, pp. 776 y ss.; HATZOPOULUS, V., «Why the Open Method of Coordination Is Bad For You: A Letter to the EU», *loc. cit.*, pp. 327 y ss.; DUINA, F. y RAUNIO, T., «The open method of coordination and national parliaments: further marginalization or new opportunities?», *loc. cit.*, pp. 501 y ss.; BENZ, A., «Accountable Multilevel Governance by the Open Method of Coordination», *loc. cit.*, pp. 507 y ss.; TSAKATIKI, M., «A Parliamentary Dimension for EU Soft Governance», *loc. cit.*, pp. 549 y ss.; KRÖGER, S., «The End of Democracy as We Know it? The Legitimacy Deficits of Bureaucratic Social Policy Governance», *loc. cit.*, pp. 565 y ss.; BORRÁS, S. y CONZELMANN, T., «Democracy, Legitimacy and Soft Modes of Governance in the EU: The Empirical Turn», *loc. cit.*, pp. 531 y ss.

En definitiva, el MAC se organiza de modo diferente en el contexto de la Estrategia de Lisboa y en marco institucional de la Unión Europea, siendo ésta una circunstancia que ahora se agrava por las siguientes razones: 1) la extensión de los ámbitos materiales en los que el Tratado formaliza jurídicamente el recurso al MAC porque advierte realmente sobre el problema de su diversidad institucional que antes era menos relevante dada la exigua regulación del Tratado; 2) la aplicación del MAC en ámbitos materiales sometidos a regímenes competenciales diferentes de la coordinación de políticas nacionales porque, mientras el modelo institucional de Lisboa se ajusta a los parámetros de esa modalidad de acción, el Tratado ofrece ahora variantes institucionales necesarias en materias sometidas al régimen de competencias compartidas o de competencias de apoyo, coordinación o complemento de las acciones de los Estados miembros; 3) la posibilidad de afectación del modelo de equilibrio institucional europeo por la introducción de esa variedad de modelos de coordinación en cada materia que suponen adicionar funciones diferentes a las previstas originariamente en el sistema institucional de la Unión Europea, en particular, en lo que concierne a la Comisión<sup>170</sup>.

#### 4.4. El funcionamiento del MAC

La definición del MAC desde una perspectiva funcional plantea dos órdenes de problemas

<sup>170</sup> Pueden verse, al respecto, LASSALLE, D. y LEVRAT, N., «Un Triangle à Quatre Côtés: L'Equilibre Institutionnel et le Conseil Européen», *loc. cit.*, pp. 431 y ss.; KAISER, R. y PRANGE, H., «A new concept of deepening integration? – The European Research Area and the emerging role of policy coordination in a multi-level governance system», *European Integration online Papers (EioP)*, Vol. 6, Nº 18, 2002, <http://eiop.or.at/eiop/texte/2002-018a.htm>, pp. 4-5; CAFARO, S., «La méthode ouverte de coordination, l'action communautaire et le rôle politique du Conseil européen», *loc. cit.*, pp. 213 y ss.; DE LA ROSA, S., «The Open Method of Coordination in the New Members States – the Perspectives for its Use as a Tool of Soft Law», *loc. cit.*, p. 627.



derivados de la propia naturaleza del instrumento y de su singular y evasiva formulación normativa. Por una parte, por su naturaleza, es un método pragmático y flexible<sup>171</sup>, capacitado para adaptarse a las características particulares de cada ámbito material, razón por la cual se ha impuesto el recurso al plural para referirse a la existencia de métodos abiertos de coordinación, así como la costumbre de adjetivar este término precisando el ámbito donde está llamado a operar<sup>172</sup>. Por otra parte, atendiendo a su formulación normativa, es un método designado y definido funcionalmente en la Estrategia de Lisboa y caracterizado con fórmulas variadas en las disposiciones del Tratado de manera tan heterogénea y desigual que, incluso, se hace necesario recurrir a la práctica para verificar que el exiguo tenor de alguna de esas disposiciones formaliza jurídicamente la utilización del MAC en una determinada materia<sup>173</sup>. Ninguna de esas circunstancias facilita la operación de calificación del método posibilitando interpretaciones que identifican el MAC con cualquier modalidad de coordinación<sup>174</sup>, junto con otras que rechazan su presencia en ámbitos donde ya se ha consolidado como consecuencia de su imperfecta o deficiente caracterización. Por ello es necesario abordar la definición funcional del método identificando los componentes esenciales presentes en el mismo, capacitados para singularizarlo como instrumento o procedimiento y cuya ausencia excluye la posibili-

dad de ubicar dentro de esa categoría otras técnicas o prácticas que, participando sólo de algunos de esos elementos, no pueden aspirar a su consideración como MAC<sup>175</sup>.

La caracterización del MAC realizada en las Conclusiones del Consejo Europeo de Lisboa y en las disposiciones del Tratado de Lisboa que formalizan este método permite extraer algunos de sus componentes esenciales pero no es suficiente por la variedad que caracteriza la tipificación realizada en cada uno de esos textos y, muy especialmente, en las normas del Tratado. Esas carencias se han cubierto en sede doctrinal mediante una serie de aportaciones que coinciden mayoritariamente en cuanto a explicación funcional. Siguiendo a Espina Montero, este método «constituye un mecanismo blando, pragmático y deliberativo para colaborar en la identificación de métodos de análisis generalmente aceptados, para compartir la información, intercambiar experiencias e impulsar la difusión de las prácticas óptimas observadas en cada ámbito de actuación (*best practices*), la emulación y la fijación de cotas de referencia (*benchmarking*) y el aprendizaje de políticas (*policy learning*) sobre las que van alcanzándose acuerdos y posiciones comunes, además de facilitar el contacto entre los agentes sociales y políticos implicados y hacer públicos los resultados de la evaluación de políticas, lo que refuerza el efecto de diseminación»<sup>176</sup>.

<sup>171</sup> HATZOPOULUS, V., «Why the Open Method of Coordination Is Bad For You: A Letter to the EU», *loc. cit.*, pp. 311 y ss.

<sup>172</sup> D.M. TRUBEK, L.G. TRUBEK: «Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Coordination», *European Law Journal*, Vol. 11, Nº 3, 2005, pp. 343 y ss.

<sup>173</sup> Así ocurre en educación y en formación profesional.

<sup>174</sup> Es el caso de su asimilación con la coordinación de las políticas económicas o su comparación con técnicas de otras organizaciones internacionales (SCHÄFER, A., «A new form of governance? Comparing the open method of coordination to multilateral surveillance by the IMF and the OECD», *loc. cit.*, pp. 70 y ss).

<sup>175</sup> HAAR realiza un análisis del contenido material del MAC, comparándolo con el método comunitario y diseñando un tipo ideal desde la triple perspectiva de los conceptos de obligación, precisión y delegación (HAAR, B.T., «Open Method of Coordination: A New Sepping Stone in the Legal Order of International and European Relations», *loc. cit.*, pp. 243 y ss.).

<sup>176</sup> ESPINA MONTERO, A. «¿Existe un modelo europeo de empleo?: el Proceso de Luxemburgo», *El Modelo económico de la UE. Revista de Economía ICE*, Nº 820, enero-febrero 2005, pp. 124-125. Véanse KERBER, W. y ECKARDT, M., «Policy learning in Europe: the open method of co-ordination and laboratory federalism», *loc. cit.*, pp. 227 y ss.; HODSON, D., «Macroeconomic co-ordination in the euro area: the scope and limits of the open method», *loc. cit.*, pp. 240 y ss.

El tríptico *best practices-benchmarking-policy learning* constituye, efectivamente, el núcleo funcional del MAC, caracterizado, además, por su condición de método abierto y por su adscripción al ámbito de las obligaciones de comportamiento más que al terreno de los resultados. Esa combinación marca la diferencia respecto de otras modalidades de coordinación de políticas nacionales con las que se comparte la secuencia *líneas directrices europeas-plasmación en medidas de política nacional-supervisión multilateral*<sup>177</sup>. El hecho de que sea un método abierto (a), que no traduce obligaciones, ni compromisos de resultado (b) y que se organiza como una técnica de *benchmarking* (c) convierte al MAC en un método original en el plano funcional. Esta situación se confirma atendiendo a las disposiciones del Tratado de Lisboa.

a) El MAC es, funcionalmente, un método abierto por tres razones principales<sup>178</sup>: en primer lugar, con mayor o menor éxito, implica la participación de una pluralidad de sujetos y actores haciendo efectiva la presencia de varios niveles de gobierno y la asociación de actores no institucionales<sup>179</sup>; en segundo

lugar, está previsto en una diversidad de ámbitos materiales<sup>180</sup>, manifestándose como un técnica que, al estar basada en el respeto de las competencias y de la identidad nacional de cada Estado, se muestra capacitada para extenderse respecto de un número creciente de materias en las que no parece viable el recurso al método comunitario; y, en tercer lugar, el modelo de funcionamiento mediante indicadores y objetivos se articula asumiendo las diferencias existentes respecto de ellos en cada Estado y operando sobre esa base, de manera que prioriza el proceso mismo de aproximación gradual, como forma de y en lugar de la obtención misma de dicho resultado<sup>181</sup>. A todo ello se suma una vocación genérica de transparencia<sup>182</sup> –*openness*– entendida como principio de buena gobernanza<sup>183</sup>. La transparencia, sin embargo, se ha ido reduciendo como consecuencia de la generación de MAC diferentes desde el prototipo original, previstos en una amplia variedad de materias, con fórmulas institucionales y procedimentales diferentes en cada caso y con resultados también desiguales desde el punto de vista de su efectividad<sup>184</sup>.

<sup>177</sup> Esta es la fórmula característica de los procedimientos de coordinación macroeconómica previstos en el Tratado de Maastricht y en los Procesos de Luxemburgo, Cardiff y Colonia, aunque varía, como es lógico, su denominación en cada caso, así como su régimen jurídico.

<sup>178</sup> Sobre el significado de esta expresión, pueden verse CHALMERS, D. y LODGE, M., *The Open Method of Co-ordination and the European Welfare State*, *op. cit.*, pp. 14 y ss.; SERRANO PASCUAL, A., «Del desempleo como riesgo al desempleo como trampa», *loc. cit.*, pp. 223 y ss.

<sup>179</sup> Pueden verse, al respecto, TELÒ, M., «La gouvernance économique et sociale et la réforme des traités. La méthode ouverte de coordination», *loc. cit.*, p. 495; CAFARO, S., «La méthode ouverte de coordination, l'action communautaire et le rôle politique du Conseil européen», *loc. cit.*, p. 209; KAISER, R. y PRANGE, H., «A new concept of deepening integration? – The European Research Area and the emerging role of policy coordination in a multi-level governance system», *loc. cit.*, pp. 4-5. BÜSCHS, M., «How Legitimate is the Open Method of Co-ordination?», *loc. cit.*, pp. 775 y ss.

<sup>180</sup> En este sentido, TELÒ, M., «La gouvernance économique et sociale et la réforme des traités. La méthode ouverte de coordination», *loc. cit.*, p. 495; KAISER, R. y PRANGE, H., «A new concept of deepening integration? – The European Research Area and the emerging role of policy coordination in a multi-level governance system», *loc. cit.*, pp. 4-5.

<sup>181</sup> REGENT, S., «The Open Method of Coordination: A New Supranational Form of Governance?», *loc. cit.*, p. 191; TELÒ, M., «La gouvernance économique et sociale et la réforme des traités. La méthode ouverte de coordination», *loc. cit.*, p. 495.

<sup>182</sup> Sobre la necesidad de una mayor transparencia véanse HATZPOULUS, V., «Why the Open Method of Coordination Is Bad For You: A Letter to the EU», *loc. cit.*, pp. 338 y ss.; BENZ, A., «Accountable Multilevel Governance by the Open Method of Coordination», *loc. cit.*, pp. 507 y ss.

<sup>183</sup> CAFARO, S., «La méthode ouverte de coordination, l'action communautaire et le rôle politique du Conseil européen», *loc. cit.*, p. 209.

<sup>184</sup> Véase BÜSCHS, M., «How Legitimate is the Open Method of Co-ordination?», *loc. cit.*, pp. 776 y ss.

b) El MAC constituye una modalidad de acción que traduce una obligación o un compromiso de comportamiento pero no necesariamente de resultado<sup>185</sup>. El valor de este método se sitúa en la «dissemination of best practice and the provision of incentives (peer review) rather than legal obligation and control»<sup>186</sup>. Como explican Robert Kaiser y Heiko Prange, «applying the OMC is non-binding: defined goals are not mandatory and non-performance, measured through benchmarking indicators, peer review, and monitoring, is not accompanied by a system of sanctions (...) The OMC is similar to policy transfer and diffusion through a process of mutual learning based on peer pressure»<sup>187</sup>. Como es obvio, los mismos motivos que justifican esa facilidad para alcanzar decisiones explican la dificultad de garantizar su cumplimiento, de manera que «While the implementation of the benchmarking approach is a success story, the implementation of the benchmarking targets is not»<sup>188</sup>.

c) El núcleo funcional característico del MAC se define con la fórmula *best practices-benchmarking-policy learning* que, en una de sus posibles y diversas interpretaciones, traduce una concepción amplia del concepto de *benchmarking*<sup>189</sup>. Este concepto marca la

<sup>185</sup> ARMIN SCHÄFER entiende que se trata de «a neovoluntarist, soft mode of governance that: allows flexibility (...), minimizes sovereignty losses (...), helps superseding political resistance (...), permits shifting blame (...), offers symbolic politics (...), avoids agency losses» (SCHÄFER, A., «Beyond the Community Method: Why the Open Method of Coordination Was Introduced to EU Policy-making», *loc. cit.*, p. 11).

<sup>186</sup> KNILL, Ch. y LENSCHOW, A., «Modes of Regulation in the Governance of the European Union: Towards a Comprehensive Evaluation», *loc. cit.*, p. 3.

<sup>187</sup> KAISER, R. y PRANGE, H., «A new concept of deepening integration? – The European Research Area and the emerging role of policy coordination in a multi-level governance system», *loc. cit.*, pp. 4-5.

<sup>188</sup> ZÄNGLE, M., «The European Union benchmarking experience. From euphoria to fatigue?», *loc. cit.*, p. 2.

<sup>189</sup> BRUNO, I., JACQUOT, S. y MANDIN, L., «Europeanization through its instrumentation: benchmarking, mainstreaming and the open method of co-ordination ... toolbox or Pandora's box?», *loc. cit.*, pp. 519 y ss.

diferencia respecto de otras modalidades de coordinación de políticas nacionales<sup>190</sup> porque es un concepto multifuncional –instrumento de aprendizaje, colaboración y/o competitividad–, mixto –privado y público–, bidireccional –«top down» o «bottom up»– y pluri-contextual –local, regional, europeo e internacional–, susceptible, por ello, de ser objeto de una variedad de definiciones<sup>191</sup>. La idea fundamental es, en cualquier caso, estimular un proceso dirigido a «*apprendre en comparant*»<sup>192</sup>, dentro de una dinámica de comparación, evaluación y examen<sup>193</sup>.

En definitiva, en los ámbitos regulados en el Tratado y en la Estrategia de Lisboa, el MAC se caracteriza funcionalmente por su carácter abierto, por su localización en el terreno del comportamiento y por su materialización en la secuencia *best practices-benchmarking-policy learning*. Esas características han facilitado su formalización jurídica en la que, a pesar de las críticas sobre su legitimidad y eficacia<sup>194</sup>, se ha impuesto un reco-

<sup>190</sup> POCHE, Ph., *Méthode ouverte de coordination et modèle social européen*, *op. cit.*, p. 2.

<sup>191</sup> BRUNO, I., JACQUOT, S. y MANDIN, L., «Europeanization through its instrumentation: benchmarking, mainstreaming and the open method of co-ordination ... toolbox or Pandora's box?», *loc. cit.*, pp. 522 y ss.; BENZ, A., «Accountable Multilevel Governance by the Open Method of Coordination», *loc. cit.*, pp. 517 y ss.; KERBER, W. y ECKARDT, M., «Policy learning in Europe: the open method of co-ordination and laboratory federalism», *loc. cit.*, pp. 227 y ss.

<sup>192</sup> LUNDEVALL, B.-A. y TOMLINSON, M., «Le benchmarking international: un instrument d'apprentissage politique et stratégique», *loc. cit.*, pp. 199-200; REGENT, S., «The Open Method of Coordination: A New Supranational Form of Governance?», *loc. cit.*, pp. 209 y ss.

<sup>193</sup> Vassilis Hatzopoulos se muestra bastante crítico con estos caracteres del MAC concluyendo que este método «make for an exchange of information which is only periodical, opaque, unaccountable and legally insignificant» (HAZOPOULOS, V., «Why the Open Method of Coordination Is Bad For You: A Letter to the EU», *loc. cit.*, pp. 332).

<sup>194</sup> BÜSCHS, M., «How Legitimate is the Open Method of Co-ordination?», *loc. cit.*, pp. 765-786; CHALMERS, D. y LODGE, M., *The Open Method of Co-ordination and the European Welfare State*, *op. cit.*, pp. 12 y ss.

nocimiento generalizado como modelo de una nueva gobernanza desde una perspectiva teleológica<sup>195</sup>. Según Vassilis Hatzopoulos, el MAC «do not constitute a means of government, but rather come within the wider concept of governance»<sup>196</sup>. Para Erika Szyszczak, el MAC opera en dos niveles: en uno primero, «the OMC can contribute to a common discourse, a common language and a common identification of a particular problem and the diffusion of shared beliefs, the acceptance of common problems and shared beliefs as to what is 'good policy' and what is 'bad policy'. At another level it can lead to the convergence of policies and policy transfer by identifying and praising 'good performance' and criticising and condemning 'bad performance'»<sup>197</sup>. En cualquier caso, con independencia de sus mayores o menores méritos y/o defectos, el Tratado de Lisboa consolida su función como modalidad especial de coordinación en el ámbito de la Unión Europea.

## 5. CONCLUSIÓN

La articulación jurídica del MAC en el Tratado de Lisboa es el resultado de un proceso iniciado en Ámsterdam hace más de una década que, no sin dificultades y con considerables carencias, supone el reconocimiento del valor de este método en el marco de la construcción europea. Esa operación plantea

dos órdenes de problemas: en primer lugar, porque traduce, como se ha podido comprobar, la inexistencia de un régimen jurídico uniforme en relación con este método y, en segundo lugar, porque consolida el desajuste existente entre la norma y la realidad, circunstancia ésta que resulta preocupante y difícilmente admisible en un Tratado desde la perspectiva de la transparencia, la seguridad jurídica y la legitimidad misma del sistema. El resultado es una discordancia entre las disposiciones del Tratado, las decisiones de Lisboa y la práctica sobre el MAC que complica el estudio de esta técnica y de sus consecuencias sobre el modelo de construcción europea, al carecer de un único parámetro para el análisis de este fenómeno por su doble condición de expediente regulado en las disposiciones del Tratado y de técnica resultante de los compromisos asumidos en el marco del Consejo Europeo y por la distancia constatada entre esas previsiones y la práctica. Esa misma circunstancia ilustra, sin embargo, y al mismo tiempo, sobre dos características congénitas del MAC: la versatilidad del método y el carácter contingente, por no necesario, de su formalización jurídica, que van a condicionar su articulación desde una perspectiva estructural, material, institucional y funcional. Como advierte Benz, «the OMC has a considerable potential for better EU governance but the effort to exploit this potential has just begun»<sup>198</sup>.

<sup>195</sup> DUINA, F. y RAUNIO, T., «The open method of coordination and national parliaments: further marginalization or new opportunities?», *loc. cit.*, pp. 489 y ss.; HAAR, B.T., «Open Method of Coordination: A New Seping Stone in the Legal Order of Internacional and European Relations», *loc. cit.*, pp. 248 y ss.

<sup>196</sup> HATZOPOULUS, V., «Why the Open Method of Coordination Is Bad For You: A Letter to the EU», *loc. cit.*, pp. 324.

<sup>197</sup> SZYSZCZAK, E., «Experimental Governance: The Open Method of Coordination», *European Law Journal*, Vol. 12, Nº 4, 2006, p. 489.

<sup>198</sup> BENZ, A., «Accountable Multilevel Governance by the Open Method of Coordination», *loc. cit.*, p. 521.

**RESUMEN** El método abierto de coordinación (MAC) es una modalidad de acción surgida en el marco del proceso de construcción europea como complemento o como alternativa al método original comunitario y es una expresión privilegiada del protagonismo adquirido por las técnicas de coordinación en las dos últimas décadas de la Unión Europea. Desde su tímida implantación en el Tratado de Ámsterdam, se ha perfeccionado y expandido de modo continuado abarcando un número más amplio de materias hasta convertirse en un instrumento principal en ámbitos de actuación sometidos al régimen de coordinación de las políticas nacionales de los Estados miembros. Es, por varias razones, un método extremadamente singular.

El estudio del MAC se inicia atendiendo a su origen y formulación normativa y mostrando que es regulado indistintamente en el texto de los Tratados, en normas de *soft law* y en actos y documentos desprovistos de valor jurídico, utilizando técnicas distintas mediante su denominación o su simple caracterización y otorgándole un estatuto diferente en cada caso. Es un instrumental central y de aplicación general en el contexto de la Estrategia de Lisboa, mientras que tiene un carácter residual en el texto de los Tratados. El Tratado de Lisboa supone una extensión del MAC que está previsto en materia de empleo, política social, educación, formación profesional, deporte y juventud, salud pública, industria, investigación y desarrollo tecnológico. El análisis de estas disposiciones pone de manifiesto las siguientes características básicas de su articulación normativa. En primer lugar, la presencia de una doble fundamentación normativa, en el Tratado y en la Estrategia de Lisboa, sitúa al MAC simultáneamente dentro del derecho originario y al margen del mismo desplegando en cada caso diferentes consecuencias jurídicas. En segundo término, la adscripción competencial y material se amplía abarcando no sólo ámbitos de coordinación sino, también, materias sometidas al régimen de competencias compartidas cohabitando en ese terreno con el método comunitario. En tercer lugar, el MAC no responde a un único modelo institucional y orgánico sino que admite una variedad de formulaciones. Por último, constituye un método abierto, flexible y pragmático capacitado para adaptarse a los diferentes ámbitos materiales y a la diversidad que se encuentra en su origen, contenido y naturaleza.

**ABSTRACT** The Open Method of Coordination (OMC) is a modality for action emerged within the European construction process framework as a complement or alternative to the original European method. It is also a privileged expression of the prominence obtained by the coordination techniques in the last two decades of the European Union. Since its timid implementation in the Treaty of Amsterdam, it has been constantly perfected and expanded ranging over a larger number of subjects, until it has become a main instrument for fields of activity under the coordination regime of Member States' national policies. For several reasons, OMC is an extremely singular method.

OMC is studied by firstly referring to its origin and legislative formulation, and by showing that Treaties indistinctly legislated over it in soft law rules or in dispositions and documents devoid of legal status, using different techniques such as naming it or simply describing its characteristics, and awarding it a different status in each case. Within the Lisbon Strategy, OMC is a key instrument to be generally applied, whereas it has a residual character in the Treaties. The Treaty of Lisbon is an extension of the OMC that is envisaged in the fields of employment, social policy, education, vocational training, sport and youth, public health, industry, research and technological development. The analysis of these dispositions reveals the following basic features of OMC legal articulation. Firstly, the presence of a double legal basis, in the Treaty and in the Lisbon Strategy, locates OMC simultaneously within and outside primary law, thereby causing different legal consequences in each case. Secondly, OMC competences and subjects increase by including not only coordination areas but also some subjects which belong to the shared competences scheme, thereby co-existing with the Community method. Thirdly, OMC does not conform to a unique institutional and organisational model but admits a variety of formulations. Lastly, it is an open, flexible and pragmatic method which can adapt itself to different material fields and to the diversity found at its origin, content and nature.



# La coordinación de las políticas de empleo a la luz del Tratado de Lisboa

NORA MARÍA MARTÍNEZ YÁÑEZ\*

---

## 1. EL EMPLEO EN EL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA Y EN EL TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA

Desde que las instituciones comunitarias comenzaron a mostrar cierta sensibilidad por los aspectos sociales del mercado, las actuaciones para integrar esta faceta en sus objetivos, políticas y actividad legislativa han ido siempre acompañadas de polémica. Parte de ella se ha centrado en determinar cuál es el alcance de la dimensión social y hasta qué punto se encuentra supeditada a los fines económicos que constituyen la razón de ser de la actual Unión Europea.

Algo similar puede plantearse en relación con el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –en adelante TUE y TFUE–, nacidos de la reforma operada por el Tratado de Lisboa, que pretenden cambiar sustancialmente la semblanza de la Unión, incorporando al

Derecho originario buena parte del acervo comunitario y los compromisos mutuos adquiridos en los últimos años en el proceso de integración. Conviene preguntarse, pues, qué lugar ocupa la vertiente social, y más concretamente la vertiente de empleo, en la nueva etapa que se abre en la historia de la Unión Europea.

En términos generales, el Tratado de Lisboa, suscrito el 13 de diciembre de 2007 y vigente desde el 1 de diciembre de 2009, supone la continuación del fracasado proyecto de elaborar una Constitución para Europa. Desde un punto de vista material, gran parte del contenido del malogrado texto constitucional es incorporado al Tratado, y esta apreciación es extensible a los aspectos sociales, a través de los cuales se hace explícito el denominado «modelo social europeo» o, con mayor precisión, el «modelo económico y social europeo», característico de la integración.

Como pone de manifiesto la última expresión, en su contenido se mezclan aspectos básicos del libre mercado con la necesidad de garantizar objetivos sociales, generalmente relacionados con las libertades económicas. Pero la mayor dificultad de este modelo, en su

---

\* Profesora Contratada Doctora. Universidad de Vigo.



vertiente social, es que se construye sobre una base compleja, ya que buena parte de las competencias en materia social siguen estando residenciadas en los Estados miembros, celosos defensores de su soberanía en estas cuestiones, de modo que la intervención de la Unión se limita a la regulación de algunos aspectos parciales, o bien a la coordinación de las políticas nacionales. Precisamente esta modalidad de intervención ha revelado en los últimos años su eficacia para respetar el sistema social de los Estados miembros y a la vez trasladar y desarrollar el modelo social europeo a escala supranacional. En definitiva, la coordinación de políticas se presenta como el instrumento idóneo para superar las limitaciones impuestas por el reparto de competencias materiales entre los Estados y la Unión Europea.

Aunque la Europa social que hoy conocemos comenzó a forjarse en la década de los noventa, el Tratado de Lisboa tiene el mérito de haber incorporado al Derecho originario por primera vez una descripción general del modelo social europeo, que se hace patente en los valores y objetivos del TUE, en la Carta de Derechos Fundamentales que por fin adquiere obligatoriedad, y en algunas de las cláusulas transversales<sup>1</sup>.

La institucionalización de este modelo se advierte ya en el artículo 3.3 TUE, donde se indica que el desarrollo de Europa se asentará sobre una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social. La referencia a una economía *social* de mercado es completamente novedosa, y viene a sustituir al principio de economía de mercado abierta y de libre

competencia que recogía el artículo 4.1 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea —en adelante TCE—<sup>2</sup>. La expresión no responde a un mero ejercicio retórico, sino que tiene al menos dos intenciones. Por un lado, pretende hacer evidente el nexo que debe estrechar políticas económicas y políticas sociales, hacia el que se han dirigido los esfuerzos de las instituciones comunitarias en los últimos años. Buena muestra de ello es la integración en 2005 de las estrategias de coordinación de las políticas económicas y de empleo en una única Estrategia Europea para el Crecimiento y el Empleo.

Pero, por otro lado, encierra una concepción a la que debe responder la actuación de los poderes públicos europeos tanto en materia económica como en materia social. De hecho, a través de esta fórmula se está haciendo explícita la obligación de los poderes públicos de intervenir para garantizar ciertos objetivos sociales. Y de que esos objetivos sociales se integren dentro de los objetivos generales de la Unión Europea, al mismo nivel que los objetivos económicos, superando la tradicional subordinación de los unos a los otros tantas veces criticada<sup>3</sup>. Así se pretende matizar el liberalismo que ha caracterizado las actuaciones comunitarias desde sus orígenes, e impulsar un tipo de capitalismo singular, propio de la Unión Europea, en el que se

<sup>2</sup> BILBAO UBILLOS, J., «El Tratado de Lisboa y la regulación básica de la cuestión económica y social en la Unión Europea», *Estudios sobre el Tratado de Lisboa*, Matia Portilla, F. J. (dir.), Comares, Granada (2009) 114. En cualquier caso, hay que recordar que esta expresión ya formaba parte del artículo 1-3 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (MONTÓYA MEDINA, D., *Las políticas de empleo en la Constitución Europea*, RMTASS, nº 57 (2005) 385).

<sup>3</sup> Incluso se ha llegado a considerar que el artículo 3.3 TUE muestra que el progreso económico no constituye ya un fin en sí mismo, sino un objetivo intermedio necesario para alcanzar el progreso social y el bienestar de las personas, finalidades últimas de la Unión Europea (SCHMITT, M., *La dimension sociale du traité de Lisbonne*, *Droit Social*, nº 6, juin (2010) 684).

<sup>1</sup> El primer intento en este sentido se llevó a cabo en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, en el que ya estaban presentes los aspectos señalados. Véase al respecto CARRILLO SALCEDO, J. A., *La Europa social en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, año LVIII, nº 83 (2006) 472 y 477.

combinen las libertades económicas con las finalidades sociales<sup>4</sup>.

Por el contrario, las menciones al empleo y al progreso social, desarrollado a través de los principios de igualdad y solidaridad, ya figuraban en la antigua versión del TUE, con la única diferencia de que en ésta se hablaba de «un alto nivel de empleo», prefiriendo el texto vigente una expresión con mayores connotaciones sociales, como es la de «pleno empleo». En cualquier caso, el empleo, siguiendo la tendencia iniciada en el Tratado de Ámsterdam, ocupa un lugar privilegiado dentro de las finalidades de la Unión, estrechamente vinculado a los objetivos económicos.

En cuanto a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se integra en el Derecho originario a través del artículo 6.1 TUE, que le atribuye el mismo valor jurídico de los Tratados, aunque este logro se haya visto empañado por las excepciones británica y polaca. El contenido social de algunos derechos de la Carta es evidente, y a este respecto cabe destacar la libertad profesional y el derecho a trabajar –artículo 15–, la igualdad entre mujeres y hombres en materia de empleo, trabajo y retribución –artículo 23–, el derecho a trabajar en condiciones justas y equitativas –artículo 31–, el derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar –artículo 33–, y los derechos de seguridad social –artículo 34–. La importancia del reconocimiento de estos derechos no se detiene en la

posibilidad de que los ciudadanos puedan exigir su cumplimiento, sino que reside también en su valor como guía de la actuación de los poderes públicos.

Por último, el modelo social europeo se hace patente en varias cláusulas de las Disposiciones de aplicación general que conforman el Título II de la Primera Parte del TFUE. En efecto, los primeros artículos de este título contienen una serie de indicaciones que han de ser tenidas en cuenta por los poderes públicos europeos a la hora de definir y ejecutar las políticas y acciones de la Unión. Se trata, por lo tanto, de disposiciones transversales que habrán de estar presentes en todos los ámbitos de actuación de la Unión Europea<sup>5</sup>. Algunas de ellas tienen un contenido social, y ya habían sido recogidas en los anteriores Tratados. Por ejemplo, las relativas a la igualdad entre hombres y mujeres –art. 8 TFUE–, aunque ahora la transversalidad en materia de no discriminación se extiende a más causas, como la raza, origen étnico, religión, convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual –art. 10 TFUE–.

Otras son novedosas, no tanto por los aspectos que mencionan, que ya aparecían en varios lugares de los anteriores textos constitutivos, como por su formulación genérica como norte para todas las actuaciones comunitarias. Así sucede con el artículo 9 TFUE, a tenor del cual en sus políticas y acciones la Unión debe tener presentes las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, la garantía de una protección social adecuada, la lucha contra la exclusión social, un nivel elevado de educación y formación, y la protección de la salud<sup>6</sup>. Es evidente que el precepto aglutina los puntos cardinales de la que ha dado en llamarse la Europa

<sup>4</sup> ALDECOA LUZÁRRAGA, F. y GUINEA LLORENTE, M., *La Europa que viene: El Tratado de Lisboa*, Marcial Pons, Barcelona (2010) 130, 131. Obviamente la expresión no alcanza políticas redistributivas financiadas con impuestos, medidas que compensen las fluctuaciones de los ciclos económicos y otro tipo de actuaciones que podían encajar en ella (OLESTI RAYO, A., «La dimensión social del Tratado de Lisboa», *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis institucional (Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional –AEPDIRI– celebradas en Madrid el 17 y 18 de diciembre de 2007)*, MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coord.), Iustel, Madrid (2008) 587).

<sup>5</sup> ALDECOA LUZÁRRAGA, F. y GUINEA LLORENTE, M., *La Europa que viene: El Tratado de Lisboa*, cit., 132.

<sup>6</sup> De nuevo, se trata de una disposición «exportada» del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, cuyo artículo III-117 recogía esta cláusula.

de las personas, y no parece casual que el empleo sea el primer aspecto mencionado en esta disposición, conocida bajo la denominación de «cláusula social».

Sin embargo, la eficacia práctica de esta cláusula social horizontal está por ver. La concreción de las medidas o exigencias conexas con los objetivos sociales enunciados en ella puede resultar compleja, dada la extrema generalidad de los mismos, y además, no parece que la obligación impuesta pueda ser objeto de control judicial. Estas circunstancias han llevado a varios autores a expresar su desconfianza sobre la efectividad del precepto<sup>7</sup>.

En el fondo, el problema que aflora tras examinar los objetivos y valores sociales y de empleo plasmados en el TUE y el TFUE es que todos ellos conforman un modelo social muy ambicioso, sin que la acción comunitaria en materia social se asiente sobre unas bases jurídicas lo suficientemente fuertes como para poder implantar de forma eficaz este modelo<sup>8</sup>.

## 2. LA COMPETENCIA COMUNITARIA EN MATERIA DE EMPLEO

### 2.1. Las competencias de coordinación de las políticas sociales y de empleo

Como en tantos otros aspectos, el Tratado de Lisboa hizo suyo uno de los objetivos del

frustrado Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, consistente en ordenar con mayor claridad el reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros. El fruto de ese esfuerzo ha quedado plasmado tanto en el TUE como en el TFUE.

El artículo 5 TUE enumera y define los principios que rigen el reparto de competencias, a saber, atribución, subsidiariedad y proporcionalidad. Todos ellos eran sobradamente conocidos, al haber sido objeto de elaboración jurisprudencial y de aplicación práctica, pero los Tratados no los recogían de forma conjunta y sistematizada. El artículo 5 pone fin a esta situación y deja patente que mediante el principio de atribución se delimitan las competencias de los Estados y de la Unión, mientras que los de subsidiariedad y proporcionalidad rigen el ejercicio de tales competencias. De este modo se hace explícito el sistema de distribución de competencias preexistente<sup>9</sup>.

Cumpliendo su labor de desarrollo del TUE, el Título I de la Primera parte del TFUE define y clasifica las competencias de la Unión de acuerdo con los principios expuestos. El artículo 2, que abre el citado Título, ofrece una tipología de las competencias que se detallan en los artículos 3 y siguientes. Junto a las competencias exclusivas y compartidas aparecen las competencias complementarias, que permitirán a la Unión llevar a cabo en determinados ámbitos acciones con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros, sin que ello implique una sustitución de sus competencias. Al margen de las anteriores se sitúan dos competencias de la Unión Europea en materias específicas, que se refieren, por un lado, a la definición y aplicación de una política exterior y de seguridad común, y por otro lado, a la coordinación de las políticas económicas y de empleo.

<sup>7</sup> MIRANDA BOTO, J.M., *La incidencia del Tratado de Lisboa en el ámbito social*, TL, nº 97 (2008) 18 y SCHMITT, M., *La dimension sociale du traité de Lisbonne*, cit., 685, 686.

<sup>8</sup> Esta falta de sintonía entre los fines y los medios arbitrados para conseguirlos ya fue señalada, en referencia a la Constitución Europea, por RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., *Constitución Europea, política social y método abierto de coordinación*, RL, t. II (2005) 67. Y respecto al Tratado de Lisboa, por SCHMITT, M., *La dimension sociale du traité de Lisbonne*, cit., 685.

<sup>9</sup> ALDECOA LUZÁRRAGA, F. y GUINEA LLORENTE, M., *La Europa que viene: El Tratado de Lisboa*, cit., 191.

En efecto, el artículo 2.3 TFUE dice que «los Estados miembros coordinarán sus políticas económicas y de empleo según las modalidades establecidas en el presente Tratado, para cuya definición la Unión dispondrá de competencia». Como se ve, las competencias en materia de empleo siguen siendo las mismas desde que el Tratado de Ámsterdam introdujese un sistema de coordinación liderado por las instituciones comunitarias. Es decir, los Estados miembros conservan intacta su soberanía en materia de empleo, pero al mismo tiempo se ven obligados a seguir las directrices marcadas por la Unión Europea, a fin de que sus políticas de empleo se articulen en torno a unos principios y objetivos comunes. Esta solución de compromiso, a la que se llegó una vez comprobadas las fuertes reticencias de los Estados miembros a perder parte de su soberanía en materia de empleo, ha dado los frutos pretendidos desde su implantación, por lo que ahora termina siendo añadida al catálogo de competencias como una competencia *sui generis*, diferenciada de las complementarias o de apoyo, de las que sin embargo también se hace uso en el ámbito del empleo.

El artículo 2.3 TFUE se presenta así como una novedad frente al artículo 3.1.i) TCE, según el cual la Comunidad podría fomentar la coordinación entre las políticas en materia de empleo de los Estados miembros, con vistas a aumentar su eficacia mediante el desarrollo de una estrategia coordinada para el empleo. A pesar de las similitudes entre los dos preceptos, su tenor literal revela dos aspectos distintivos que hay que destacar. En primer lugar, es significativo que, siendo el artículo 2 una disposición dedicada a enumerar las competencias de la Unión Europea, comience atribuyendo a los Estados miembros una obligación, la de coordinar sus políticas económicas y de empleo, para terminar añadiendo que las riendas de esa coordinación las llevarán las instituciones europeas. Hay un salto cualitativo entre el TCE, donde se preveía que la acción de la Comunidad

implicará el fomento de la coordinación, y el TFUE, que obliga a los Estados a coordinar sus políticas bajo los dictados de la Unión. Ya no se trata de actuaciones de fomento justificadas por la finalidad de alcanzar resultados más eficaces en materia de empleo, sino de un deber de coordinación que recae directamente sobre los Estados. Probablemente ese salto cualitativo venga dado en parte por la experiencia de algo más de una década en la coordinación de las políticas de empleo, que ha contribuido a la aceptación y asentamiento de esta técnica como parte de las actuaciones propias de la Unión Europea. Pero la explicación de este mayor énfasis en la ejecución de la coordinación viene dada también por la segunda nota distintiva que se pretende destacar. Me refiero al tratamiento conjunto que recibe en el Título I la coordinación de las políticas de empleo y las políticas económicas.

En efecto, a través de la reforma operada en los Tratados constitutivos por el Tratado de Ámsterdam, el empleo adquirió en la Comunidad Europea una relevancia inédita hasta entonces, pues fue objeto por primera vez de un tratamiento individualizado en un Título específico, en el que se introdujo la técnica de la coordinación de las políticas de empleo de los Estados miembros.

A pesar de ello, la relación entre empleo y política económica no era ningún secreto<sup>10</sup>. La preocupación de las instituciones comunitarias por articular una acción común en materia de empleo comienza justo cuando se toma conciencia de que los problemas de desempleo de los Estados miembros podían lastimar los objetivos de la integración económica.

<sup>10</sup> Esta interdependencia, que no es equilibrada, sino de sometimiento de la regulación del empleo a la regulación económica, contribuye, según VALDÉS DAL-RÉ, F., a exacerbar la crisis de identidad que el Derecho del Trabajo frente a los nuevos sistemas productivos (*Soft law, derecho del trabajo y orden económico globalizado*, RL, t. I (2005) 47-48).

ca<sup>11</sup>. De hecho, el método de coordinación de las políticas de empleo es en realidad una adaptación para el ámbito del empleo del método de coordinación incluido en 1992 en el Tratado de Maastricht para lograr la convergencia económica. Asimismo, no es casual que el Proceso de Luxemburgo, que da inicio a la Estrategia Europea para el Empleo, se desarrollase simultáneamente al proceso de coordinación de las políticas económicas y que las actuaciones llevadas a cabo en esos dos campos se reforzasen inmediatamente con otros procesos paralelos centrados en la integración de la perspectiva medioambiental y en aspectos específicos de la economía, conocidos como el Proceso de Cardiff y el Proceso de Colonia, por arrancar de los Consejos Europeos celebrados en esas ciudades en 1998 y 1999. Por fin, la estrecha vinculación práctica entre las actuaciones comunitarias en las materias económica y de empleo culmina, como ya se ha dicho, con la refundición de todos esos procesos en la Estrategia Europea para el Crecimiento y el Empleo, y con la elaboración de unas directrices integradas para los dos ámbitos<sup>12</sup>.

Coherentemente con esta situación, el artículo 2 TFUE recoge en un solo apartado la competencia comunitaria en materia de coordinación tanto de las políticas económicas como de las políticas de empleo. Y es probable

<sup>11</sup> En especial, a partir del Libro Blanco de la Comisión «Crecimiento, competitividad y empleo. Retos y pistas para entrar en el siglo XXI», de diciembre de 1993, COM (93) 700, conocido también como el Libro Blanco del Jacques Delors, presidente por aquel entonces de la Comunidad Europea.

<sup>12</sup> En torno a todo ello, véase TERRADILLOS ORMAETXEA, E., *La interacción entre políticas activas de empleo y políticas económicas en la Unión Europea, el juego del método abierto de coordinación y sus efectos sobre la política de empleo española*, RMTASS, nº62 (2006) 62-67 y CABEZA PEREIRO, J., «Estrategia europea, Estado autonómico y política de empleo», *Estrategia europea, Estado autonómico y política de empleo. XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, MTIN (2008) 37.

que también por ello se haya redoblado el énfasis relativo a esa coordinación, que en el TCE se detectaba en mayor medida en los artículos 98 y siguientes, relativos a la política económica y monetaria.

Esta hipótesis parece confirmarse a la vista del artículo 5 TFUE, en el que se especifica en qué consiste la competencia de coordinación mencionada en el artículo 2.3 TFUE<sup>13</sup>. El artículo 5 se estructura en tres apartados, que coinciden con los tres ámbitos donde está prevista la competencia de coordinación. El primero señala que «los Estados miembros coordinarán sus políticas económicas en el seno de la Unión» bajo la dirección del Consejo. El segundo apartado dice que «la Unión tomará medidas para garantizar la coordinación de las políticas de empleo de los Estados miembros, en particular definiendo las orientaciones de dichas políticas». Y, por último, el tercero establece que «la Unión podrá tomar iniciativas para garantizar la coordinación de las políticas sociales de los Estados miembros».

Hay que destacar que las competencias de coordinación en materia de política social aparecen de forma novedosa en el artículo 5, ya que el artículo 2.3 TFUE sólo mencionaba políticas económicas y de empleo. Es posible que ello responda a los recientes intentos de coordinación puestos en marcha en el plano de la protección social. En efecto, el relativo éxito alcanzado por el método abierto de coordinación –en adelante MAC– en el marco del empleo, ha llevado a extender este sistema a otros ámbitos en los que hay una especial dificultad para llevar a cabo la armonización de las legislaciones estatales. Uno de ellos ha sido el de la protección social, donde se han dado importantes pasos a favor de una actua-

<sup>13</sup> El precedente directo de este precepto es el artículo I-15 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, cuyo tenor literal es casi idéntico al actual artículo 5 TFUE. En cambio, en el TCE no había una disposición similar.

ción más coherente y homogénea de los sistemas nacionales<sup>14</sup>.

Aunque el artículo 5 TFUE no hubiese incluido una referencia a la coordinación de las políticas sociales, seguramente ésta hubiera sido posible a través de las competencias complementarias o de apoyo de la Unión Europea. Sin embargo, las competencias de coordinación presuponen el establecimiento de mecanismos complejos y articulados, dominados por las instituciones europeas, que desbordan los márgenes de las competencias complementarias. Por eso, la ubicación de la coordinación de las políticas sociales en el artículo 5.3 TFUE no sólo viene a convalidar la extensión del MAC a ciertos sectores de la política social, sino que, además, permite seguir profundizando en las posibilidades que encierra este sistema y, en su caso, elaborar en un futuro mecanismos de

coordinación *ad hoc* más complejos y vinculantes. De hecho, a la vista de las experiencias que habían tenido lugar cuando se redacta el Tratado de Lisboa, la referencia del artículo 5.3 podía haber quedado circunscrita a la protección social. Sin embargo, no se ha querido cerrar la posibilidad de extender este método a otros aspectos sociales, por lo que se ha preferido la expresión más amplia de «políticas sociales».

En todo caso, el ámbito social presenta una sustancial diferencia respecto al económico y de empleo, y es que el artículo 4.2.b) TFUE, al igual que los precedentes Tratados constitutivos, atribuye a las instituciones europeas competencias compartidas en diversos aspectos relacionados con la política social. En consecuencia, la Unión Europea puede elaborar Directivas y Reglamentos en tales aspectos, posibilidad que, como se ha visto, no existe en absoluto respecto a las materias económicas y de empleo. Esta circunstancia hace que la extensión de las competencias de coordinación a la política social pueda ser objeto de una crítica a la que se ha referido repetidamente la doctrina, y es que, si bien este método puede ser provechoso en los ámbitos donde los Estados siguen manteniendo íntegramente sus competencias a fin de articular un horizonte supranacional, su aplicación puede cuestionarse en las materias en las que la Unión tiene competencias legislativas o de armonización de las legislaciones internas a través de Directivas. Y es que en ellas el MAC, más elástico e informal, puede desincentivar los procedimientos tradicionales de *hard law* que caracterizaron las actuaciones comunitarias durante el siglo XX, sin que se cuente con garantías suficientes de transparencia y participación de todas las partes interesadas, además de producir una alteración del equilibrio institucional previsto en la regulación de tales procedimientos tradicionales<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Son varias las Comunicaciones de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre la introducción y desarrollo del MAC en materia de protección social. Entre ellas cabe destacar las tituladas «Refuerzo de la dimensión social de la Estrategia de Lisboa: racionalización del método abierto de coordinación en el ámbito de la protección social», de 27 de mayo de 2003, COM (2003) 261 final; «Modernizar la protección social para el desarrollo de una asistencia sanitaria y una asistencia de larga duración de calidad, accesibles y duraderas: apoyo a las estrategias nacionales a través del «método abierto de coordinación»», de 20 de abril de 2004, COM (2004) 304 final; «Trabajar juntos, trabajar mejor: un nuevo marco para la coordinación abierta de las políticas de protección social y de inclusión en la Unión Europea», de 22 de diciembre de 2005, COM (2005) 706 final; y «Un compromiso renovado en favor de la Europa social: reforzar el método abierto de coordinación en el ámbito de la protección social y la inclusión social», de 2 de julio de 2008, COM (2008) 418 final.

En el plano doctrinal, sobre la implantación y resultados del MAC en este sector, véase ERRANDONEA ULAZIA, E., *Algunas notas sobre el método abierto de coordinación comunitario europeo de Seguridad Social y su influencia sobre el sistema español de pensiones*, RDS, nº 47 (2009) 131-136 y VIGNON, J., *La protección social: una cuestión de interés común para Europa dentro del marco de la nueva Estrategia de Lisboa*, RMTASS, nº extra de Seguridad Social (2006) 24-28.

<sup>15</sup> Se hacen eco de ello CABEZA PEREIRO, J., «Estrategia europea, Estado autonómico y política de empleo», cit.,

Volviendo al examen del artículo 5, hay que decir que aunque en los tres casos en él contemplados el TFUE atribuye a la Unión Europea competencias de coordinación, es fácil apreciar un *decrecendo* en el acento puesto en el ejercicio de tales competencias. En el apartado relativo a la coordinación de las políticas económicas se repite la llamativa estructura del artículo 2.3 TFUE, pues recae sobre los Estados miembros el imperativo de coordinar sus políticas, apareciendo sólo en segundo término el papel desarrollado por la Unión Europea en ese proceso de coordinación. El deber de coordinación parece pesar por igual para los Estados y para las instituciones de la Unión, que han de corresponsabilizarse en el alcance de los objetivos<sup>16</sup>.

En cambio, en el apartado segundo, relativo al empleo, la implicación de los Estados no se presenta de forma tan tajante. Es la Unión Europea la que aparece en el primer plano, obligada a tomar medidas para garantizar la coordinación. Seguramente esa diferencia de matiz viene dada porque el grado de interdependencia de las políticas nacionales en materia de empleo es menos acusado que el

43, 47 y TERRADILLOS ORMAETXEA, E., *Validez y límites del método abierto de coordinación en la política de empleo comunitaria*, RMTIN, nº 72 (2008) 84, 86.

En cualquier caso, la Comisión, conocedora de estas críticas, advierte de que el MAC que se desarrolla en el marco de la protección social tiene carácter complementario frente a las técnicas de *hard law* tradicionales aplicables en el mismo (Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones «Refuerzo de la dimensión social de la Estrategia de Lisboa: racionalización del método abierto de coordinación en el ámbito de la protección social», de 27 de mayo de 2003, COM (2003) 261 final, pág. 10).

<sup>16</sup> La mayor intensidad de la coordinación de las políticas económicas nacionales se manifiesta también en la reforma de los procesos de supervisión y vigilancia recogidos en el artículo 121.4 TFUE, que se hacen más estrictos respecto a los del precedente artículo 99 TCE (BILBAO UBILLOS, J., «El Tratado de Lisboa y la regulación básica de la cuestión económica y social en la Unión Europea», cit., 116).

que se da en el plano económico, donde el fracaso de uno de los Estados respecto a los objetivos propuestos pone en peligro su consecución por parte del resto de los Estados miembros<sup>17</sup>.

Finalmente, la relajación del uso de las competencias de coordinación es evidente en el tercer apartado, en el que se atribuye a la Unión la potestad de tomar iniciativas a favor de la coordinación. Es decir, en contra de lo que sucede en los ámbitos económico y de empleo, aquí no hay una obligación de coordinar, sino simplemente una facultad de la que la Unión Europea puede hacer uso o no. Sin duda, la formulación «atenuada» de esta competencia de coordinación es debida al carácter incipiente de los sistemas de coordinación en el ámbito de las políticas sociales. La experiencia en la coordinación de las políticas en materia económica y de empleo es ya sólida, y la relevancia de estas actuaciones para alcanzar la expansión económica de la Unión Europea en el contexto mundial hace irrenunciable dicha coordinación.

Ninguno de estos dos factores se repite en el plano de la política social. Por un lado, la experiencia de coordinación en este contexto es más reciente y no está institucionalizada al mismo nivel que las anteriores. El TFUE no incluye un capítulo —o simplemente algún precepto— destinado a describir el modo en que ha de llevarse a cabo la coordinación de las políticas sociales, como sí sucede respecto a las políticas económicas y de empleo, por lo que la coordinación, en caso de producirse, será más libre que la que se da respecto a estas últimas<sup>18</sup>. Por otro lado, aunque las políticas sociales pueden tener importantes repercusiones en la economía, su incidencia no es tan acusada como la de la política de empleo, y esa menor concatenación se tradu-

<sup>17</sup> TERRADILLOS ORMAETXEA, E., *Validez y límites del método abierto de coordinación en la política de empleo comunitaria*, cit., 79.

<sup>18</sup> Artículos 121 y 148 TFUE, respectivamente.

ce en una menor urgencia por alcanzar la coordinación de las actuaciones de los Estados miembros<sup>19</sup>. Y probablemente también en la mayor libertad para ejecutar la coordinación, que hace innecesario el establecimiento de un sistema de coordinación complejo, como los previstos para la economía y el empleo.

Precisamente el MAC se ha desarrollado en aquellos aspectos de la protección social que más relación tienen con la situación económica, financiera y de empleo de los Estados miembros, a saber, inclusión social, pensiones, asistencia sanitaria y cuidados de larga duración. La coordinación en estos ámbitos, y no en otros, es por tanto consecuencia del proceso de integración económica y monetaria, y del objetivo estratégico formulado en el Consejo de Lisboa del año 2000 de convertir a la Unión Europea en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo<sup>20</sup>. En ese contexto adquieren una singular importancia la erradicación de la pobreza, la sostenibilidad de los sistemas de pensiones, el envejecimiento activo y la atención a la dependencia, por sus posibles efectos sobre el desarrollo económico. En consecuencia, las actuaciones llevadas a cabo por aplicación del MAC en estos ámbitos forman un proceso propio, que desde el 2005 se articula conjuntamente bajo la denominación de MAC social. Ahora bien, se trata de un proceso estrechamente vinculado, y cada vez más, a la Estrategia Europea para el Crecimiento y el Empleo, hasta el punto de que se ha planteado su plena integración en ella. En todo caso, la interacción entre el MAC social y la Estrategia Europea para el Crecimiento y el

Empleo se mueve en dos direcciones. A tenor de la primera, las directrices y objetivos del MAC social se determinan tratando de asegurar que las políticas nacionales elaboradas a su amparo contribuyan a lograr los objetivos trazados por la Unión. La segunda dirección, presente desde 2005, consiste en que las políticas de crecimiento y empleo contribuyan a hacer avanzar los objetivos de la cohesión social<sup>21</sup>. Dado el empuje que el MAC social ha tenido en los últimos años, y de las complacientes perspectivas de futuro para el mismo, hubiera sido deseable que el Tratado de Lisboa estableciese vínculos entre los distintos MAC que se están desarrollando en esferas paralelas. No obstante, la posibilidad de homogeneizar los diversos MAC bajo un patrón conjunto ha sido desaprovechada por el Tratado de Lisboa, probablemente para evitar que una regulación excesiva supusiese un freno para su desarrollo<sup>22</sup>.

Por consiguiente, atendiendo al tenor literal del artículo 5.3 TFUE, la Unión Europea podrá valorar si es necesaria esa coordinación, en qué aspectos de la política social, así como la conveniencia de llevarla a cabo o no.

## 2.2. El Título de empleo del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

El TFUE conserva, al igual que el TCE, un Título dedicado al empleo. Se trata del Título

<sup>19</sup> VIGNON, J., *La protección social: una cuestión de interés común para Europa dentro del marco de la nueva Estrategia de Lisboa*, cit., 27 y GLETTTER, E., *El papel de la protección social en la futura Agenda Social de la Unión Europea*, RMTIN, nº extra de Seguridad Social (2009) 177-182.

<sup>20</sup> ROBLES CARRILLO, M., *El método abierto de coordinación: una técnica original de acción europea*, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 239 (2005) 15.

<sup>21</sup> VIGNON, J., *La protección social: una cuestión de interés común para Europa dentro del marco de la nueva Estrategia de Lisboa*, cit., 27 y GLETTTER, E., *El papel de la protección social en la futura Agenda Social de la Unión Europea*, cit., 177-182.

<sup>22</sup> SCHMITT, M., *La dimension sociale du traité de Lisbonne*, cit., 692. La misma razón llevó a los redactores del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa a rechazar la posibilidad de dar una mayor base constitucional al MAC, mediante una cláusula general que regulase sus aspectos generales y su aplicación dentro de cada área. Véase al respecto RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO FERRER, M., *Constitución Europea, política social y método abierto de coordinación*, cit., 67.



IX, integrado en la Tercera Parte del Tratado, que versa sobre «Políticas y Acciones internas de la Unión».

El empleo hace una entrada triunfal en el Derecho originario a través de la reforma operada en 1997 por el Tratado de Ámsterdam, que le adjudica un Título específico en el TCE, el VIII. Hasta aquel momento el empleo había aparecido vinculado a la política social, sin presentar un especial relieve dentro de ésta. De hecho, aunque es mencionado entre los objetivos de la Comunidad y de los Estados miembros en el artículo 1 del Protocolo que incorpora el Acuerdo sobre la Política social anexo al TUE, rubricado en Maastrich el 7 de febrero de 1992, no es objeto de especiales previsiones en este texto. La causa de ello es sin duda la falta de competencias de la Comunidad Europea en materia de empleo.

La creciente preocupación por los efectos del desempleo sobre el desarrollo económico y el proceso de integración, espoleada por la crisis económica de principios de la década de los noventa, puso de relieve la necesidad de que la Unión interviniese en este ámbito de manera eficaz. Esa intervención se intentó en el Consejo Europeo de Essen de diciembre de 1994, donde aflora ya la idea de coordinación de las políticas de empleo de los Estados miembros. Pero sus resultados prácticos fueron insuficientes, debido a las reticencias de los Estados para aceptar la supervisión de la Comunidad en una materia en la que no ostentaba competencias y que encajaba por completo en su ámbito de soberanía. De este modo se hizo patente que sin una atribución competencial a la Comunidad su intervención sobre el empleo no podría llegar a ser eficaz.

El Tratado de Ámsterdam consiguió dotar a la Comunidad de competencias en materia de empleo, pero la fórmula adoptada no fue la de las competencias exclusivas o compartidas, porque los Estados no estaban dispuestos a ceder en todo o en parte su soberanía. Y, por otro lado, las competencias de apoyo no

parecían ser suficientes respecto a los fines que se pretendía alcanzar.

Así, se llegó a la fórmula de la coordinación de políticas de empleo, bajo los dictados de las instituciones comunitarias. Esta atribución de competencias no está respaldada por los instrumentos jurídicos tradicionales en el ámbito comunitario, como las Directivas o los Reglamentos, ni incorpora un sistema coercitivo para los Estados incumplidores, similar al que se introdujo en la coordinación de las políticas económica y monetaria. Por todo ello la coordinación de políticas de empleo se convirtió en el caldo de cultivo idóneo para el nacimiento y desarrollo de técnicas de *soft law*, que finalmente han terminado extendiéndose a otros ámbitos y conformado una novedosa y valiosa herramienta de actuación política, más que jurídica, de las instituciones de la Unión Europea<sup>23</sup>.

En el Título de Empleo del Tratado de Ámsterdam se encuentra en estado embrionario el actual MAC. En él se establecían las pautas a seguir para llevar a cabo la coordinación de las políticas estatales, se definía el papel de cada una de las instituciones en el proceso de coordinación, así como las obligaciones de los Estados miembros y el periodo global dentro del cual debería iniciarse y completarse dicho proceso. En consecuencia, el Título de empleo no tenía un contenido material, relativo a cómo deberían ser las políticas de empleo, o al menos, cuáles los objetivos a alcanzar, ya que, por una parte, el empleo seguía siendo competencia exclusiva de los Estados miembros, y por otra, todas esas cuestiones se dejaban en manos de las instituciones comunitarias encargadas de la coordinación.

El TFUE mantiene con ligeros cambios el sistema ideado en Ámsterdam. Aunque el empleo sigue siendo objeto de tratamiento en

<sup>23</sup> MIRANDA BOTO, J. M., *Las competencias de la Comunidad Europea en materia social*, Aranzadi, Navarra (2009) 335.

un Título propio, ha cambiado su ubicación sistemática. Mientras en el TCE aparecía tras el Título dedicado a la Política económica y monetaria, y antes del relativo a la Política comercial común, en el TFUE se sitúa entre el Título sobre Política económica y monetaria y el de Política social. Para comprender este cambio sistemático hay que tener en cuenta que, al desaparecer la Comunidad Europea, el TFUE responde a la función de desarrollar el TUE. De este modo, los tres ámbitos en los que la Comunidad tiene competencias de coordinación son objeto de tratamiento en capítulos sucesivos, siguiendo el mismo orden expuesto en el artículo 5 TFUE. Además, la exposición correlativa de estas tres áreas muestra la estrecha relación que debe existir entre ellas. La interdependencia entre la política económica y monetaria y la política de empleo era ya evidente en el TCE, donde los dos Títulos iban seguidos, y lo sigue siendo en el TFUE. Pero la colocación en el TFUE del Título sobre política social a continuación del de empleo tiene sin duda el valor simbólico de conectar el empleo con la política social, que era su marco originario, y del que se desgajó a través del Tratado de Ámsterdam. La disposición de estos tres Títulos recuerda que el empleo debe servir tanto a los fines económicos como a los sociales, y que la economía social de mercado pregonada en el TUE tiene que edificarse sobre estos tres pilares, entendidos de manera conjunta.

En cuanto al articulado y su contenido, coincide básicamente con los artículos 125 y siguientes TCE, en su versión posterior al Tratado de Ámsterdam. Hay un primer grupo de artículos –del 145 al 147 TFUE–, que tienen carácter introductorio, y que pretenden delimitar la posición general de los Estados miembros y la Unión en relación con la coordinación de las políticas de empleo. A continuación, el artículo 148 establece el procedimiento para la coordinación multilateral de las políticas. Y, por último, los artículos 149 y 150 se centran en aspectos residuales del proceso de coordinación.

Dentro de los artículos introductorios no se ha llevado a cabo ningún cambio, salvo, claro está, la sustitución de las referencias a la Comunidad Europea por las relativas a la Unión Europea. Más allá de esto, el artículo 145 TFUE sigue señalando, con una expresión un tanto tibia, que los Estados miembros y la Unión «se esforzarán» por desarrollar una estrategia coordinada para el empleo, a fin de alcanzar los objetivos enumerados en el artículo 3 TUE. Si bien la señalada expresión es acorde con la prudencia propia de un momento en el que se concedió a la Comunidad Europea una nueva competencia, tras un proceso de negociación difícil debido a la oposición de buena parte de los Estados, podía haber sido sustituida en el TFUE por otra que evidenciase lo inexorable de la coordinación tanto para la Unión Europea como para los Estados. Por otro lado, la práctica ha demostrado que la exigencia impuesta a los Estados por las instituciones europeas no se limita a una actitud traducible en un esfuerzo, sino que se imponen resultados concretos en términos cualitativos y cuantitativos que hay que conseguir<sup>24</sup>. De hecho, la Estrategia para el Crecimiento y el Empleo Europa 2020 ha hecho hincapié en el refuerzo de los mecanismos coercitivos, como se verá. Por consiguiente, la expresión no parece adecuada tampoco desde este punto de vista.

Por su parte, los artículos 146 y 147 TFUE ponen de relieve la necesidad de que los Estados miembros y la Unión Europea cooperen en el proceso de coordinación de las políticas internas, y se deja claro que la Unión respetará las competencias de aquéllos. Es decir, que la competencia de coordinación no afecta, al menos teóricamente, a la competencia

<sup>24</sup> Todo ello se ha visto reforzado a partir de la integración en una estrategia única de la coordinación de las políticas económicas y de las políticas de empleo (KERSCHEN, N. y OMARJEE, I., *La stratégie européenne pur l'emploi: un exemple de rencontre entre une politique européenne et le droit communautaire*, *Droit Social*, nº 2, février (2010) 230, 231).

exclusiva en materia de empleo que los Estados miembros siguen teniendo dentro de su territorio.

El artículo 148 TFUE es, al igual que el 128 TCE, el precepto con mayor relevancia dentro de este Título, porque describe los pasos y los actores del proceso de coordinación. Pocos aspectos se han retocado y los escasos cambios responden a la finalidad de poner en consonancia el Título de empleo con las reformas institucionales llevadas a cabo por el Tratado de Lisboa.

Así, se sigue disponiendo que el proceso de coordinación se desarrolle en el contexto de una anualidad, y que el punto de partida sea el Informe conjunto elaborado al final del periodo anterior por el Consejo y la Comisión sobre la situación del empleo y el grado de seguimiento de las orientaciones para el empleo. Sobre la base de ese Informe, el Consejo Europeo adoptará sus Conclusiones anuales, y a partir de ellas se redactan las nuevas orientaciones para los Estados miembros, que han de ser compatibles con las orientaciones sobre la política económica y monetaria, y tendrán validez dentro del periodo anual.

De todas formas, hay que tener presente que el Tratado de Lisboa introduce importantes reformas en el Consejo Europeo, que adquiere la condición de institución, y ha de dotarse de una Presidencia permanente que ejercerá sus funciones durante dos años y medio –artículos 13 y 15 TUE–. La figura del Presidente, que debe impulsar los trabajos del Consejo Europeo y facilitar el consenso entre sus integrantes, comportará sin duda un cambio relevante que no sólo afectará a la imagen de esta institución, sino también al equilibrio y al diálogo institucional. Ahora bien, la incógnita está en cuál será el sentido de ese cambio. Hay quien señala que la presidencia estable podría llegar a aplacar el carácter intergubernamental del Consejo Europeo, pues el Presidente no representa el interés de un Estado miembro, por lo que su

intervención provocaría una mayor «comunitarización» de la nueva institución<sup>25</sup>. En cambio, la mayoría de los autores no confían en esta posibilidad, y ven en la nueva configuración del Consejo Europeo un «escoramiento hacia la intergubernamentalidad» en el gobierno de la Unión Europea y un mayor protagonismo público de esta institución que siempre ejerció sus poderes desde la penumbra<sup>26</sup>.

Sea como fuere, parece que los nuevos aires que soplan en el Consejo Europeo podrían propiciar que la coordinación de las políticas de empleo adquiriese en el futuro tintes diferentes. No ha de olvidarse que las Conclusiones anuales formuladas por el Consejo Europeo son, a tenor del Tratado, la base sobre la que se empieza a construir el nuevo ciclo. Por lo tanto, las orientaciones generales dependen en buena medida de lo concluido por el Consejo Europeo. Además, como se verá, la nueva Estrategia para el Crecimiento y el Empleo adoptada en 2010 impulsa el papel del Consejo Europeo en la coordinación de las políticas económicas y de empleo. En todo caso, la personalidad de quien desempeñe el cargo de presidente será esencial para ver hasta qué punto la coordinación de las políticas de empleo se ve afectada por esta circunstancia. Y, puesto que el Presidente se elige por el propio Consejo Europeo por un periodo de dos años, también es posible que el curso que adquiera la coordinación de las políticas europeas varíe periódicamente.

Siguiendo con el esquema de actuaciones diseñado por el artículo 148 TFUE, la elabo-

<sup>25</sup> ALDECOA LUZÁRRAGA, F. y GUINEA LLORENTE, M., *La Europa que viene: El Tratado de Lisboa*, cit., 175.

<sup>26</sup> MANGAS MARTÍN, A., «El escoramiento intergubernamental de la Unión», *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis institucional (Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional –AEPDIRI– celebradas en Madrid el 17 y 18 de diciembre de 2007)*, cit., 231-234 y ANDRÉS SÁEZ DE SANTAMARÍA, P., «El sistema institucional en el Tratado de Lisboa: entre la continuidad y el cambio», en el mismo libro colectivo, págs. 208, 209.

ración de las orientaciones corre a cargo del Consejo. No se ha alterado la forma de participación de las demás instituciones, a saber, la Comisión consulta al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social, al Comité de las Regiones y el Comité de Empleo, y a la vista de esas consultas, presenta una propuesta de orientaciones al Consejo, que será quien elabore las orientaciones definitivas. El artículo 128 TCE exigía mayoría cualificada para la aprobación por el Consejo de las orientaciones definitivas. Este extremo se omite en el artículo 148 TFUE, sin que varíe dicha exigencia, pues a tenor del artículo 16.3 TUE, la regla general para la adopción de decisiones en el Consejo es la mayoría cualificada, excepto cuando los Tratados dispongan otra cosa.

De todos modos, el Tratado de Lisboa contiene una importante reforma respecto al cómputo de la mayoría cualificada, pues con la finalidad de hacer más eficaz el funcionamiento del Consejo ante el reto que supone la ampliación de la Unión, se abandona el sistema del triple umbral de Niza y se sustituye por la fórmula de la doble mayoría<sup>27</sup>. Sin embargo, la aplicación de este sistema de cálculo no está prevista hasta el 1 de noviembre de 2014, e incluso algún Estado miembro podría solicitar su posposición hasta el 31 de marzo de 2017, así que por el momento sigue vigente el sistema de mayoría cualificada introducido por el Tratado de Niza. Ahora bien, una vez que entre en vigor, la reforma no será inocua para la coordinación de las políticas de empleo, pues la doble mayoría beneficiará los intereses generales de la Unión, al permitir alcanzar decisiones con mayor facilidad, así como los intereses de los Estados con mayor índice de población, que ampliarán su cuota de representatividad<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Artículos 16 TUE y 238 TFUE.

<sup>28</sup> GUTIÉRREZ ESPADA, C., «La nueva regla de la mayoría cualificada y sus paliativos temporales», *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional. Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Interna-*

El resto del proceso permanece inalterado. Los Estados deben ajustar sus políticas internas a las orientaciones aprobadas por el Consejo y elaborar un informe anual para rendir cuentas sobre tal exigencia. A la vista de esa documentación, y habiendo recibido la opinión del Comité de Empleo, el Consejo examina anualmente la actuación de los Estados. Asimismo, sobre la base de una recomendación de la Comisión, el Consejo podrá formular recomendaciones a los Estados, si lo considera pertinente. El artículo 128.4 TCE especificaba que las recomendaciones debían ser adoptadas por mayoría cualificada en el seno del Consejo, especificación que desaparece en el artículo 148 TFUE. Las causas de la omisión son las mismas que se acaban de exponer respecto a la adopción de las orientaciones generales.

El proceso de coordinación concluye con la elaboración por parte de la Comisión y el Consejo de un Informe Anual sobre la situación del empleo en la Comunidad y sobre la aplicación por parte de cada Estado miembro de las orientaciones para el empleo. Informe que ha de ser remitido al Consejo Europeo para volver a iniciar un nuevo ciclo anual de coordinación.

Por último, ya se ha dicho que el Título IX se cierra con dos artículos que abordan cuestiones residuales. El artículo 149 TFUE, al igual que el anterior 129 TCE, sigue abriendo la posibilidad de que la Unión Europea adopte medidas de fomento para alentar la cooperación de los Estados y apoyar sus actuaciones en materia de empleo. El precepto parece introducir más bien una competencia complementaria o de apoyo de la competencia de coordinación desarrollada en el artículo 148 TFUE, basada en el principio de subsidiariedad<sup>29</sup>. Ya en su versión original, introducida

*cional –AEPDIRI– celebradas en Madrid el 17 y 18 de diciembre de 2007*, Martín y Pérez de Nanclares, J. (Coord.), cit., 243-245, 249.

<sup>29</sup> NAVARRO NIETO, F., *El tratamiento de la política de empleo en la Unión Europea*, CES, Madrid (2000) 14.

por el Tratado de Ámsterdam, esta disposición mencionaba algunas de las técnicas que posteriormente han ido conformando el MAC, como los intercambios de información y buenas prácticas, los análisis comparativos y la evaluación de experiencias. Precisamente, la configuración abierta del artículo 129 TCE –que hoy mantiene el 149 TFUE– ha permitido el desarrollo del MAC y su concepción como un proceso de renovación constante<sup>30</sup>. Y paradójicamente, la expansión que han adquirido las técnicas asociadas a esta competencia complementaria, potenciada por su flexibilidad y adaptación a las circunstancias, ha terminado por fagocitar al procedimiento de coordinación diseñado en el TCE, demasiado rígido para alcanzar los fines para los que fue diseñado. Como se verá en el siguiente epígrafe, el procedimiento del artículo 128 TCE ha sido remodelado y reformulado en la práctica a golpe de MAC.

Al margen de todo ello, hay que destacar un cambio de cierta relevancia en esta disposición, y es que mientras el TCE hacía recaer la facultad para adoptar estas medidas en el Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251, previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, el TFUE indica que serán el Parlamento Europeo y el Consejo, de acuerdo con el procedimiento legislativo ordinario, y previa consulta a los citados Comités, quienes asuman esta tarea. El cambio era obligado, ya que el Tratado de Lisboa modifica en profundidad el procedimiento de adopción de la legislación comunitaria.

El procedimiento legislativo ordinario, que es a partir de ahora el procedimiento general para la adopción de decisiones, se construye sobre la base del procedimiento de codecisión, modificándolo. Pero, en cualquier caso, se mantiene el objetivo de que las decisiones

<sup>30</sup> MIRANDA BOTO, J. M., *Las competencias de la Comunidad Europea en materia social*, cit., 336, 358 y 359.

sean adoptadas en pie de igualdad por el Consejo y el Parlamento Europeo, siendo necesario que ambos se pronuncien a favor. En términos generales, la consolidación de este procedimiento con carácter general pretende dar al Parlamento Europeo una mayor intervención de la que había tenido hasta ahora, aplacando así las críticas sobre el déficit democrático en el funcionamiento de la Comunidad –ahora Unión– Europea<sup>31</sup>. Esa misma valoración puede trasladarse al ámbito del empleo, ya que uno de los reproches que frecuentemente se han dirigido contra el MAC consistía en lamentar la escasa intervención del Parlamento Europeo, lo cual hacía pensar en el MAC como un producto de la tecnocracia comunitaria<sup>32</sup>. Esta perspectiva debe matizarse a la vista del nuevo artículo 149 TFUE, que abre las puertas del MAC al Parlamento.

El artículo 150 TFUE pone el punto y final al Título de empleo, reproduciendo casi en su integridad el tenor literal del artículo 130 TCE, referido al Comité de Empleo. El único cambio que se introduce es la regla de la mayoría simple para que el Consejo pueda crear el Comité de Empleo. Sin embargo, éste ya fue creado en el año 2000<sup>33</sup>, funcionando regularmente desde entonces, e incluso desempeñando un papel muy relevante como organismo de apoyo a la puesta en práctica del MAC. Sorprende por lo tanto la modificación y el hecho de que la norma siga haciendo recaer en el Consejo la creación de dicho Comité<sup>34</sup>. Todo ello pone de manifiesto el escaso interés de los redactores del Tratado por actualizar las disposiciones del Título de

<sup>31</sup> ALDECOA LUZÁRRAGA, F. y GUINEA LLORENTE, M., *La Europa que viene: El Tratado de Lisboa*, cit., 183 y 184.

<sup>32</sup> En esta línea, por ejemplo, DAWSON, M., *The ambiguity of social Europe in the open method of coordination*, *European Law Review*, nº 1, February (2009) 67.

<sup>33</sup> Decisión (CE) nº 98/2000 del Consejo, de 24 de enero de 2000, por la que se crea el Comité de Empleo.

<sup>34</sup> Llama la atención sobre este anacronismo MIRANDA BOTO, J.M., *La incidencia del Tratado de Lisboa en el ámbito social*, cit., 20.

Empleo conforme a la puesta en práctica de las políticas de coordinación y, como se verá, mantiene una disociación entre los textos jurídicos y la realidad; en definitiva, entre el Derecho y su aplicación política.

### 2.3. Otras disposiciones con incidencia sobre el empleo

En el Título X TFUE, sobre Política Social, se encuentran algunas disposiciones que pueden resultar de interés para el empleo. Aparte de la mención del artículo 151, que inaugura este Título, al fomento del empleo como objetivo de la Unión y de los Estados miembros, que ya se incluía en el artículo 136 TCE, hay que referirse a los artículos 152 y 156 TFUE.

El artículo 152 TFUE ha sido introducido *ex novo* por el Tratado de Lisboa. A través de él se pretende impulsar el papel de los interlocutores sociales dentro de la Unión Europea y garantizar cierta democracia participativa en el funcionamiento de las instituciones, tantas veces reclamada por los sectores críticos. Se trata nuevamente de un precepto rescatado del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, donde ocupaba el artículo I-48, dentro del Título dedicado a la vida democrática de la Unión. Como se ve, la ubicación sistemática de la disposición es bien diferente en el Tratado de Lisboa. El cambio de ubicación no era forzoso, pues el contenido de otras disposiciones que integran el citado Título de la Constitución Europea se recoge ahora en el Título II del TUE, bajo la rúbrica de «Principios democráticos». Por lo tanto, mientras en la Constitución Europea el diálogo social se presentaba como un elemento que debía informar toda la vida democrática de la Unión, en el TFUE el reconocimiento del diálogo social queda limitado al marco de la política social<sup>35</sup>. En este con-

texto más reducido el artículo 152 TFUE no resulta especialmente innovador, pues el artículo 138 TCE, hoy convertido en el artículo 154 TFUE, ya regulaba con cierto detalle la participación de los interlocutores sociales en la política social, de la que era garante la Comisión.

Pero el aspecto más novedoso del artículo 152 TFUE es el reconocimiento de la Cumbre Social Tripartita para el crecimiento y el empleo, creada en el 2003 para institucionalizar la participación de los interlocutores sociales en la Estrategia Europea de Empleo, que venía produciéndose de manera informal desde tres años antes<sup>36</sup>. La mención de esta Cumbre en el TFUE consolida este órgano como elemento propio del modelo social europeo, y lo aleja de posibles vaivenes políticos, asegurando su convocatoria anual<sup>37</sup>. Pese a todo, el Tratado ha renunciado a regular de manera más detallada las funciones y el concreto papel a desarrollar por la Cumbre Social Tripartita, de modo que la trascendencia de la participación de los agentes sociales a través de ella seguirá siendo informal, lo cual evidentemente no contribuye a la transparencia que debe regir el funcionamiento de la Unión<sup>38</sup>.

Otro precepto que influye sobre el empleo, pese a estar ubicado en el Título sobre Política social, es el 156 TFUE, que reproduce el tenor del viejo artículo 140 TCE, pero con una adición de enorme trascendencia. En efecto, este precepto dispone que con el fin de alcanzar los objetivos expuestos en el artículo 151 —entre los que figura el fomento del empleo—, la Comisión impulsará la colaboración entre

---

propone otra alternativa MIRANDA BOTO, J.M., *La incidencia del Tratado de Lisboa en el ámbito social*, cit., 21.

<sup>36</sup> Decisión 2003/174/CE, del Consejo, de 6 de marzo de 2003, por la que se crea la cumbre social tripartita para el crecimiento y el empleo.

<sup>37</sup> ALDECOA LUZÁRRAGA, F. y GUINEA LLORENTE, M., *La Europa que viene: El Tratado de Lisboa*, cit., 136, 145.

<sup>38</sup> SCHMITT, M., *La dimension sociale du traité de Lisbonne*, cit., 686.

---

<sup>35</sup> OLESTI RAYO, A., «La dimensión social del Tratado de Lisboa», cit., 591. Igualmente, critica su ubicación y

los Estados miembros y facilitará la coordinación de sus acciones, en especial en una serie de materias que se relacionan y entre las que aparece, ocupando el primer lugar, el empleo. El artículo concluía con una indicación metodológica, es decir, se apuntaban las herramientas que la Comisión habría de utilizar para alcanzar tales fines, y que eran estudios, dictámenes y organización de consultas. Pues bien, el nuevo artículo 156 TFUE profundiza en este aspecto, añadiendo que la Comisión deberá poner en marcha iniciativas tendentes a establecer orientaciones e indicadores, organizar el intercambio de mejores prácticas y efectuar procesos de control y evaluación periódicos. De todo lo cual habrá que informar al Parlamento.

A través de esta adición el MAC queda expresamente reconocido en el Derecho originario, y no sólo con referencia al empleo, sino respecto a cualquier aspecto de la política social, de modo que cabe esperar que la competencia de coordinación de las políticas sociales atribuida a la Unión por el artículo 5.3 TUE discurra por este cauce<sup>39</sup>. Además, la Comisión, que ya en la práctica tenía una importante intervención en el MAC, se consolida como la institución de la que depende su impulso y dirección. Ello tiene especial relevancia en materia de empleo, donde el TFUE, al igual que el TCE, establece un procedimiento reglado de coordinación en el que, como se ha visto, se atribuye a cada institución un cometido que define su peso específico dentro del proceso. Sorteando esas atribuciones a través del MAC, la Comisión había ido adquiriendo una influencia cada vez mayor respecto a la coordinación de las políticas nacionales. Y esa mayor intervención ha sido ahora convalidada por el propio Derecho originario de la Unión. Todos estos factores determinan que para algunos autores ésta

sea la aportación más relevante del Tratado de Lisboa desde una perspectiva social<sup>40</sup>.

### 3. LA DIMENSIÓN PRÁCTICA DE LA COORDINACIÓN Y SU DISOCIACIÓN DE LA DIMENSIÓN JURÍDICA

Una vez aprobado el Tratado de Ámsterdam, y antes de que la reforma operada por el mismo entrase en vigor por completo, se puso en marcha la coordinación de las políticas de empleo prevista en el artículo 128 TCE. Sin embargo, también de forma inmediata la aplicación de esta coordinación se fue distanciando cada vez más del procedimiento minuciosamente diseñado en el TCE. Por consiguiente, es preciso distinguir dos dimensiones en la coordinación de las políticas de empleo, a saber, una dimensión *jurídica*, que es la que aparece plasmada en los Tratados, y otra *práctica*, conformada por su aplicación por parte de las instituciones de la Unión Europea, que introducen en ella numerosas modificaciones y un método novedoso, el MAC, que, con su carácter fuertemente original, transforma el propio proceso de coordinación. La puesta en práctica de la coordinación de las políticas de empleo se llevó a cabo a través de diversas estrategias políticas que se han ido sucediendo unas a otras, con el fin de mejorar las insuficiencias detectadas en las estrategias anteriores. Así, la primera es la denominada Proceso de Luxemburgo, reformulada después como la Estrategia Europea de Empleo, que finalmente quedó englobada en la Estrategia Europea para el Crecimiento y el Empleo.

Todo ello da una idea del carácter cambiante y abierto del proceso de coordinación, imposible de sujetar a la rigidez propia del Derecho originario<sup>41</sup>. Ese carácter cambiante

<sup>39</sup> Según SCHMITT, M., el Tratado de Lisboa privilegia las vías alternativas de coordinación sobre las tradicionales de armonización en el marco social (*La dimensión sociale du traité de Lisbonne*, cit., 684, 690-692).

<sup>40</sup> MIRANDA BOTO, J. M., *La incidencia del Tratado de Lisboa en el ámbito social*, cit., 19, 20.

<sup>41</sup> Característica ya apreciada por RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., «Aproximación a la política de empleo de la

tiene varias causas. La primera es el establecimiento ya desde el primer momento de plazos de revisión y evaluación del funcionamiento del proceso de coordinación desde el punto de vista procedimental, con la finalidad de mejorarlo. La segunda es que el proceso de coordinación de las políticas de empleo es un proceso netamente político, en el que las decisiones adoptadas responden a razones de conveniencia política, por lo que se precisan vías de negociación elásticas, que permitan que el proceso se adapte a las necesidades coyunturales de cada momento<sup>42</sup>. Y la tercera es que la coordinación de las políticas de empleo es un engranaje más en el complejo proceso de construcción de la Unión Europea, del que por tanto depende su articulación. De hecho, como se verá a continuación, las transformaciones más relevantes en el proceso de coordinación se producen a raíz de acontecimientos externos al empleo, que afectan de forma global a todas las actuaciones comunitarias.

Si hubiera que sintetizar los cambios más llamativos experimentados por el proceso de coordinación de las políticas nacionales a lo largo de algo más de una década de andadura, podrían destacarse los siguientes.

Ya desde el momento inicial se producen ajustes que modifican la terminología utilizada en el Tratado de Ámsterdam. Desde la Cumbre Europea de Luxemburgo sobre empleo, celebrada en noviembre de 1997, las orientaciones comunes para el empleo a las que se refiere el artículo 128 TCE pasan a denominarse Directrices para el empleo, y los informes anuales a cargo de los Estados, Planes de acción nacional para el empleo. También en este momento se apunta, por un lado,

la necesidad de arbitrar un procedimiento común de evaluación de los resultados, basado en la vigilancia multilateral de todos los participantes en la coordinación, y por otro lado, la conveniencia de que los Estados adopten una perspectiva plurianual que dé coherencia a los Planes de acción nacional presentados cada año.

La Estrategia de Lisboa supone un primer punto de inflexión para el proceso de coordinación. El Consejo Europeo de Lisboa, celebrado el 23 y 24 de marzo de 2000, adopta como objetivo estratégico de la Unión en los siguientes diez años, convertirse en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica a nivel mundial, creciendo de forma sostenible, con más y mejores empleos y mayor cohesión social. Se entiende que para alcanzar dicho fin no es necesario poner en marcha nuevos procesos políticos, sino que los procesos de Luxemburgo, Cardiff y Colonia son suficientes. Ahora bien, para mejorar su eficacia y obtener una mayor convergencia en cuanto a los objetivos, se propone la puesta en práctica del MAC, que se caracteriza por vincular las directrices comunitarias con calendarios que establezcan los resultados que cada Estado habría de obtener a corto, medio y largo plazo, por identificar las mejores prácticas a nivel europeo, estableciendo en función de las mismas indicadores cualitativos y cuantitativos adaptados a las necesidades de cada Estado, y por organizar controles y evaluaciones periódicas entre homólogos. Además, el Consejo Europeo encomienda a la Comisión la elaboración de un método de evaluación comparativa de las prácticas idóneas<sup>43</sup>. Por tanto, el MAC nace en el contexto de la Estrategia Europea de Empleo como un método de trabajo destinado a reforzarla y hacerla más eficaz.

En los años 2002 y 2003 la Comisión procedió a la revisión de la Estrategia Europea

UE», *Derecho social europeo*, FALGUERA BARÓ, M. Á. y MORALO GALLEGOS, S. (coord.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid (2007) 398, 399.

<sup>42</sup> MIRANDA BOTO, J. M., *Mehr Papiere und Beamten? La creciente importancia del Consejo Europeo en materia social*, *TL*, nº 102 (2009) 95, 100, 101.

<sup>43</sup> Consejo Europeo de Lisboa de 23 y 24 de marzo de 2000, Conclusiones de la Presidencia, apartados 37 a 40.



de Empleo<sup>44</sup>, proponiendo, entre otros aspectos, la simplificación de las Directrices, una mayor conexión de este proceso con el resto de procesos de coordinación abiertos en el marco de la Unión, especialmente con el de coordinación de políticas económicas, así como la intervención en el mismo de los agentes sociales, locales y regionales para garantizar una mejor gobernanza<sup>45</sup>. Pero el segundo punto de inflexión en la Estrategia Europea de Empleo no se produce hasta el relanzamiento de la Estrategia de Lisboa en el año 2005<sup>46</sup>. Transcurrida la mitad del periodo previsto para alcanzar los ambiciosos objetivos formulados en el 2000, se comprueba que aún se está lejos de los mismos, por lo que se decide modificar los procesos de coordinación puestos en marcha<sup>47</sup>.

A partir de este momento las estrategias iniciadas para coordinar las políticas de

<sup>44</sup> Esa revisión se llevó a cabo a través de tres Comunicaciones de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, la primera titulada «Balance de cinco años de aplicación de la Estrategia Europea de Empleo», de 17 de julio de 2002, COM (2002) 416 final; la segunda titulada «El futuro de la Estrategia Europea de Empleo (EEE). Una estrategia para el pleno empleo y mejores puestos de trabajo para todos», de 14 de enero de 2003, COM (2003) 6 final; y la tercera «Relativa a la racionalización de los ciclos anuales de coordinación de la política económica y de la política de empleo», de 3 de septiembre de 2002, COM (2002) 487 final.

<sup>45</sup> La mejora de los sistemas de gobernanza europea constituía otra de las preocupaciones de la Comisión en aquel momento, como atestigua el *Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea*, de 25 de julio de 2001, COM (2001) 428 final.

<sup>46</sup> Un análisis sobre la significación de este acontecimiento en la coordinación de las políticas de empleo puede verse en MARTÍN PUEBLA, E., *El empleo en la renovada Estrategia de Lisboa y las medidas laborales del Programa Nacional de Reformas de España*, RMTASS, nº 72 (2008) 42-53.

<sup>47</sup> Dicha renovación se lleva a cabo sobre la base de las Comunicaciones de la Comisión de los años anteriores, así como sobre el Informe «Hacer frente al desafío. La Estrategia de Lisboa para el crecimiento y el empleo», de noviembre de 2004, elaborado por encargo de la Comisión por un grupo de expertos presididos por Wim Kok, para evaluar los logros de la Estrategia de Lisboa.

empleo y las políticas económicas se funden en una estrategia única denominada Estrategia Europea para el Crecimiento y el Empleo, con la que se pretende conseguir una mayor conexión entre los medios y los fines articulados en estos dos ámbitos. En las Conclusiones de la Presidencia al Consejo Europeo de Bruselas de 22 y 23 de marzo de 2005 se renueva radicalmente el proceso de coordinación previsto en el artículo 128 TCE. Se reduce el papel desempeñado por el Consejo a favor de un mayor protagonismo de la Comisión, que elaborará en solitario un documento de síntesis llamado Informe estratégico a partir del que se abre el ciclo de coordinación. Las Directrices para el empleo dejan de ser tales, para formar parte de las Directrices integradas para el crecimiento y el empleo, que también recogen las orientaciones generales de las políticas económicas, y lo mismo sucede con los Planes nacionales elaborados por los Estados a la vista de las Directrices, que pasan a denominarse Programas nacionales de reforma, y que no sólo abordarán las actuaciones de cada Estado en materia de empleo, sino también las relativas a su política económica. En este contexto hay dos novedades destacables. La primera es que el Consejo Europeo ordena expresamente que los programas sean objeto de consulta con todas las partes involucradas a nivel nacional y regional, incluidas las instancias parlamentarias, con el fin de mejorar la gobernanza. La segunda es que la Comisión habrá de presentar, como réplica a los programas nacionales, el llamado Programa comunitario de Lisboa, indicando las actuaciones que deban emprenderse en el plano comunitario al servicio del crecimiento y el empleo, tomando en consideración la necesidad de que converjan las políticas. De nuevo ello da cuenta de cómo la Comisión refuerza su papel en el proceso de coordinación.

Otra importante innovación es que la formulación de Directrices se produce cada tres años, lo que permite que la estrategia no sólo incluya objetivos a corto plazo, sino también a

medio plazo<sup>48</sup>. Pese a todo, se conserva un pulso anual, pues los Estados deberán rendir cuentas anualmente ante la Comisión de las actuaciones emprendidas para acatar las Directrices del Consejo, y de la aplicación del MAC. Para simplificar la documentación generada en el proceso, los informes presentados por los Estados se agrupan en un documento único. A partir de las observaciones de la Comisión sobre ese documento, el Consejo podría llevar a cabo ajustes sobre las Directrices integradas. Al finalizar los tres años, y con base en el Informe estratégico emitido por la Comisión, se renuevan las Directrices integradas, los Programas nacionales de reforma y el Programa comunitario de Lisboa, de cara al nuevo ciclo de tres años. Desde entonces hasta el año 2010 el proceso de coordinación se ha ajustado a esta configuración.

A lo largo de todo el procedimiento, de forma transversal, la Comisión colabora continuamente con los Estados miembros mediante el MAC para fomentar el intercambio de experiencias y el aprendizaje mutuo, con vistas a actualizar y mejorar la aplicación de la Estrategia en el interior de cada Estado.

Como se ve, el proceso de coordinación de las políticas de empleo diseñado en el artículo 128 TCE se ha transformado sustancialmente a lo largo del tiempo. Los cambios se han producido tanto en el plano metodológico, con el nacimiento del MAC, como en el plano procedimental, afectando a la propia configuración de las fases del proceso y al papel atribuido dentro del mismo a cada una de las instituciones de la Unión Europea. Como resultado, el parecido del proceso de coordinación que actualmente se lleva a cabo con el

diseñado en el Tratado de Ámsterdam ha quedado reducido al mínimo. El mero hecho de que se haya producido esta disociación entre el plano jurídico y el plano práctico revela hasta qué punto el Consejo Europeo y la Comisión llevan las riendas de este proceso, sin ataduras jurídicas que limiten su actuación<sup>49</sup>.

Ello muestra una vez más que la coordinación de las políticas de empleo es en realidad un proceso político independiente de su formulación jurídica, incluso aunque ésta haya tenido lugar en el marco del Derecho originario. En alguna ocasión se ha señalado que el mérito del Tratado de Ámsterdam no consistió tanto en consagrar la idea de coordinación de las políticas, que ya se venía manejando desde Essen, como en articular un procedimiento específico para esa coordinación, atribuyendo dentro de él un papel y un peso concreto para cada institución. Pero si ello es así, habría que añadir que fue un mérito bien efímero, pues, como se ha visto, de manera inmediata y en mayor medida a partir de la Estrategia de Lisboa, el Consejo Europeo va rectificando y corrigiendo sobre la práctica lo previsto en el Tratado.

Esta disociación no deja de ser sorprendente, aunque ya hayan sido explicadas sus causas. Ahora bien, lo que sorprende aún más es que el TFUE no haya reflejado ninguna de las modificaciones sufridas por el proceso de coordinación, limitándose a reproducir casi literalmente el artículo 128 TCE. Aunque se trate de un proceso sujeto a variaciones constantes, hay reformas que parecen haberse afianzado —como la integración de los procesos de coordinación económica y de empleo, o la periodicidad trienal de las directrices—, y que por lo tanto, podrían haber sido recogidas por el Tratado de Lisboa. El hecho de que no haya sido así, sólo puede responder a dos

<sup>48</sup> Como ya se ha dicho, la Comisión había manifestado la conveniencia de que el proceso de coordinación tuviese lugar en un ciclo temporal superior al anual, y de hecho, en el año 2004 el Consejo decide mantener las Directrices dictadas el año anterior, sin modificaciones (Decisión 2004/740/CE del Consejo, de 4 de octubre de 2004, relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros).

<sup>49</sup> MIRANDA BOTO, J. M., *Mehr Papiere und Beamten? La creciente importancia del Consejo Europeo en materia social*, cit., 92, 100.

motivos: o bien a una desidia aparentemente injustificada de los redactores del Tratado de Lisboa, o bien al convencimiento de que la extraordinaria mutabilidad del proceso de coordinación no tiene cabida en los estrechos y rígidos márgenes del Derecho originario, por lo que no vale la pena emprender modificaciones que en breve podrían quedar nuevamente desfasadas. Tal convencimiento se vería apoyado además por la circunstancia de que la juridificación del proceso de coordinación en el TCE no fue una cortapisa para que éste cambiase sustancialmente en función de las necesidades prácticas, de modo que la continuidad del texto originario en el TFUE tampoco supondría un obstáculo para el libre desarrollo de una coordinación eficiente de las políticas de empleo<sup>50</sup>.

Sea cual sea la causa de la opción acogida por los redactores del Tratado de Lisboa, la falta de actualización del artículo 148 TFUE consolida la brecha que se ha ido abriendo entre la regulación jurídica de la coordinación de las políticas de empleo y su aplicación práctica.

#### 4. LA COORDINACIÓN DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO Y EL MÉTODO ABIERTO DE COORDINACIÓN EN EL NUEVO ESCENARIO «EUROPA 2020»

##### 4.1. Retoques del sistema de coordinación de las políticas de empleo llevados a cabo por la Estrategia Europa 2020

La llegada del año 2010, horizonte de la Estrategia de Lisboa, supone la conclusión de

<sup>50</sup> No obstante, ROBLES CARRILLO, M., considera que el divorcio entre la norma jurídica y la realidad política «no se debe a la dificultad propia de la tarea de conciliar derecho y realidad social, sino que es el resultado de la ausencia del consenso y de la voluntad política necesaria para formalizar jurídicamente el conjunto de compromisos asumidos al más alto nivel por los EEMM» (*El método abierto de coordinación: una técnica original de acción europea*, cit., 4. También pág. 8 y 9).

dicha etapa, y el paso hacia otra nueva, que cuenta con una estrategia para el crecimiento y el empleo que la Comisión ha bautizado como «Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador», y que ha sido formalmente adoptada por el Consejo Europeo de 17 de junio de 2010<sup>51</sup>. Frente a las dudas acerca de si sería conveniente continuar en el futuro por el sendero trazado por la Estrategia de Lisboa, debido a su fracaso final en un contexto de crisis económica global, las instituciones europeas han apostado por seguir desarrollando el modelo acuñado en el año 2000 durante la próxima década<sup>52</sup>.

Tanto la Comisión en su Comunicación, como el Consejo Europeo en las Conclusiones presentadas en la cumbre de primavera<sup>53</sup>, hacen un balance positivo de los resultados obtenidos a través de la Estrategia de Lisboa, aunque son conscientes de la necesidad de reforzar las debilidades que ésta demostró en la práctica. Por lo tanto, la nueva estrategia arranca claramente de la Estrategia de Lisboa, si bien el tono general de los textos donde se formula es mucho menos ambicioso que el adoptado hace una década, y se advierte en las prioridades y objetivos formulados un notable esfuerzo de simplificación y claridad expositiva.

La Comisión presenta la nueva estrategia como una visión de la economía social de mercado de Europa para el siglo XXI, por lo que el crecimiento económico y el empleo se aglutinan en ella, al igual que venía sucediendo

<sup>51</sup> Comunicación de la Comisión «Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador», de 3 de marzo de 2010, COM (2010) 2020.

<sup>52</sup> Así se resuelven las incógnitas planteadas por BALLESTER PASTOR, M. A. y CABEZA PEREIRO, J., en *Lecciones para el futuro del empleo en la Estrategia post-Lisboa a partir de 2010*, RMTIN, nº extra de Derecho social Internacional y Comunitario (2010) 35, 36.

<sup>53</sup> Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de 25 y 26 de marzo de 2010.

desde el relanzamiento de la Estrategia de Lisboa en el 2005<sup>54</sup>. Pese a todo, una simple lectura de los textos en los que las instituciones definen los aspectos clave de la Estrategia pone en evidencia que las cuestiones económicas prevalecen sobre las relativas al empleo. Adoptando una postura muy crítica, el Comité Económico y Social Europeo ha destacado que desaparece el objetivo del pleno empleo, que ocupaba un lugar destacado en anteriores directrices, y, lo que es más preocupante, que las directrices no reflejan de manera suficiente el objetivo de la lucha contra el desempleo como objetivo prioritario de la Unión Europea y los Estados miembros<sup>55</sup>. Incluso en ocasiones parece dominar la idea de que, aunque la intervención en materia de empleo es necesaria, el avance en el plano económico traerá de por sí un incremento en la tasa de empleo, lo que determina la prioridad de los aspectos económicos<sup>56</sup>.

La Estrategia Europa 2020 se basa en tres prioridades que se refuerzan mutuamente, y que son crecimiento inteligente, sostenible e integrador. Es esta última prioridad la que contiene aspectos relacionados con el empleo, ya que con ella se trata de fomentar una economía con alto nivel de empleo que tenga cohesión social y territorial. En la nueva Estrategia la Comisión no renuncia a enunciar objetivos cuantitativos, tal y como había

hecho en Lisboa en el año 2000, y ello a pesar de que con frecuencia se ha criticado que la Estrategia de Lisboa dio más importancia a la cantidad de empleo que a la calidad del mismo<sup>57</sup>. En todo caso, se observa que los objetivos principales en materia de empleo son más simples que en Lisboa, pues ahora sólo se enuncia una tasa de empleo a alcanzar, con independencia del sexo de los trabajadores<sup>58</sup>. Concretamente, el objetivo es que en 2020 el 75% de la población de entre 20 y 64 años esté empleada, un 5% más del objetivo general establecido en Lisboa en el año 2000<sup>59</sup>.

El contenido material de la actuación relativa al empleo está constituido por algunas propuestas realizadas en la etapa de Lisboa –igualdad entre los sexos, flexiseguridad, movilidad laboral, igualdad de oportunidades con independencia de la edad, por ejemplo–, pero también por otras que, si bien podían haber sido apuntadas en la etapa anterior, adquieren en la presente un mayor relieve, como la reforma de las cualificaciones a fin de garantizar una mayor adaptabilidad de los trabajadores ante las cambiantes circunstancias del mercado laboral. No en vano, todas estas cuestiones quedan englobadas en una iniciativa emblemática rotulada «Una agenda para nuevas cualificaciones y empleos».

Pero, dejando de lado el contenido material, interesa ahora centrarse en el contenido procedimental de la Estrategia Europa 2020.

<sup>54</sup> Sobre el contenido de la Estrategia Europa 2020, véase el análisis de CABEZA PEREIRO, J. y BALLESTER PASTOR, M. A., *La estrategia europea para el empleo 2020 y sus repercusiones en el ámbito jurídico laboral español*, MTIN, Madrid, en prensa.

<sup>55</sup> Apartados 1, 3.1, 4.1.4 del Dictamen 763/2010, de 27 de mayo de 2010, del Comité Económico y Social Europeo, sobre la «Propuesta de decisión del Consejo sobre directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros - Parte II de las Directrices Integradas Europa 2020», COM (2010) 193 final.

<sup>56</sup> Así, el Consejo Europeo indica que «la UE necesita una nueva estrategia basada en una coordinación más eficaz de las políticas económicas para proporcionar más crecimiento y empleo» (apartado 1.4 de las Conclusiones del Consejo Europeo de 25 y 26 de marzo de 2010).

<sup>57</sup> MAGNUSSON, L., *La estrategia post Lisboa y la Europa social*, *Gaceta sindical: reflexión y debate*, nº 13 (2009) 44-46. De hecho, la despreocupación de la nueva Estrategia por la calidad del empleo es denunciada por el Comité Económico y Social Europeo en el apartado 1 y 4.2.1 de su Dictamen 763/2010, de 27 de mayo de 2010, cit.

<sup>58</sup> Ello evidencia un cierto descuido en relación con el tema de la igualdad por razón de sexo que ha sido subrayado por el CESE en los apartados 1 y 3.5 de su Dictamen 763/2010, de 27 de mayo de 2010, cit.

<sup>59</sup> Apartado 30 de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Lisboa de 23 y 24 de marzo de 2000.

La Estrategia apuesta por reforzar la coordinación de las políticas estatales, al entender que es el instrumento idóneo para estimular el crecimiento y el empleo. Aunque la mayor parte de las indicaciones relativas a la coordinación están pensadas para el ámbito económico, algunas cuestiones son comunes a la coordinación de las políticas de empleo. El marco general para la coordinación de las políticas debe ser más claro y sencillo. De ahí el esfuerzo de la Comisión por enunciar de forma sintética y articulada las prioridades de la Unión Europea, los objetivos principales y las iniciativas emblemáticas que conforman cada objetivo. Con la misma finalidad, el número de directrices integradas se reduce sustancialmente, de modo que de las veinticuatro formuladas en los años 2005 y 2008, se pasa ahora a diez<sup>60</sup>. Como su propio nombre indica, las directrices siguen recogiendo las grandes orientaciones de política económica y las orientaciones para el empleo. Sin embargo, por primera vez desde su integración en 2005, se han recogido en dos documentos separados: una Recomendación del Consejo reúne las directrices generales para las políticas económicas, mientras que una Decisión del mismo enuncia las directrices para las políticas de empleo, que son las cuatro últimas<sup>61</sup>. La Comisión expresa su deseo de que

<sup>60</sup> La mayor parte de las instituciones consultadas durante el proceso de elaboración de la Estrategia Europa 2020 mostró su acuerdo con la reducción del número de directrices. Ahora bien, el Comité Económico y Social Europeo indica que las directrices propuestas por el Consejo son demasiado generales y demasiado moderadas para orientar acciones eficaces, lo que debilita el enfoque europeo (apartados 1, 3.1.1 y 3.2.1 del Dictamen 763/2010, de 27 de mayo de 2010, del Comité Económico y Social Europeo, cit.).

<sup>61</sup> Recomendación del Consejo de 27 de abril de 2010 sobre directrices generales para las políticas económicas de los Estados miembros y de la Unión, Parte I de las Directrices Integradas Europa 2020, COM (2010) 193 final, y Decisión del Consejo de 27 de abril de 2010 sobre directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros, Parte II de las Directrices Integradas Europa 2020, COM (2010) 193 final.

las directrices permanezcan estables hasta 2014, para que los Estados puedan centrar sus esfuerzos en su consecución, con lo que podría haberse modificado la duración del ciclo de tres a cuatro años.

Otro elemento del proceso de coordinación que se trata de reforzar es el relativo a la supervisión de los resultados alcanzados por los Estados miembros. A tal efecto, el Consejo Europeo propone varias medidas<sup>62</sup>. Entre las que afectan de manera más directa a la coordinación de las políticas de empleo destacan tres. En primer lugar, basándose en la labor de supervisión de la Comisión y en el trabajo realizado por el Consejo, el Consejo Europeo llevará a cabo anualmente una evaluación global de los avances que hayan tenido lugar, tanto a escala nacional, como de la Unión Europea, respecto a la aplicación de la estrategia. En principio, no parece que ello haga variar el calendario y las fases del proceso de coordinación, tal y como fue diseñado en el TCE –hoy en el TFUE– y en la Estrategia de Lisboa relanzada, pues en ambos casos el Consejo Europeo contaba con una ocasión anual para pronunciarse acerca de la marcha de la Estrategia. Por lo tanto, podría aprovecharse la cumbre anual de primavera para llevar a cabo esa evaluación global. En segundo lugar, se intenta constituir un estrecho diálogo entre los Estados miembros y la Comisión que, a juicio del Consejo Europeo, mejoraría la calidad de la supervisión y el intercambio de las mejores prácticas. Este diálogo podría recaer en expertos de la Comisión y de los Estados miembros. Y, en tercer lugar, el Consejo Europeo sugiere hacer un mejor uso de los instrumentos de coerción previstos en el artículo 121 TFUE en caso de que algún Estado no logre ajustarse a los objetivos marcados por las directrices de la Política económica.

Aunque este tercer punto se refiere a la coordinación de las políticas económicas, y no

<sup>62</sup> Apartado 6 de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de 25 y 26 de marzo de 2010.

a las de empleo, la Comunicación de la Comisión sobre la Estrategia Europa 2020 sí enfatiza la posibilidad de adoptar en materia de empleo las recomendaciones previstas en el artículo 148 TFUE. Incluso se llega a prever el contenido de tales recomendaciones, que consistirá, por una parte, en el asesoramiento detallado acerca de los retos del empleo, y por otra, en la inclusión de un calendario en el que el Estado miembro determinaría las actuaciones a llevar a cabo para cumplir con la recomendación. Finalmente, si el Estado no cumpliera los objetivos propuestos en el tiempo estimado, la Comisión podría dirigirle una advertencia política. Así, parece admitirse que este mecanismo, previsto en el TFUE para la coordinación de las políticas económicas, pueda ser aplicado a las políticas de empleo. Ello es muy relevante porque contribuye decisivamente a incrementar el carácter coercitivo de la estrategia de empleo, carácter que había sido puesto en duda con frecuencia por los críticos del MAC.

Finalmente, sólo queda referirse a la descripción que hace la Comisión de la labor asumida por las instituciones de la Unión Europea en la nueva Estrategia. La Comisión sugiere que sea el Consejo Europeo quien lidere la Estrategia, al ser éste quien se encarga de gestionar la interdependencia entre los Estados miembros y la UE. Este mayor relieve del Consejo Europeo en la dirección de la Estrategia Europa 2020 coincide con su consolidación como institución en el Tratado de Lisboa. Como ya se indicó, la Presidencia estable de la que se le ha dotado de forma reciente, contribuirá a hacer aún más visible su nuevo papel al frente de la Estrategia, y los senderos por los que ésta ha de discurrir dependerán en buena medida de la personalidad de quien esté al frente de la institución. En todo caso, la atribución del liderazgo en la dirección de la nueva Estrategia europea es el último hito en la creciente importancia que el Consejo Europeo ha ido asumiendo en el plano de la política económica, de empleo y social desde la puesta en prác-

tica de la coordinación de políticas estatales a principios de los años noventa<sup>63</sup>.

En contrapartida, la Comisión queda como el gran evaluador del proceso, que anualmente supervisará la situación sobre la base de un conjunto de indicadores, redactará un informe sobre los resultados, exponiendo cuáles han sido los avances hacia los objetivos principales, evaluando los informes de los Estados y presentando recomendaciones, advertencias o propuestas políticas.

El intercambio de buenas prácticas queda encomendado a las formaciones sectoriales del Consejo de Ministros y a otras instituciones que hasta el momento han permanecido en una posición marginal en el proceso de coordinación de las políticas de empleo, pese a tener un papel reconocido primero en el TCE y luego en el TFUE. Se trata del Comité Económico y Social y del Comité de las Regiones, a quienes se les asignan funciones propias del MAC, como intercambio de buenas prácticas, evaluación comparativa y establecimiento de redes.

El Parlamento Europeo también debería intervenir en la estrategia, pero las funciones que le encomienda la Comisión siguen siendo de carácter consultivo, por lo que no es previsible que varíe el papel que ha venido desarrollando hasta el momento en la Estrategia, y que ha sido objeto de numerosas críticas que reivindicaban una presencia mayor y más decisiva de esta institución, a fin de «democratizar» un poco más el proceso de coordinación.

Por último, la Comisión insiste en la necesidad de que se impliquen en el desarrollo de la Estrategia las autoridades nacionales, regionales y locales, así como sus parlamentos, los interlocutores sociales y los representantes de

<sup>63</sup> MIRANDA BOTO, J. M., *Mehr Papiere und Beamten? La creciente importancia del Consejo Europeo en materia social*, cit., 96, 97.

las organizaciones sociales. En definitiva, la implicación de toda la sociedad resulta clave, no sólo para obtener una mejor gobernanza de la nueva Estrategia, sino también para que ésta sea verdaderamente eficaz<sup>64</sup>.

#### 4.2. Las perspectivas del MAC en la Estrategia Europa 2020

Cuando ha transcurrido algo más de una década desde la atribución de competencias de coordinación de las políticas de empleo a la Unión Europea, y de la adopción del MAC como método de trabajo de las partes implicadas en dicha labor, parece que se puede concluir, sin temor a equivocarse, que ambas circunstancias conforman uno de los mayores logros del proceso de integración europea en los últimos años. No debe olvidarse que la coordinación de las políticas de empleo surge para hacer frente a una situación de paro estructural de larga duración que amenazaba el sostenimiento de los sistemas de protección social y pensiones de los Estados miembros y que su puesta en práctica no sólo contribuyó a combatir esta situación, sino que potenció la consolidación del modelo social europeo como bandera de las políticas sociales y de empleo de los Estados miembros<sup>65</sup>.

El MAC se presenta como una técnica post-moderna<sup>66</sup> que no encaja en ninguno de los

patrones que hasta su aparición definían la intervención comunitaria<sup>67</sup>. La participación de múltiples agentes políticos, sociales y económicos, provenientes del ámbito europeo, nacional y local, erosiona su carácter supra nacional, que sin embargo se mantiene en la formulación de las directrices. Y tampoco es una técnica de cooperación intergubernamental al uso, pues aunque no lleva aparejadas sanciones coercitivas, sí que hay una fuerte presión hacia la convergencia, que hace que los objetivos sean de obligatorio cumplimiento para los Estados<sup>68</sup>.

En definitiva, el MAC reemplaza la norma jurídica por la orientación política, la fijación de estándares de armonización por la elaboración de indicadores y directrices, y el control judicial por un proceso de evaluación vertical y horizontal<sup>69</sup>. Y todo ello dentro de un sistema que pone el acento en los aspectos procedimentales sobre los sustanciales.

Como método de trabajo entre las partes implicadas, el MAC ha llevado hasta sus últimas consecuencias el sistema de coordinación diseñado en el TCE y rediseñado en el Consejo Europeo de 2005. Pero además, lo ha trans-

<sup>64</sup> Paradójicamente, el Comité Económico y Social Europeo ha criticado lo ajustado del calendario fijado para elaborar las primeras directrices de la Estrategia Europa 2020 que, a su juicio, han imposibilitado un verdadero debate con la intervención de las organizaciones de la sociedad civil y los parlamentos (apartado 2 del Dictamen 763/2010, de 27 de mayo de 2010, cit.).

<sup>65</sup> Pese a la dificultad para valorar en su justa medida los resultados causados directa o indirectamente por la estrategia y por el MAC (TERRADILLOS ORMAETXEA, E., *Validez y límites del método abierto de coordinación en la política de empleo comunitaria*, cit., 77).

<sup>66</sup> ILIOPOULOU, A., *La méthode ouverte de coordination: un nouveau mode de gouvernance dans l'union européenne*, *Cahiers de Droit Européen*, vol. 42, nº 3-4 (2006) 317.

<sup>67</sup> Si bien se suele destacar la conexión del MAC con ciertas técnicas de gestión empresarial, este método también responde a algunos de los postulados generales de la teoría de la democracia deliberativa formulada por Habermas. Véase a este respecto, ESPINA MONTERO, Á., *Estado del bienestar y teorema de la imposibilidad*, *Información comercial española*, ICE: *Revista de economía*, nº 815 (2004) 78.

<sup>68</sup> Según VALDÉS DAL-RÉ, F., el uso creciente de la coordinación de políticas en el ámbito comunitario, en sustitución de las viejas aspiraciones de armonización, conduce, paradójicamente, a «la desnacionalización del Derecho del Trabajo de los Estados miembros», y a la «deseuropeización del Derecho comunitario del trabajo» (*Soft law, derecho del trabajo y orden económico globalizado*, cit., 46).

<sup>69</sup> Sobre el carácter *sui generis* del MAC, véase RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., *Constitución Europea, política social y método abierto de coordinación*, cit., 63, 64 e ILIOPOULOU, A., *La méthode ouverte de coordination: un nouveau mode de gouvernance dans l'union européenne*, cit., 316, 317.

formado y renovado al imbuirlo de los valores propios de la mejor gobernanza, que a partir de 2001 tratan de infiltrarse en todas las instancias de la Unión Europea. En efecto, aunque el MAC fue oficialmente reconocido por el Consejo Europeo un año antes de que la Comisión publicara el Libro Blanco para la gobernanza, su configuración responde en buena medida a la preocupación, ya presente en aquel momento en las instituciones comunitarias, de que los procesos de decisión fuesen más transparentes y participativos, haciendo frente así a las reivindicaciones de una mayor democracia dirigidas con frecuencia a las instituciones europeas<sup>70</sup>. Por una parte, el MAC refuerza el papel de los Estados en el proceso de coordinación, pues, una vez definidas las directrices por el Consejo, a propuesta de la Comisión, es el Comité de Empleo, integrado por dos representantes de cada uno de los Estados miembros y dos de la Comisión, el que lleva a cabo todas las labores que integran el MAC, a saber, la identificación de buenas prácticas, la selección de los indicadores, el aprendizaje mutuo entre los Estados y la evaluación entre pares<sup>71</sup>. Y por

otra parte, en esa dinámica son consultados expertos independientes, así como los agentes sociales a nivel europeo, que de esta forma quedan integrados en el proceso de coordinación de las políticas de empleo, pese a que el artículo 128 TCE no lo había previsto.

Dentro de su preocupación por impulsar el diálogo social, la propia Comisión recomendó en su momento que los agentes sociales a nivel europeo utilizarasen mecanismos inspirados en el MAC para alcanzar acuerdos<sup>72</sup>. Y, de hecho, en el marco de la política social la doctrina ha identificado varios acuerdos adoptados a nivel europeo que muestran una estrecha vinculación con la Estrategia Europea de Empleo, tanto en el plano procedimental como material<sup>73</sup>. Esta situación pone de relieve que las potencialidades del MAC aún no han sido exploradas por entero, y que el marco del diálogo social puede ser la siguiente parcela para el desarrollo de un MAC social que además funcionaría a modo de

<sup>70</sup> Sobre las conexiones entre la gobernanza y la Estrategia Europea de Empleo, véase RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., *Gobernanza y política de empleo*, RL, t. I (2005) 57, 58.

<sup>71</sup> El Comité de Empleo aglutina todas estas actividades, pero las descentraliza en dos grupos de trabajo: el grupo encargado de la elaboración de indicadores y el grupo *ad hoc*, orientado a promover la coordinación entre Estados. Ambos están conformados por representantes de los Ministerios de Trabajo de los países miembros y por expertos independientes, y aportan al Comité de Empleo los materiales necesarios para que éste tome decisiones. Véase al respecto la información disponible en <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=115&langId=fr>, así como JACOBSSON, K., y VIFELL, A., «Integration by deliberation? On the role of committees in the open method of coordination», *European Governance, deliberation and the quest for democratisation*, ERIKSEN, E. O., JOERGES, Ch, y NEYER, J. (Eds.), ARENA and European University Institute, Oslo (2003) 428-433, disponible en [http://www.arena.uio.no/cidel/Workshop\\_Firenze/Florence\\_Report.htm](http://www.arena.uio.no/cidel/Workshop_Firenze/Florence_Report.htm).

Por otro lado, el relanzamiento de la Estrategia de Lisboa propició el fortalecimiento de estas técnicas, y la

creación de programas centrados en ciertas partes del proceso. Ejemplo de ello es el Programa para el aprendizaje mutuo, dependiente de la Dirección General de Empleo, asuntos sociales e igualdad de oportunidades de la Comisión, que absorbe al antiguo Programa de evaluación entre pares creado en 1999. La finalidad del nuevo Programa es promover el intercambio de información y buenas prácticas entre los Estados miembros, así como propiciar la evaluación entre pares. El tema central del programa se selecciona anualmente en función de las prioridades de la presidencia de la Unión Europea y de la Comisión, y es aprobado por el Comité de Empleo. El papel asumido por los Estados es fundamental, pues la organización de las actividades depende en buena parte de su iniciativa con el apoyo del Programa. La información sobre este programa y sus actividades se encuentra en <http://www.mutual-learning-employment.net/>.

<sup>72</sup> Comunicación de la Comisión, «El diálogo social europeo, fuerza de modernización y de cambio», de 26 de junio de 2002, COM (2002) 341 final.

<sup>73</sup> MAZUYER, E. y DE LA ROSA, S., *La régulation sociale européenne et l'autorégulation*, *Cahiers de droit européen*, vol. 45, nº 3-4 (2009) 328-331 y KERSCHEN, N. y OMARJEE, I., *La stratégie européenne pur l'emploi: un exemple de rencontre entre une politique européenne et le droit coutumaire*, cit., 225 y 226.



bisagra entre el *soft law* y el *hard law*, dada la posibilidad de que los acuerdos alcanzados por los agentes sociales europeos sean recogidos en Directivas comunitarias.

Todo ello apunta a que el MAC es un proceso deliberativo en expansión dentro de la Unión Europea. Su reconocimiento en el artículo 156 TFUE y en la Estrategia Europa 2020 confirma su pujanza y augura un futuro brillante para esta técnica.

Como ya se ha visto, la Estrategia para el Crecimiento y el Empleo Europa 2020 hace hincapié en varias ocasiones en las técnicas que constituyen el MAC, como intercambio de información, difusión de buenas prácticas, o evaluación vertical y horizontal de resultados. A través de todas esas alusiones el MAC se consolida en el corazón de la coordinación de las políticas económicas, sociales y de empleo.

En la ronda de consultas previas a la elaboración de una estrategia post-Lisboa, así como a la preparación del Consejo Europeo de marzo de 2010, el Comité de Empleo expresó la necesidad de seguir basando la gobernanza de la nueva estrategia de empleo en el MAC<sup>74</sup>. Ahora bien, el mantenimiento del MAC debería pasar, a juicio del Comité de Empleo, por un fortalecimiento de sus puntos débiles, entendiendo por tales la formulación de las prioridades y la implementación de las políticas. En relación con estos dos aspectos, el Comité de Empleo proponía, por un lado, la simplificación de los objetivos y una mayor coherencia entre las actuaciones llevadas a cabo en los planos social, económico y medioambiental y, por otro lado, la intensificación de la vigilancia multilateral y de la

<sup>74</sup> EMCO Opinion on the European Employment Strategy within the post - 2010 Lisbon Agenda, 9 de noviembre de 2009, SOC 664, ECOFIN 708 y Preparation of the European Council of 25-26 March 2010 (European Strategy for growth and jobs) - Contribution by EMCO to the EPSCO Council OF 8 March 2010 regarding the «EU 2020» Strategy, SOC 125, ECOFIN 109.

posibilidad de que la Comisión dirija recomendaciones a los Estados para que se ajusten a los objetivos. Además, también se expresaba la necesidad de reforzar el aprendizaje mutuo y el intercambio de experiencias, así como la difusión de los resultados, recomendando procedimientos más sencillos y una mayor colaboración entre las formaciones sectoriales del Consejo y sus diferentes Comités. Como se ve, muchas de las propuestas del Comité han sido incorporadas a la nueva Estrategia, aunque no se puede decir lo mismo respecto a la petición de fondo, repetida en varias ocasiones en estos documentos, que era el fortalecimiento de la dimensión social y de empleo en la estrategia post-Lisboa, y que el Comité de Empleo basaba en la cláusula social horizontal recogida en el artículo 9 TFUE. Como se ha visto en el apartado anterior, no sólo parece que los objetivos sociales y de empleo no se han reforzado, sino que incluso da la impresión de que han retrocedido en comparación con la estrategia anterior.

En cualquier caso, y volviendo la mirada al MAC, las perspectivas de futuro se traducen en su mantenimiento como técnica al servicio de la coordinación de las políticas de empleo, así como en la mejora constante de su funcionamiento, conforme a su carácter continuamente cambiante a tenor de las circunstancias.

En materia social, las constantes alusiones a esta técnica hacen esperar el despegue del MAC<sup>75</sup>, permaneciendo dos incógnitas que sólo el acontecer de los hechos logrará despejar. La primera consiste en determinar cómo se adaptará el método al marco de las políticas sociales. Ese desarrollo habrá de venir dado por los documentos emitidos por las instituciones europeas, y básicamente por el Consejo Europeo y la Comisión, tal y como ha venido sucediendo en relación con la protección social y la inmigración. La segunda incógnita está en

<sup>75</sup> SCHMITT, M., *La dimension sociale du traité de Lisbonne*, cit., 692.

el modo en que se articulará la relación entre el MAC y las técnicas tradicionales de construcción del Derecho social comunitario, como las Directivas y los Reglamentos.

Pero mientras se aclaran ésas y otras incógnitas, el MAC seguirá evidenciando la creciente importancia del impulso político en la construcción de la Europa Social.

**RESUMEN** El Tratado de Lisboa es el último eslabón en el proceso de construcción europea. A través de él se introducen cambios sustanciales en las instituciones europeas y en la propia Unión, que aparece redimensionada tras la desaparición de la Comunidad Europea. Pese a todo, es evidente la continuidad de este nuevo Tratado de reforma con sus precedentes, e incluso con el fracasado intento de elaborar una Constitución para Europa. Esa continuidad es, si cabe, más evidente en los aspectos sociales, donde el Tratado de Lisboa da algunos pasos decisivos para avanzar en las líneas abiertas por los precedentes Tratados de reforma, sin llegar a consumir rupturas ni saltos cualitativos respecto a la situación anterior. Por lo que se refiere a la coordinación de políticas de empleo es destacable la clarificación de competencias llevada a cabo en la nueva redacción del TFUE. Por el contrario, sorprende la continuidad casi literal del Título de Empleo del TFUE con el Título de Empleo del TCE, introducido en él a través del Tratado de Ámsterdam. Aparte de un simbólico cambio sistemático, apenas hay variaciones en el tratamiento de esta materia, que sin embargo ha experimentado un notable despegue en los últimos doce años, gracias a la asunción por parte de la Unión Europea de las competencias para coordinar las políticas de empleo de los Estados miembros. El procedimiento a través del que se lleva a cabo esa coordinación no se ajusta con exactitud a los pasos enunciados en el TFUE, y ello es fruto de una práctica política extremadamente rica y compleja. Sin duda el Tratado de Lisboa suponía una oportunidad idónea para adaptar las disposiciones de Derecho originario sobre coordinación de políticas de empleo a la realidad, tal y como se ha venido configurando en los últimos años, y en la que destaca el creciente protagonismo adquirido por el método abierto de coordinación. Lo cierto es que tal adaptación no se ha llevado a cabo, consumándose una significativa disociación entre el plano jurídico y el plano político, al que sin duda hay que recurrir para consultar las «fuentes» europeas en materia de empleo. En este sentido, el presente artículo concluye con una referencia a la Estrategia Europa 2020, que ha de marcar los designios del empleo europeo en la próxima década.

**ABSTRACT** The Treaty of Lisbon is the last step in the European construction process. Through it, substantial changes are introduced in European institutions and within the Union itself, which is redimensioned after the disappearance of the European Community. Notwithstanding, the continuity of the new reform Treaty with the preceding ones is evident, even with the failed attempt to draw up an European Constitution. This continuity is even more evident in social aspects, where the Treaty of Lisbon takes some crucial steps to move forward along the lines defined by preceding reform Treaties, but without taking a qualitative leap or breaking with the previous situation. With regards to the coordination of employment policies, it is noteworthy how the new version of TFEU clarifies competences. On the contrary, it is surprising how the Employment Title of the TFEU mirrors almost literally the Employment Title of the Constitutional Treaty, which the Treaty of Amsterdam introduced in it. Apart from a symbolic and systematic change, there are hardly any variations when treating this subject which, nonetheless, has undergone a remarkable boom in the last 12 years, thanks to a part of the European Union assuming competences to coordinate Member States' employment policies. The procedure through which the coordination is done does not follow the steps defined by TFEU to the letter, due to an extremely rich and complex political practice. Indeed, the Treaty of Lisbon was the perfect opportunity to adapt primary law dispositions on the coordination of employment policies to reality, as it has been defined over the last years, and in which the increasing prominence obtained by the open method of coordination (OMC) stands out. The truth is that such adaptation has not taken place, thus sealing a meaningful dissociation between the legal level and the political level, the latter of which needs be resorted to in order to consult European «sources» in the field of employment. In this regard, this article concludes with a reference to Europe 2020 Strategy, which will guide the future of European employment in the next decade.

# La protección social en la Unión Europea: de la Constitución Europea al Tratado de Lisboa

GUILLERMO L. BARRIOS BAUDOR\*

LOURDES MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE\*

## 1. LAS PREVISIONES DE PROTECCIÓN SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN EUROPEA

### 1.1. Introducción

Diversos fueron los preceptos que, con distinta terminología y alcance, contemplaban mecanismos específicos de previsión social a lo largo de los artículos de la Constitución Europea. En primer término, la «protección social» se recogía de forma expresa en los siguientes artículos:

- a) Dentro del Título I (De la definición y los objetivos de la Unión) de la Parte I, en el artículo I-3.3 por referencia a su fomento por parte de la Unión en cuanto objetivo básico de la misma.
- b) Dentro del Título I (Disposiciones de aplicación general) de la Parte III (De las políticas y el funcionamiento de la Unión), en el artículo III-117 por refe-

rencia a su adecuada garantía por parte de la Unión en la definición y ejecución de sus políticas y acciones.

- c) Dentro del Título II (No discriminación y ciudadanía) de la Parte III, en el artículo III-125.2 por referencia al derecho de los ciudadanos de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.
- d) Dentro de la Sección segunda (Política Social), del Capítulo III (Políticas en otros ámbitos), del Título III (Políticas y acciones internas) de la Parte III, en los artículos III-209, III-210.1, letras c) y k) por referencia a la delimitación de competencias en la materia entre la Unión y los Estados miembros en cuanto que la consecución de una protección social adecuada constituiría objetivo compartido entre la Unión y los Estados miembros. También en el artículo III-217 en el que de forma expresa se preveía la constitución de un Comité de Protección Social.

\* Universidad Rey Juan Carlos.

A su vez, el término «Seguridad Social», en cuanto concepto pretendidamente independiente del anterior desde un punto de vista meramente formal, contaba también con referencias expresas en el articulado del texto constitucional. En concreto, se contemplaba en los siguientes artículos:

- a) Dentro del Título IV (Solidaridad) de la Parte II (Carta de los derechos fundamentales de la Unión), en el artículo II-94, apartados 1 y 2 por referencia a la delimitación del alcance y contenido de la Seguridad Social en el ámbito europeo.
- b) Dentro del Título II de la Parte III, en el artículo III-125.2 en el que se contenían, asimismo, referencias diferenciadas a la protección social.
- c) Dentro de la Subsección primera (Trabajadores) de la Sección segunda (Libre circulación de personas y servicios) del Capítulo I del Título III de la Parte III, en el artículo III-136 por referencia a la libre circulación de los trabajadores.
- d) Junto con la protección social de los trabajadores, en el artículo III-210.1, letra c) por referencia a la delimitación de competencias en la materia entre la Unión y los Estados miembros. En este mismo precepto y con similar objetivo, también, en su apartado 5 a). Dentro de la misma ubicación sistemática que el artículo III-210 y por referencia a similar objetivo, la Seguridad Social era objeto de cita expresa, igualmente, en el artículo III-213 d).

En fin, junto a estos dos conceptos, terminología diversa permitía intuir en el texto de la Constitución Europea otras técnicas específicas de previsión social, bien que menos tratadas que las anteriores. Sin perjuicio de la particular protección de la salud (art. II-95) o de la protección dispensada a determinados colectivos en particular [menores (art.

II-84), ancianos (art. II-84) y discapacitados (art. II-86)], este sería el caso, por ejemplo, de las que a continuación se indican:

- a) Servicios sociales (art. II-94.1)<sup>1</sup>.
- b) Ayuda social (art. II-94.3).
- c) Sistemas sociales (art. III-209).

Pues bien, llegados a este punto meramente expositivo, cabría plantearse ya si, a pesar de toda esta dispersión terminológica y normativa, se vislumbraba en la Constitución Europea un sistema común de previsión social europeo, aun en sus trazados más básicos y fundamentales. Lo cierto es que una lectura atenta de su articulado permitía intuir la existencia de un sistema común de protección social pública cuyo fomento constituiría, además, objetivo básico de la Unión (art. I-3.3). Nada se contenía, sin embargo, respecto otros posibles sistemas de protección social privados que serían, entonces, libres.

Aunque hubiera resultado conveniente una mayor claridad al respecto, a los efectos de desentrañar dicho sistema resulta clave el artículo II-94 («Seguridad Social y ayuda social»). Y ello porque, a través de apartados independientes y diferenciados, en él parecía haberse querido trazar los dos grandes pilares de un único sistema de «protección social» pública. Dichos pilares serían, de un lado, la «Seguridad Social» (apartados primero y segundo, este último por referencia a la residencia y al desplazamiento legales dentro del territorio de la Unión) y, de otro, la Asistencia Social («ayuda social») en los términos de la propia Constitución<sup>2</sup> y los «Servicios Socia-

<sup>1</sup> Bien que en el ámbito de la política comercial común y en términos que exceden del objeto del presente trabajo, mención expresa a los servicios sociales se efectuaba, también, en el artículo III-315.4 b).

<sup>2</sup> Sobre el origen francés de la expresión con el que vendría a calificarse el más genérico término de asistencia social *vid.* RODRÍGUEZ-PINERO, M., «Seguridad Social y asistencia social en el Estado de las Autonomías», *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2003, pág. 106.

les» (apartados primero y, especialmente, tercero).

Así las cosas, dentro del marco dedicado a la solidaridad (Título IV, Parte II), parecía querer contemplarse, en general, un sistema común de protección social pública del que, a su vez, formarían parte, ya como especies, la Seguridad Social, de un lado y, de otro, la Asistencia Social y los Servicios Sociales<sup>3</sup>. De hecho, buena muestra de la existencia de dicho sistema común de protección social europeo como un todo unitario sería la creación de un organismo institucional al respecto, el Comité de Protección Social al que más adelante se hará referencia (art. III-217).

Desde este punto de vista, la cuestión terminológica (como también la dispersión normativa) adquiriría una trascendencia relativamente menor. De ahí que, cuando el articulador de la Constitución aludía, sin más, a la protección social en general [por ejemplo, arts. I-3.3, III-117, III-209 ó III-210.1 k)] dentro de dicho concepto cabía incluir a cuantos instrumentos de previsión social la integraban. En cambio, cuando la Constitución Europea aludía a la Seguridad Social (por ejemplo, art. II-94.1 y 2 ó art. III-136), dicho concepto únicamente aludiría a uno de los diversos y posibles mecanismos que integrarían la protección social pública. En fin, cuando Seguridad Social y protección social aparecían citados en un mismo precepto [por ejemplo, arts. III-125.2 ó III-210.1 c) y k)], con esta última expresión estaría haciéndose referencia (siquiera sea por exclusión) a la protección social que no constituiría en sentido estricto Seguridad Social o, si se prefiere, a los diversos mecanismos de previsión social específica que, aun hallándose integrados en

el sistema común de protección social, no constituirían Seguridad Social. Por cuanto aquí interesa, esta última idea resultaría igualmente extensible al término «servicios sociales» por contraposición a la Seguridad Social (art. II-94.1).

Lógicamente, cuestión distinta y que no resolvió la Constitución Europea fue la relativa a qué debía entenderse a estos efectos, no ya solo por sistema común de protección social pública, sino, más concretamente, por Seguridad Social y/o Asistencia Social y Servicios Sociales. Distinción entre unos y otros mecanismos de protección social pública que se ha convertido en una cuestión sumamente compleja a la par que difusa, y que ha ido incrementándose a partir de dos fenómenos comunes a los distintos sistemas nacionales: la cada vez mayor *vis* atractiva de la Seguridad Social y su progresiva asistencialización<sup>4</sup>.

Aun cuando unos y otros mecanismos de previsión social se hallarían estrechamente vinculados por referencia al sistema común de protección social pública en el que se encontrarían ubicados, la Seguridad Social parecía gozar en la Constitución Europea de un mayor peso específico acorde, por otra parte, con su mayor peso específico en la práctica; la Asistencia Social y los Servicios Sociales parecían quedar, en cambio, en un plano complementario de aquélla. De este modo, al igual que sucede en la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales, dentro del sistema público de protección social que la Constitución instrumentaba, cabría hablar de una protección social «básica» (Seguridad Social) y protección social «complementaria» (Asistencia Social y Servicios Sociales)<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> En este mismo sentido se pronunciaban OJEDA AVILÉS, A. y GORELLI HERNÁNDEZ, J., «La asistencia social en el proyecto de Constitución Europea», en *Comentarios a la Constitución Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, a quienes en sus argumentaciones principales seguiríamos en el presente trabajo.

<sup>4</sup> Sobre esta problemática *vid.*, entre otros, FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *Las pensiones no contributivas y la asistencia social en España*, CES, Madrid, 2002.

<sup>5</sup> Por referencia a nuestro sistema de protección social *vid.* AGUILERA IZQUIERDO, R., BARRIOS BAUDOR, G. L. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., *Protección social complementaria*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 2003.

## 1.2. Seguridad social

### 1.2.1. Consideraciones previas

El reconocimiento del derecho a la Seguridad Social en la Unión Europea no supone una novedad de la fallida Constitución Europea. Antes al contrario, referencias a la Seguridad Social de los trabajadores en el espacio comunitario aparecían ya contenidas tanto en la Carta Social Europea (1965), que en su artículo 12 proclamaba el derecho a la Seguridad Social<sup>6</sup>, como en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (1989), que incluía expresamente entre sus principios básicos la referencia a la protección social de los trabajadores<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> El artículo 12 de la Carta Social Europea, rubricado «Derecho a la Seguridad Social», dispuso lo siguiente: «Para garantizar el ejercicio efectivo al 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 Convenio Internacional del Trabajo (número 102) sobre normas mínimas 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».

<sup>7</sup> En esta ocasión, bajo el Título de «Protección social» la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores determinó que, «Con arreglo a las modalidades propias de cada país: (...) 10. Todo trabajador de la Comunidad Europea tiene derecho a una protección social adecuada y, sea cual fuere su estatuto o la dimensión de la empresa en que

Por otro lado, el derecho a la Seguridad Social y a la protección social de los trabajadores ha sido concretado por un importante elenco de Reglamentos y Directivas promulgados en el ámbito de la Unión Europea y que, bajo la interpretación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a través de un elevado número de sentencias, han venido a delimitar su alcance y contenido<sup>8</sup>.

De todos ellos, mención especial merece el Reglamento 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, que entró en vigor en fecha, 1 de mayo de 2010, tras la promulgación del Reglamento 987/2009, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento 883/2004<sup>9</sup>. Ambos Regla-

traba, debe beneficiarse de niveles de prestaciones de seguridad social de nivel suficiente. 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».

<sup>8</sup> Entre las Directivas a las que se hace referencia, y sin ánimo exhaustivo, pueden destacarse la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social (DOCE n° L 006 de 10/01/1979); la Directiva 86/378/CEE del Consejo de 24 de julio de 1986 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social (DOCE n° L 225 de 12/08/1986) y la Directiva 96/97/CE del Consejo de 20 de diciembre de 1996 por la que se modifica la Directiva 86/378/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social (DOCE n° L 046 de 17/02/1997).

<sup>9</sup> A estos efectos, el artículo 91 del Reglamento 883/2004, preveía que dicho Reglamento «será aplicable a partir de la fecha de entrada en vigor del Reglamento de aplicación». Previsión que se ha visto, por fin cumplida en el art. 97 del Reglamento 987/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (texto pertinente a efectos del EEE y de Suiza).

mentos, aparecen en la actualidad configurados en el ámbito de la Unión Europea como las normas básicas en materia de protección social de los trabajadores migrantes, a la par que referente imprescindible al respecto para los diversos sistemas nacionales de protección social<sup>10</sup>.

Al margen de este Reglamento y su norma de desarrollo, no existiría un sistema único de Seguridad Social para todos los Estados comunitarios, sino que cada Estado tiene su propio sistema al respecto. Es por ello por lo que, con el objeto de evitar la dispar protección de los trabajadores migrantes que, llegado el caso, podría derivarse de esa disparidad de sistemas, el Reglamento 883/2004 es la norma por medio de la cual se coordinan los regímenes de Seguridad Social vigentes en los Estados miembros. Su objetivo fundamental es eliminar la diversidad en la protección frente a las distintas contingencias garantizando una protección uniforme para todos los trabajadores, incluidos sus familiares, que se desplacen entre distintos Estados.

Pues bien, como ha tenido ocasión de señalarse, la Constitución Europea dedicó varios artículos a la Seguridad Social. Sin lugar a dudas, el precepto más importante y del que podía extraerse el grueso del alcance de la protección que se pretendía dispensar frente a las contingencias sociales, era el artículo II-94. Precepto que, de un modo disperso, en sus tres apartados reconocía otros tantos derechos de protección social: el derecho a la

Seguridad Social de los nacionales que no se desplacen por el territorio de la Unión; el derecho a los Servicios Sociales; el derecho a la Seguridad Social de quienes residían y se desplazasen legalmente por aquel territorio; y, por último, el reconocimiento del derecho a la Asistencia Social como medio de combatir la pobreza y la exclusión social. De todos ellos, a continuación procede a analizarse el primero de estos derechos.

### 1.2.2. *Articulación de la protección*

La configuración de la Seguridad Social frente a los riesgos sociales en la Constitución Europea tampoco supone una innovación. Antes al contrario, en esta norma se apostó claramente por un reconocimiento del derecho de carácter genérico que, en cierta forma, suponía una reiteración de lo que ya preveían tanto la Carta Social Europea, como la Carta de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores.

Con una formulación amplia, se reconoció 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, bien que conforme a las «modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales». De esta formulación del derecho a la Seguridad Social se deducía una protección que no presentaba diferencias fundamentales con la que ya se venía disfrutando en el espacio comunitario: un sistema de protección a cargo de los diferentes Estados miembros conforme al cual cada Estado en cuestión tenía competencias para establecer el alcance de la protección misma y, en general, su articulación, si bien coordinados por la propia Unión que se encargaba de garantizar que no hubiera diferencias sustanciales en la protección en materia de Seguridad Social entre los Estados miembros por lo que a los trabajadores migrantes respecta.

<sup>10</sup> Sobre su contenido, en extenso, puede consultarse GARCÍA MURCIA, J., Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 y el Tratado de Lisboa, [http://www.aesss.org/wp-content/uploads/2010/02/Pon.I.Garcia\\_Murcia.doc](http://www.aesss.org/wp-content/uploads/2010/02/Pon.I.Garcia_Murcia.doc). También ROMÁN VACA, E., «Breve reflexión (crítica) a propósito del Reglamento CE 883/2004», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 64, 2006. Del mismo autor, «Una visión negativa: el Tratado de Lisboa y la normativa comunitaria de Seguridad Social o la renuncia a un Sistema europeo de Seguridad Social», <http://www.aesss.org/wp-content/uploads/2010/02/Com.I.Rom%c3%a1n.doc>.



Desde sus comienzos la articulación de la protección en el ámbito comunitario no se ha concretado en un único sistema de Seguridad Social, sino en tantos sistemas como Estados forman parte de la Unión. Cada uno de estos sistemas de Seguridad Social tiene en cuenta las peculiaridades propias del Estado en cuestión, adaptando así el contenido y alcance de la protección a sus particulares circunstancias. Por su parte, desde la Unión se han adoptado los mecanismos jurídicos necesarios para coordinar la protección frente a los riesgos sociales que concede cada Estado miembro, existiendo así una diversidad de sistemas de Seguridad Social aunque debidamente coordinados conforme a unas normas comunes para garantizar que los trabajadores que presten sus servicios en más de un Estado miembro no vean restringidos sus derechos en materia de Seguridad Social.

Era en este punto concreto, donde la Constitución Europea recogía una innovación importante al hacer referencia a la protección conforme a «las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión» además de por las «legislaciones y prácticas nacionales». Esta era la primera vez que la Unión parecía querer implicarse directamente en la regulación de la Seguridad Social de los trabajadores junto con los Estados miembros<sup>11</sup>. Apreciación que se ve corroborada tanto por el artículo III-210.1 del texto constitucional donde se 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)».

<sup>11</sup> En este sentido afirma SEMPERE NAVARRO, A.V., «Coordenadas de la Seguridad Social comunitaria: el Reglamento 883/2004», AS, núm. 9, 2004, BIB 2004/883, www.westlaw.es, que se aprecia «una tímida e incipiente implicación de las instituciones comunitarias para concurrir junto con las instancias estatales en este amplio terreno de la protección social».

En similar sentido se mostraba el artículo III-213 en el que se implicaba directamente a la Comisión para que fomentase la «cooperación entre los Estados miembros» y facilitase la «coordinación de sus acciones en los ámbitos de política social (...) particularmente en las materias relacionadas con: (...) d) la seguridad social; e) la protección contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales». Del análisis de estos preceptos constitucionales extraían 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»<sup>12</sup>.

En fin, no puede obviarse la importancia que tenía la inclusión de tales artículos en la Constitución, ya que la Unión ponía expresamente de manifiesto su interés en involucrarse de forma directa en la estructuración del sistema de Seguridad Social, adoptando los instrumentos que consideraba necesarios para reforzar la coordinación entre las fórmulas de protección vigentes en cada Estado como medio para alcanzar fórmulas de protección más unificadas. Sin embargo, aun siendo deseable que se produzca esa mayor participación por parte de las instituciones comunitarias y que se logre una mayor coordinación, debe tenerse en cuenta que la formulación contenida en la Constitución Europea era muy genérica, ya que se utilizaban fórmulas indeterminadas que poco concretaban al respecto y que no establecían una obligación directa de la Unión o de la Comisión<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> OJEDA AVILÉS, A., CORELLI HERNÁNDEZ, J., «La asistencia social en la Constitución Europea», ob. cit., pág. 1263.

<sup>13</sup> De hecho el lenguaje que utilizaba el Texto de la Constitución no admite dudas al respecto; no se determina que la Unión va a apoyar o que la Comisión va a fomentar, sino que la «Unión apoyará» y que la «Comisión fomentará», dejando así en el aire el cómo y en qué momento vayan a producirse ese apoyo y fomento.

### 1.2.3. Alcance y contenido

La Constitución Europea delimitaba el alcance y contenido de la protección en el artículo II-94.1. Como se dijo en páginas anteriores la configuración de la Seguridad Social se mantenía tal y como estaba. De hecho puede afirmarse que no había grandes diferencias entre el derecho a la protección de Seguridad Social en la Constitución Europea y el derecho reconocido en la Carta Social Europea y en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores.

Sin embargo, el precepto mencionado (art. II-94) se refería 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 mencionaba 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 debían concederse por los Estados comunitarios en tales situaciones. Como puede apreciarse, el texto constitucional optó por una formulación genérica mediante la cual se reconocía el derecho a las prestaciones, pero sin concretar su contenido<sup>14</sup>.

No obstante, la indeterminación del alcance de la protección no representaría un problema insalvable, ya que, en último término, correspondía a cada Estado establecerla, bien que sin olvidar que los distintos Estados deben estar coordinados para conceder una protección similar a los ciudadanos comunitarios que se desplacen por el territorio de más de un Estado miembro.

En el caso de España, la indeterminación del contenido de las prestaciones de Seguri-

dad Social no supone problema alguno ni es previsible que vaya a tener ningún efecto. Por el contrario el sistema español de Seguridad Social se encuentra plenamente adaptado a los requerimientos que, en materia de protección social, puedan haberse efectuado en el ámbito de la Unión Europea. De hecho, España se encuentra entre los Estados que han ratificado el Convenio núm. 102 de la OIT, sobre normas mínimas de Seguridad Social (1952), cuyo contenido coincide sustancialmente con la protección reconocida con posterioridad en la Unión Europea.

En este sentido, el sistema español de Seguridad Social ha incorporado la protección frente a las diversas contingencias que pueden afectar a los trabajadores y no sólo frente a las que de forma expresa incorporaba la Constitución Europea. Por otro lado, el alcance de la protección es sumamente amplio en la medida en que la Ley General de Seguridad Social y sus normas de desarrollo no sólo se limitan a reconocer el derecho a prestaciones de carácter económico, sino a las prestaciones de cualquier otro tipo –sanitarias o recuperadoras–, que pueda precisar el trabajador para remediar su situación de necesidad.

Por otro lado, debe señalarse que, conforme a la referencia que la Constitución Europea hacía al derecho a la protección y a las prestaciones establecidas o reguladas por las legislaciones o prácticas nacionales, en el derecho a la Seguridad Social quedaría comprendido el derecho de los ciudadanos comunitarios a las prestaciones de cualquier tipo que cada Estado incluya bajo el concepto de Seguridad Social. Esto es, tanto las prestaciones del nivel contributivo, en el que la protección quedaría vinculada al desarrollo de una actividad concediéndose como contraprestación a las cuotas que aportó el trabajador durante su vida laboral, como las del nivel no contributivo, en el que la protección se vincula a criterios tales como, por ejemplo, la nacionalidad, la residencia, la carencia de ingresos suficientes para subsistir e, incluso,

<sup>14</sup> Así, el artículo II-94 sólo prevé «el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y ... que garantizan una protección en casos como...».

la ausencia o insuficiencia de cotización suficiente para acceder a la protección del nivel contributivo.

### 1.3. Asistencia social y servicios sociales

#### 1.3.1. Consideraciones previas

Por cuanto a la Asistencia Social se refiere, la única mención que efectuaba el texto de la Constitución Europea era la contemplada en el artículo II-94.3, bajo la denominación de «ayuda social». En concreto, reiterando aquí el contenido del artículo 34.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (que a su vez partiría del artículo 13.1 de la Carta Social Europea<sup>15</sup>), establecía dicho precepto que «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 modali-

<sup>15</sup> «Artículo 13. Derecho a la asistencia social y médica. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia social y médica, las Partes Contratantes se comprometen: 1. A velar por que toda persona que no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguirlo por su propio esfuerzo o de recibirlos de otras fuentes, especialmente por vía de prestaciones de un régimen de seguridad social, pueda obtener una asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, los cuidados que exija su estado. 2. A velar por que las personas que se beneficien de tal asistencia no sufran por ese motivo disminución alguna en sus derechos políticos y sociales. 3. A disponer 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. 4. Aplicar las disposiciones mencionadas en los párrafos 1, 2 y 3 del presente artículo, 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».

dades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales».

Por su parte, los servicios sociales aparecían reflejados, junto a la Seguridad Social, en el artículo II-94.1. Reiterando, esta vez, el contenido del artículo 34.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (que a su vez partiría del art. 14 de la Carta Social Europea<sup>16</sup>), señalaba dicho precepto que «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».

Al margen de semejantes previsiones, ninguna otra referencia contenía la Constitución Europea respecto de estos dos mecanismos de protección social. Ello no obstante, tal y como tuvo oportunidad de señalarse en su momento, indirectamente se estaría haciendo referencia a los mismos cada vez que en el texto constitucional aparecía el término «protección social». No en vano, tanto la Asistencia Social como los Servicios Sociales formarían parte, bien que con carácter complementario de la Seguridad Social básica, del sistema de protección social pública.

El reconocimiento expreso de ambos mecanismos de protección social no suponía, tampoco aquí, una novedad de la Constitución

<sup>16</sup> «Artículo 14. Derecho a los beneficios de los servicios sociales. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a beneficiarse de los servicios sociales, las Partes Contratantes se comprometen: 1. A fomentar u organizar servicios que, utilizando los métodos de un servicio social, contribuyan al bienestar y al desarrollo de los individuos y de los grupos en la comunidad, así como a su adaptación al medio o entorno social. 2. A estimular la participación de los individuos y de las organizaciones benéficas o de otra clase en la creación y mantenimiento de tales servicios».

Europea pues se reiteraban las previsiones contenidas ya en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Con todo, debe destacarse que, de forma expresa, uno y otro mecanismo de protección social, aparecían contemplados por vez primera en el Derecho Originario. Y es que, hasta la aprobación del texto constitucional, dichos mecanismos únicamente podían deducirse en cuanto integrados en el genérico concepto de protección social [arts. 2, 117 ó 137.1 c) del Tratado de la Unión en su versión entonces vigente]. Por lo demás, al margen de programas específicos de lucha contra la pobreza, ni la Asistencia Social ni los Servicios Sociales han gozado de articulación normativa alguna en el ámbito de la Unión Europea. De hecho, si el Reglamento 883/2004 alude a la Asistencia Social no es sino para excluirla de su ámbito de aplicación (art. 3.5).

### 1.3.2. Alcance y contenido

#### A. Asistencia social

Como indicaba el artículo II-94.3, el objetivo fundamental de las ayudas allí previstas era el de «combatir la exclusión social y la pobreza». Aspectos éstos, especialmente el primero de ellos, que, a diferencia de la propia protección asistencial en sí, aparecían contemplados en otros preceptos de la propia Constitución por referencia al territorio de la Unión [en concreto, por lo que a la exclusión social se refiere, arts. I-3.3, III-117, III-210.1 j)].

Desde el punto de vista subjetivo, sujeto activo del presente mecanismo de protección social sería, de entrada, la propia Unión Europea quien, al igual que sucede en materia de Seguridad Social, «reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y de vivienda». Ha de advertirse, sin embargo, que los verdaderos protagonistas en materia de protección social pública siguen siéndolo los propios Estados miembros. Siendo ello así, por más que la Constitución lo tuviera en cuenta, al

menos formalmente, el papel de la Unión seguirá siendo limitado en la materia.

Sujetos pasivos de las ayudas previstas serían «todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes». Como podía apreciarse, de la sola expresión «todos» parecería reconocerse aquí un derecho subjetivo universal a la Asistencia Social, ya sea por referencia a los ciudadanos de la Unión, como también por referencia a quienes no lo sean; incluso, dada la ausencia de referencias a la legalidad (cual ocurría en el apartado segundo del artículo II-94), a quienes no residieran legalmente en el territorio de la Unión. Derecho subjetivo universal, en cualquier caso, que contrastaría, en cambio, con la delimitación subjetiva que de la Seguridad Social se contenía en el propio precepto, ya sea por defecto (apartado primero del art. II-94, en el que nada se indicaba de forma expresa al respecto), ya sea por exceso (apartado segundo del art. II-94, en el que sus únicos destinatarios eran quienes residan legalmente en el territorio de la Unión y se desplazasen por él).

Nada se indica, por lo demás, respecto de qué debía entenderse por recursos (económicos o no) suficientes, como tampoco la forma de proceder a su cálculo. A lo que parece, tanto en éste como en los demás temas, habría de estarse, tal y como ocurre ahora, a lo que, en cada supuesto, viniera determinado por las legislaciones nacionales. En cualquier caso, la carencia de estos recursos, por otra parte característica tradicional de la Asistencia Social, limitaría a buen seguro el acceso a la protección social que se contemplaba.

Nada se decía, tampoco, respecto del concreto contenido mínimo que debía alcanzar la ayuda social en cuestión, como tampoco la ayuda de vivienda, mecanismos ambos que perfectamente podían quedar encuadrados en el concepto de Asistencia Social. Ello no obstante, pese a que expresamente se ha renunciado a concretar dicho contenido mínimo, del propio articulado parecía desprenderse que dicho contenido debiera de servir, al

menos, para combatir, mediante la dispensación de recursos (no necesariamente económicos) suficientes, la exclusión social y la pobreza en la que se hallarían inmersos sus potenciales destinatarios tratándoles de garantizar con ello una «existencia digna».

En cualquier caso, parece evidente que el alcance de la Asistencia Social en el ámbito de la Unión no debiera quedar agotada por los dos mecanismos expresamente previstos en el artículo II-94.3, resultando perfectamente admisibles otros distintos. Nada impide, a su vez, que, en tanto subsista a consecuencia de la falta de recursos económicos suficientes la situación de exclusión social o pobreza que se trata de combatir, la protección de asistencia social a dispensar se mantenga en el tiempo.

En fin, como puede apreciarse, el alcance y contenido del precepto que ahora se comenta no quedó demasiado perfilado. De ahí que se eche de menos una mayor concreción al respecto. Con todo, por más que pueda parecer decepcionante, tanto en este punto como en otros tantos afectantes a los derechos sociales, la Constitución hizo lo que pudo. Así las cosas, debían ser los Estados miembros quienes, en último término, determinarían no sólo el ámbito subjetivo de la protección, sino también su particular contenido y alcance.

## B. Servicios sociales

Sin lugar a dudas, de los diversos mecanismos que integraban el sistema común de protección social que cabía intuir del articulado de la Constitución Europea, el de los Servicios Sociales es el que se hallaba contemplado de manera menos precisa. A tal efecto, poco o nada parecía aportar el artículo II-94.1.

De entrada, los Servicios Sociales no parecían atender a otro objetivo que no fuera el de complementar a las prestaciones de Seguridad Social en casos tales como, por ejemplo, «la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así

como en caso de pérdida de empleo». Sobre esta base común, nada impediría, sin embargo, que dichos servicios pudieran operar, perfectamente, respecto de otras contingencias distintas.

Por lo que se refiere a su ámbito subjetivo, el sujeto pasivo era aquí, también, la Unión quien, al igual que sucedía en materia de Seguridad Social y Asistencia Social, «reconoce y respeta el derecho ... a los servicios sociales» (nacionales). Por tal motivo, también aquí los verdaderos protagonistas seguirán siendo los propios Estados miembros. De ahí que el papel de la Unión siga siendo ciertamente limitado, por no decir nulo. Nótese que, como en su día hiciera la Carta Social Europea (art. 14.1), el precepto en cuestión ni siquiera trataba de «fomentar u organizar servicios que, utilizando los métodos de un servicio social, contribuyan al bienestar y al desarrollo de los individuos y de los grupos en la comunidad, así como a su adaptación al medio o entorno social».

Frente a la declaración subjetiva prácticamente universal en materia de Asistencia Social, nada se indicaba, por lo demás, respecto de los posibles sujetos destinatarios de estos servicios. A lo que parece, por su ubicación sistemática junto al derecho de la Seguridad Social, dichos sujetos serían los mismos que podrían acceder a las prestaciones de la Seguridad Social respecto de las diversas contingencias que se enumeraban. Ello no obstante, resultaría perfectamente admisible que pudieran acceder a los mismos otros sujetos distintos, se hallasen incluidos o no en los sistemas nacionales de Seguridad Social.

Cuál pudiera ser el alcance y contenido de los Servicios Sociales era otra de las incógnitas, como también los instrumentos arbitrados a tal efecto. De ahí que, por referencia o no a las contingencias expresamente señaladas, resultasen admisibles muy diversas hipótesis, incluida la colaboración de instituciones privadas, con o sin ánimo de lucro. En este último sentido, adviértase cómo en la

Carta Social Europea las Partes Contratantes quedaban comprometidas a «estimular la participación de los individuos y de las organizaciones benéficas o de otra clase en la creación y mantenimiento de tales servicios» (art. 14.2).

En cualquier caso, en las Declaraciones anexas al Acta final de la Conferencia Intergubernamental y Acta final se aclaraba que «la referencia a servicios sociales se refiere a los casos en que dichos servicios se han establecido para garantizar determinadas prestaciones pero de ninguna manera implica que dichos servicios deban ser creados cuando no existen». Siendo ello así, en esta materia muy especialmente habrá de estarse a lo que dispongan las legislaciones y prácticas nacionales.

Con todo, no dejaba de resultar interesante la expresa mención de los servicios sociales en el texto de la Constitución Europea. Ello no obstante, hubiera parecido conveniente que su tratamiento se hubiera llevado a cabo, de forma independiente, en todo caso, en apartado distinto del de la Seguridad Social.

#### 1.4. Delimitación de competencias en materia de protección social

Tras una primera aproximación a los mecanismos que integraban el sistema común de protección social público europeo, cabría plantearse a continuación cómo incidía la Constitución Europea en las competencias de los Estados miembros sobre esta materia. Esto es, si se produce una modificación del ámbito de competencias tradicionalmente reconocidas a la Unión y a los Estados miembros.

Por lo que a la Seguridad Social se refiere, sabido es que su particular regulación se halla vinculada al territorio de cada Estado<sup>17</sup>,

<sup>17</sup> En este sentido se afirma que «cada Estado establece cuáles son los ámbitos de actuación y el campo de

de forma que éste es competente para determinar el alcance de la protección. Por cuanto a nosotros interesa, buena muestra de esta afirmación se encuentra en la Ley General de Seguridad Social cuyo artículo 7 vincula su protección a quienes residan (y en su caso trabajen) en territorio español. Y este es un principio común a todos los Estados, ya que las normas de Seguridad Social suelen presentar un carácter marcadamente territorialista que únicamente cede por la aplicación de las normas comunitarias que tienen por objeto garantizar el derecho fundamental a la libre circulación de trabajadores.

Por su propia configuración y naturaleza, el principio de territorialidad es la regla, también, en materia de Asistencia Social y Servicios Sociales. De hecho, como ha tenido ocasión de señalarse ya, la Asistencia Social aparece expresamente excluida del ámbito de aplicación del Reglamento 883/2004.

La Constitución Europea incluyó en su articulado algunos preceptos relativos tanto a las materias sobre las que la Unión se reservaba competencia exclusiva (art. I-13) como a las materias en las que existía una competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros (art. I-14.2). En lo que se refiere a estas últimas, el artículo I-14.2 determinaba como tal a «b) la política social». Lo que, por cuanto aquí interesa, venía a significar que, tanto la Unión como los Estados miembros disponían de un ámbito específico y compartido de competencias en materia de política social, materia en la que, ya de entrada, cabría adscribir, en una primera aproximación meramente intuitiva, a la protección social y, por ende, a la Seguridad Social, la Asistencia Social y los Servicios Sociales.

aplicación de sus sistemas de protección; de modo que los efectos de ésta cesan cuando se cruzan las fronteras para vivir en otro Estado diferente»: OJEDA AVILÉS, A., GORELLI HERNÁNDEZ, J., «La asistencia social en la Constitución Europea», ob. cit., pág. 1265.

Ahora bien, nótese cómo esta primera aproximación quedaba refrendada por el propio artículo I-14-2 el cual remitía a la política social en los «aspectos definidos en la Parte III» de la Constitución. A tal efecto no está de más recordar que la Sección segunda del Capítulo III (Políticas en otros ámbitos) del Título III (Políticas y acciones internas) de la Parte III (De las políticas y el funcionamiento de la Unión) llevaba por título «Política Social». Y, más concretamente, por cuanto aquí interesa, la protección social aparecía expresamente citada en los artículos III-209 y III-210.

Así, con carácter general, el artículo III-209 señalaba que «La Unión y los Estados miembros ... tendrán como objetivo ... una protección social adecuada ... y la lucha contra las exclusiones»; a tal fin, «La Unión y los Estados miembros actuarán teniendo en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales». Aunque con terminología distinta, el último párrafo de este precepto aludía, también a la «armonización de los sistemas sociales».

Por su parte, a fin de alcanzar los objetivos señalados en dicho precepto, el artículo III-210.1 aludía, de forma expresa, a la posibilidad de que la Unión apoyase y complementase la acción de los Estados miembros en determinados ámbitos. En concreto, dichos ámbitos harían referencia a «seguridad social y la protección social de los trabajadores» [art. III-210.1 c)], a «la lucha contra la exclusión social» [art. III-210.1 j)] y a «la modernización de los de sistemas de protección social, sin perjuicio de la letra c)» [art. III-210.1 k)].

Si bien se mira, aun cuando no se citaban de forma expresa, se hallaban incluidos aquí los distintos mecanismos que integran la protección social en su conjunto, incluidos la Asistencia Social y los Servicios Sociales. Pese a que no existía mención expresa a estos últimos y sí a la Seguridad Social, ambos mecanismos quedarían integrados en los apartados j) y k). En el primer supuesto, por-

que la Asistencia Social aparecía expresamente configurada en el artículo II-94.3 con el específico objetivo de combatir la exclusión social; en el segundo, porque la protección social a la que se estaría aludiendo por referencia a su modernización sería aquella que no constituyera Seguridad Social.

Siendo ello así, dicho apoyo y complemento en materia de protección social debería llevarse a cabo a través de la aprobación de leyes o de leyes-marco [art. III-210.2 a) y b)], conceptos que, en la terminología actualmente vigente, harían referencia a los Reglamentos y Directivas que ya conocemos.

De entrada, dichas normas estarían destinadas a establecer medidas con las que «fomentar la cooperación entre los Estados miembros mediante iniciativas para mejorar los conocimientos, desarrollar el intercambio de información y buenas prácticas, promover planteamientos innovadores y evaluar experiencias, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros». Las leyes marco europeas podrían, incluso, «establecer normas mínimas que habrán de aplicarse progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y reglamentaciones técnicas existentes en cada Estado miembro».

Ahora bien, esta última posibilidad únicamente se contemplaría respecto de los ámbitos mencionados en las letras a) a i) del artículo III-210.1, ámbitos que quedarían al margen de las materias que aquí interesan. Es más, en materia de Seguridad Social, el artículo III-210.3 limitaba la posibilidad de aprobar leyes o leyes marco europeas al exigir su adopción «por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo, al Comité de las Regiones y al Comité Económico y Social».

En definitiva, la situación que preveía la fallida Constitución Europea, parecía imponer importantes trabas a la posibilidad de que la Unión pudiera llevar a cabo una auténtica armonización de los sistemas públicos de

protección social nacionales que supondría la alteración de «las regulaciones estatales (...) para resultar conformes a la legislación comunitaria»<sup>18</sup>. Por ello, continúa en manos del legislador nacional la regulación de la protección social en sus distintos ámbitos. El único límite al respecto sería, como hasta ahora, el establecimiento de normas mínimas en materia de Seguridad Social promulgadas por el legislador comunitario tendentes a garantizar una protección lo más similar posible para todos los ciudadanos comunitarios mediante la coordinación de los diversos sistemas de Seguridad Social existentes en el ámbito de la Unión Europea.

### 1.5. Comité de Protección Social

En fin, como tuvo ocasión de señalarse en su momento, la existencia de un sistema público de protección social común en el ámbito europeo se refrendaba por la figura del Comité de Protección Social. A tal efecto, disponía el artículo III-217 que «el Consejo adoptará por mayoría simple una decisión europea por la que se cree un Comité de Protección Social, de carácter consultivo, para fomentar la cooperación en materia de protección social entre los Estados miembros y con la Comisión».

En realidad, dicho Comité ya había sido creado por Decisión del Consejo 2000/436/CE, de 29 de junio de 2000<sup>19</sup>. Precisamente por ello, el mismo aparecía contemplado ya en el artículo 144 del Tratado de la Unión. Básicamente, se reiteraba en el precepto constitucional mencionado, cuanto dicho precepto establecía, de ahí que su expresa inclusión en la Constitución Europea no resultara novedosa. De hecho, sus funciones seguían siendo las mismas: «a) supervisar la situación social

y la evolución de las políticas de protección social de los Estados miembros y de la Unión; b) facilitar el intercambio de información, experiencias y buenas prácticas entre los Estados miembros y con la Comisión; c) sin perjuicio del artículo III-344, elaborar informes, emitir dictámenes o emprender otras actividades en los ámbitos referentes a sus atribuciones, ya sea a petición del Consejo o de la Comisión, ya sea por propia iniciativa».

## 2. LA ARTICULACIÓN DE LA PROTECCIÓN SOCIAL EN EL TRATADO DE LISBOA

### 2.1. Introducción

Con la promulgación del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, se han introducido ciertas previsiones que afectan de forma específica al ámbito de la protección social en el espacio comunitario. Tales modificaciones se llevan a efecto al incidir sobre la propia articulación de la protección que en este ámbito recogían los Tratados constitutivos afectados por el de Lisboa.

Aunque en la parte del estudio dedicada al análisis de la protección en la Constitución Europea ya se abordó el tratamiento que la misma hacía tanto de la Seguridad Social como de la asistencia y los servicios sociales, el análisis del sistema de protección social en el Tratado de Lisboa se centra en exclusiva en el aspecto concreto de Seguridad Social. Repárese que ninguna referencia se contiene en la versión consolidada de los Tratados ni a la asistencia social ni a los servicios sociales.

En efecto, la única referencia relevante a los servicios sociales es la que se contiene en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su versión de 12 de diciembre de 2007, que entró en vigor tras la

<sup>18</sup> Definición de armonización dada por OJEDA AVILÉS, A., GORELLI HERNÁNDEZ, J., «La asistencia social en la Constitución Europea», ob. cit., pág. 1266.

<sup>19</sup> DOL núm. 172, de 12 de julio de 2000.



aprobación del Tratado de Lisboa, sustituyendo a la Carta de Derechos Fundamentales de 2000. La Carta de los Derechos Fundamentales se limita a reiterar las previsiones de la Constitución Europea sobre la materia. En particular el reconocimiento expreso por la Unión del «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» (art. 34.1), por lo que pueden darse aquí por reproducidas las reflexiones que se hicieron en páginas anteriores sobre el alcance de la protección de carácter asistencial.

## 2.2. Seguridad Social

### 2.2.1. Consideraciones previas

Sabido es que inicialmente la Seguridad Social se configuraba en el Derecho comunitario como un mero instrumento al servicio de un derecho fundamental, cual era la libre circulación de trabajadores<sup>20</sup>. Tal configuración inicial de la protección social en el ámbito comunitario fue evolucionando hasta llegar a constituir una materia objeto de regulación específica a través de los distintos Reglamentos de coordinación que se han sucedido.

En la actualidad, la protección social, en su más amplia acepción, se erige en uno de los objetivos de la Unión, al establecerse en el artículo 3.3 del Tratado de la Unión Europea (versión consolidada) que ésta «combatirá la

exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la *protección sociales*, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño».

Al tiempo, en el Título II, dentro de las Disposiciones de Aplicación General, el Tratado de Lisboa ha añadido un nuevo artículo, el 5 bis, donde se prevé de manera expresa la obligación de la Unión al definir y elaborar sus políticas y acciones a tener presente la debida garantía de una protección social adecuada<sup>21</sup>.

De esta forma, se abandona en cierto modo la tradicional configuración instrumental de la protección social, a fin de convertirla en un conjunto de medidas que llegan incluso a condicionar las propias acciones y políticas que se adopten en el seno de la Unión.

No obstante lo anterior, y a pesar de que sea posible apreciar una tímida incursión en la regulación de las medidas de Seguridad Social, como un derecho específico de los ciudadanos comunitarios, lo cierto es que tal papel instrumental sigue presente en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, como claramente se pone de manifiesto al preverse la posibilidad de que el Consejo adopte, con arreglo a un procedimiento legislativo especial, medidas sobre seguridad social o protección social *a los efectos de garantizar a todo ciudadano de la Unión su derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros*, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación (art. 21 TFUE, antiguo artículo 18 TCE).

<sup>20</sup> Así, el Tratado constitutivo disponía, artículo 42, que «a fin de establecer la libre circulación de trabajadores, el Consejo crearía un sistema que permitiera garantizar la acumulación de los períodos tomados en cuenta por las legislaciones nacionales, así como conservar el derecho a las prestaciones sociales».

<sup>21</sup> En los términos previstos por el artículo 5 bis (actual artículo 9 en la versión consolidada) «En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana».

### 2.2.2. Alcance y contenido de la protección

Aparentemente, conforme a lo que se acaba de exponer, la Seguridad Social asume un papel primordial en el Tratado de Lisboa, sin embargo, como se verá a continuación, lo cierto es que muy pocos cambios ha introducido el Tratado con respecto a las previsiones existentes con anterioridad a su entrada en vigor. De hecho, puede incluso afirmarse, que se ha producido un cierto retroceso si se compara su regulación actual, con la que se contenía en la Constitución Europea. Y es que, de nuevo, el legislador comunitario ha perdido la oportunidad de avanzar de forma determinante en la unificación, que no coordinación, de la protección en materia de Seguridad Social<sup>22</sup>.

En nada difiere, por tanto, el sistema de protección social previsto tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. El artículo 48 (antiguo artículo 42 TCE), incluido en el Capítulo 1 (Trabajadores) del Título IV (Libre circulación de personas, servicios y capitales), prevé que el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adopten «en materia de seguridad social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, creando, en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes por cuenta ajena y por cuenta propia, así como a sus derechohabientes: a) 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; b) el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros».

<sup>22</sup> Así lo pone de manifiesto, de forma acertadamente crítica, ROMÁN VACA, E., «una visión negativa: el Tratado de Lisboa y la normativa comunitaria de Seguridad Social o la renuncia a un Sistema europeo de Seguridad Social», <http://www.aesss.org/wp-content/uploads/2010/02/Com.I.Rom%c3%a1n.doc>.

Esto es, nos encontramos, de nuevo, con un sistema de Seguridad Social de carácter contributivo, en el que la protección se vincula a la prestación de servicios, por cuenta propia o ajena, y en que se garantizan dos derechos básicos en esta materia: la totalización de períodos de cotización y el abono de prestaciones en el Estado de residencia del trabajador.

Al tiempo, la Seguridad Social, como venimos reiterando y se analizará más adelante, cumple con estas previsiones su función primordial de garantizar la libre circulación de trabajadores en el espacio comunitario. Sin embargo, no se agota su problemática con la sola garantía del ejercicio del derecho a la libre circulación, sino que, como se ha puesto de manifiesto, «hay dos cuestiones más en el contexto comunitario que inciden en la inquietud que provoca la ordenación de las Seguridad social en general. La primera resulta del *nuevo concepto de movilidad*, que incluye a los nacionales de terceros países, a quienes no se les puede impedir trabajar en un Estado miembro si residen legalmente en el mismo; y, en segundo lugar, y relacionada con la anterior, se refiere a la inclusión de personas no económicamente activas, quienes circulan pero no son trabajadores, y son potenciales beneficiarios de las prestaciones no contributivas»<sup>23</sup>.

Como puede apreciarse, la ordenación de la Seguridad Social en el ámbito comunitario no ha sido prácticamente objeto de modificación. En cambio, las modificaciones han afectado a los responsables de las decisiones que puedan incidir sobre esta materia. Frente a la regulación inicial contenida en el Tratado de la Comunidad Europea, el protagonismo recae ahora en el Parlamento y en el Consejo que conforme al procedimiento legislativo ordinario, basado en la codecisión por ambos

<sup>23</sup> Véase TORRENTE GARI, S., «La coordinación «modernizada» del Reglamento 987/2009», [http://www.aesss.org/wp-content/uploads/2010/02/Com.III\\_.Torrente.pdf](http://www.aesss.org/wp-content/uploads/2010/02/Com.III_.Torrente.pdf).

órganos, previsto en el artículo 294 TUE (antiguo artículo 251 TCE)<sup>24</sup>.

### 2.2.3. *La posibilidad de «veto estatal» de medidas de Seguridad Social*

Sin duda, la más importante de las novedades en materia de Seguridad Social es la introducida por el Tratado de Lisboa en el artículo 48 (antiguo artículo 42) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

El reconocimiento de la posibilidad de que el Parlamento Europeo y el Consejo, adopten las medidas necesarias en materia de seguridad social a fin de garantizar la libre circulación de los trabajadores, en los términos antes vistos, se completa con la atribución a los Estados miembros de la posibilidad de frenar las medidas que en materia de Seguridad Social pretendan adoptarse por tales Organismos comunitarios.

En particular se prevé que cuando el Parlamento y/o el Consejo decidan la adopción de cualquier medida de Seguridad Social en orden a garantizar la libre circulación de trabajadores, si alguno de los miembros del Consejo entiende que un proyecto de acto legislativo en materia de Seguridad Social puede perjudicar «a aspectos importantes de su sistema de seguridad social, como su ámbito de aplicación, coste o estructura financiera, o afecta al equilibrio financiero de dicho sistema», tal miembro puede pedir la remisión del asunto al Consejo Europeo. En caso de remisión el procedimiento legislativo ordinario, como trámite regulado para la adopción de medidas de Seguridad Social, en los términos antes vistos, queda en suspenso.

A partir de ese momento se abren dos posibilidades para el Consejo Europeo, posibilidad-

des que, previa deliberación en el mismo y en un plazo máximo de cuatro meses, se concretan en:

- a) la devolución del proyecto al Consejo, con lo que se pone fin a la suspensión del procedimiento legislativo ordinario,
- b) el Consejo Europeo no se pronunciará o pedirá a la Comisión que presente una nueva propuesta. En este caso, el acto propuesto inicialmente se considerará no adoptado.

En fin, se introduce de esta forma a través del Tratado de Lisboa una previsión que lejos de avanzar en la coordinación de los sistemas estatales de Seguridad Social, refuerza claramente la competencia de los Estados para configurar su propio sistema de Seguridad Social, impidiendo por la vía prevista la introducción de medidas que puedan alterar sistema de protección. Como se ha señalado, esta regulación comunitaria de la seguridad social puede entrañar importantes consecuencias para los sistemas nacionales de protección, especialmente en lo que refiere al aspecto financiero. Por lo que se establece «una especie de veto que los Estados miembros pueden poner a la intervención comunitaria, que cuando menos conduce a la reconsideración de la propuesta original y que en el caso extremo puede entrañar el rechazo definitivo de las propuestas de la Comisión. Es claramente un instrumento «político» que los Estados miembros se reservan con fines no sólo de salvaguarda de sus prácticas y de sus cuentas financieras sino también de negociación y obtención de compensaciones en el contexto de la acción comunitaria»<sup>25</sup>.

En similares términos, la Declaración relativa a los artículos 48 y 79 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, inclui-

<sup>24</sup> Extensas y acertadas reflexiones sobre este procedimiento de toma de decisiones puede verse en TORRENTE GARI, S., «La coordinación «modernizada» del Reglamento 987/2009», [http://www.aesss.org/wp-content/uploads/2010/02/Com.III\\_Torrente.pdf](http://www.aesss.org/wp-content/uploads/2010/02/Com.III_Torrente.pdf).

<sup>25</sup> GARCÍA MURCIA, J., «Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 y el Tratado de Lisboa», [http://www.aesss.org/wp-content/uploads/2010/02/Pon.I.Garcia\\_Murcia.doc](http://www.aesss.org/wp-content/uploads/2010/02/Pon.I.Garcia_Murcia.doc).

da en la versión consolidada del Tratado, prevé que si un proyecto de acto legislativo basado en el apartado 2 del artículo 79 «perjudica a aspectos fundamentales del sistema de seguridad social de un Estado miembro, como su ámbito de aplicación, coste o estructura financiera, o afecta al equilibrio financiero de ese sistema, según se recoge en el párrafo segundo del artículo 48, se tendrán debidamente en cuenta los intereses de dicho Estado miembro».

### 2.3. Delimitación de competencias en materia de protección social

Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, se atribuyen a la Unión las competencias que le asignan los propios Estados. Así, el artículo 5.1 del Tratado de la Unión Europea (versión consolidada) establece que «la delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad». Por su parte, los apartados 2 y 3 del artículo mencionado disponen que «2. En virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinan. Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros. 3. En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión».

Como se aprecia, las competencias no expresamente atribuidas a la Unión corresponden a los Estados miembros.

La lista de competencias exclusivas de la Unión Europea y las compartidas con los Estados no han sido objeto de modificación, por lo que debe acudir al propio Tratado de la Unión Europea que en este punto continúa inmodificado<sup>26</sup>.

En materia de distribución de competencias, debe estarse a lo dispuesto en los artículos 153 y 156 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada).

En primer término, la previsión del artículo 153 TFUE (antiguo artículo 137 TCE), establece que para la consecución de los objetivos del artículo 151, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en el ámbito, entre otro, de la seguridad social y la protección social de los trabajadores. Señalando a continuación de manera expresa que las disposiciones que se adopten en virtud del presente artículo «no afectarán a la facultad reconocida a los Estados miembros de definir los principios fundamentales de su sistema de seguridad social, ni deberán afectar de modo sensible al equilibrio financiero de éste», ni tampoco «impedirán a los Estados miembros mantener o introducir medidas de protección más estrictas compatibles con los Tratados».

Por su parte, el artículo 156 TFUE (antiguo artículo 140 TCE), dispone que corresponde a la Comisión fomentar la colaboración entre los Estados miembros y facilitar la coordinación de sus acciones en los ámbitos de la política social tratados en el presente capítulo, particularmente en las materias relacio-

<sup>26</sup> A este respecto señala TORRENTE GARI, S., «La coordinación «modernizada» del Reglamento 987/2009», [http://www.aesss.org/wp-content/uploads/2010/02/Com.III\\_Torrente.pdf](http://www.aesss.org/wp-content/uploads/2010/02/Com.III_Torrente.pdf), que «Parece que el objetivo primordial sea impedir que la Unión usurpe competencias estatales; e, incluso, permitir a los Estados recobrar competencias antes atribuidas a la Unión. De ahí que haya que confirmar una interpretación restrictiva del reconocimiento competencial de la Unión, pues los tratados pierden protagonismo a favor de los Estados miembros».

nadas con, entre otras, la Seguridad Social, «a tal fin, la Comisión actuará en estrecho contacto con los Estados miembros, mediante estudios, dictámenes y la organización de consultas, tanto para los problemas que se planteen a nivel nacional como para aquellos que interesen a las organizaciones internacionales, en particular mediante iniciativas tendentes a establecer orientaciones e indicadores, organizar el intercambio de mejores prácticas y preparar los elementos necesarios para el control y la evaluación periódicos. Se informará cumplidamente al Parlamento Europeo. Antes de emitir los dictámenes previstos en el presente artículo, la Comisión consultará al Comité Económico y Social».

Nuevamente debe llamarse la atención acerca del hecho de que no se ha aprovechado la posibilidad de introducir reformas en este punto concreto con el Tratado de Lisboa. Como hemos señalado, no se ha producido en este punto avance alguno en la atribución de competencias más amplias a favor de la Unión en materia de Seguridad Social, lo que de seguro, supondría un importante paso en la armonización de los distintos sistemas estatales de Seguridad Social. Al contrario, se mantiene la facultad ya reconocida a los Estados miembros de definir los principios fundamentales de su sistema de seguridad social, e incluso, como se ha visto, de vetar la adopción de actos legislativos en materia de Seguridad Social que pudieran afectar al equilibrio financiero de los sistemas de protección estatales.

#### 2.4. Libre circulación de trabajadores y protección social<sup>27</sup>

Uno de los problemas de la Seguridad Social cuando se analiza desde la perspectiva

<sup>27</sup> Dado que este tema desborda el objeto del presente estudio, simplemente se apuntan aquí unas brevísimas reflexiones acerca de la incidencia del Derecho a la protección social y la libre circulación de trabajadores.

comunitaria es su carácter marcadamente territorialista, es decir, la aplicación de la norma en el territorio en el que se promulga y su inaplicación cuando el trabajador sale del territorio en cuestión. Esta circunstancia puede dificultar la consecución del derecho fundamental de los trabajadores a la libre circulación<sup>28</sup>.

Precisamente el tratar de evitar que los derechos en materia de Seguridad Social se erijan en una barrera que dificulte la libre circulación de trabajadores, se convierte en uno de los objetivos fundamentales de las normas comunitarias la Seguridad Social. Para ello, el artículo III-136 de la Constitución Europea preveía de forma expresa la promulgación de una ley o de una ley-marco europea que estableciera las medidas necesarias para crear un sistema que garantizase los derechos de los trabajadores en materia de Seguridad Social.

La movilidad geográfica entre Estados se consigue mediante la plasmación de varios principios de Seguridad Social:

- igualdad de trato,
- unicidad normativa,
- totalización de los períodos de cotización acreditados en los Estados en los que ha prestado servicios el trabajador,
- exportación de prestaciones, salvo las no contributivas de carácter especial (art. 7 Reglamento 883/2004),
- prorrateo de prestaciones y
- cooperación entre las Administraciones de Seguridad Social de los Estados involucrados.

<sup>28</sup> Sobre esta cuestión con amplitud SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., *La aplicación del Derecho Comunitario a las prestaciones especiales no contributivas*, Comares, Granada, 1997. También FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., «Las prestaciones especiales en metálico no contributivas a partir de la entrada en vigor del Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de abril», [http://www.aesss.org/wp-content/uploads/2010/02/Com.III\\_.Orrico.doc](http://www.aesss.org/wp-content/uploads/2010/02/Com.III_.Orrico.doc).

La característica común a estos principios es que posibilitan la efectividad del derecho a la movilidad de los trabajadores en el espacio comunitario, sin que ello se traduzca en una disminución o en una pérdida de derechos en materia de Seguridad Social. El alcance de los principios antes mencionados se hallaba regulado en el Reglamento 1408/71, 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, el Reglamento 1408/71, que ha estado vigente durante más de 30 años, ha sido sustituido por el Reglamento 883/2004, de 28 de abril, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social<sup>29</sup>, que a su vez, ha sido desarrollado por el Reglamento 987/2009. El Reglamento 883/2004 modifica de forma sustancial alguna de las más importantes previsiones que contenía el Reglamento 1408/71, aunque su finalidad continúa siendo la misma que justificó la aprobación del reglamento de 1971, coordinar los sistemas de Seguridad Social de los Estados comunitarios, evitando que el ejercicio de la libre circulación de trabajadores entre Estados miembros implique disminución alguna de la protección frente a los riesgos sociales o suponga la pérdida de derechos de carácter social.

Así, en este sentido, el Considerando 4 del Reglamento 883/2004 se refiere a la necesidad de «respetar las características especiales de las legislaciones nacionales en materia de Seguridad Social y establecer únicamente un sistema de coordinación».

En lo que respecta a la Asistencia Social, sabido es ya que el artículo 3.5 del Reglamen-

<sup>29</sup> Una extensa exposición del contenido del Reglamento puede verse en ROMÁN VACA, E., «Breve reflexión (crítica) a propósito del Reglamento CE 883/2004», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 64, 2006. Del mismo autor, «Una visión negativa: el Tratado de Lisboa y la normativa comunitaria de Seguridad Social o la renuncia a un Sistema europeo de Seguridad Social», <http://www.aesss.org/wp-content/uploads/2010/02/Com.I.Rom%c3%a1n.doc>.

to 883/2004 de su ámbito de aplicación, por lo que los Estados tendrían total libertad para determinar el ámbito subjetivo de la protección (ya sea por referencia a los ciudadanos comunitarios o extracomunitarios), para establecer los requisitos que se estimen convenientes en orden a su reconocimiento y al mantenimiento de la prestación o, incluso, para determinar que tales prestaciones una vez reconocidas no sean exportables.

Sin embargo, como se ha puesto de manifiesto, la exclusión de la Asistencia Social del ámbito de aplicación del Reglamento 883/2004 no está exenta de interrogantes. El más importante de todos ellos sería el que se refiere a la propia definición del contenido del concepto «Asistencia Social», cuestión ésta que no estaría clara ni en las normas estatales, ni en las comunitarias, ni tampoco en la jurisprudencia comunitaria<sup>30</sup>. Y el interrogante no es baladí, ya que debe tenerse en cuenta que afecta a la propia configuración de la protección y que, en ocasiones, podría dar lugar a que, fruto de esa confusión conceptual, algún Estado pudiera excluir, indebidamente, del ámbito de aplicación del Reglamento 883/2004 prestaciones que no son realmente Asistencia Social, sino Seguridad Social en sentido estricto.

### 3. CONCLUSIONES

A pesar del intento de formulación constitucional de la protección social y de la promulgación del Tratado de Lisboa, no se aprecia que se haya dado un mayor protagonismo que el que ostentaba hasta ahora la Unión en materia de protección social. Al contrario, los protagonistas en la articulación del sistema de protección social continuarían siendo los Estados, quedando en manos de las instituciones comunitarias competentes la coordina-

<sup>30</sup> Una aproximación al problema sobre el tema por cuanto aquí interesa OJEDA AVILÉS, A., GORELLI HERNÁNDEZ, J., ob. cit.

ción de los diversos sistemas estatales vigentes de protección social. Por ello, la pretendida armonización e, incluso yendo aún más lejos, la unificación entre sistemas de protección social que sería deseable en un espacio único de derechos y libertades, parece difícil de conseguir a corto plazo. De hecho, los propios Estados se muestran reacios a aceptar modificaciones en sus sistemas de protección que supongan una alteración sustancial de los mismos<sup>31</sup>.

Lejos de producirse avances en el mayor protagonismo que debería asumir la Unión en esta materia, la atribución del derecho de veto a los Estados miembros refuerza la apreciación de que se ha producido un cierto retro-

ceso en lo que a la necesaria armonización se refiere.

Un elemento añadido a la dificultad de lograr la armonización-unificación de los sistemas de protección social se encuentra en la incorporación de nuevos Estados con sus propios sistemas nacionales y su limitada disponibilidad económica para responder a las necesidades de sus ciudadanos. Probablemente, a corto y medio plazo, la acción normativa de la Unión sobre esta materia vaya más orientada a coordinar los sistemas de protección de los Estados de nueva incorporación que a elaborar leyes o leyes-marco europeas para armonizar las legislaciones estatales de protección social.

---

<sup>31</sup> Un excelente análisis en materia de armonización de los sistemas sociales de protección social en el marco de la Unión Europea puede consultarse en MIRANDA BOTO, J.M., *Las competencias de la Comunidad Europea en materia social*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pág. 242 y ss.; respecto de la articulación de dichos sistemas *vid. ibidem* pág. 264 y ss.; y, en fin, en materia de coordinación de sistemas *vid.*, también, *ibidem* pág. 364 y ss.

**RESUMEN** A pesar del intento de formulación constitucional de la protección social y de la promulgación del Tratado de Lisboa, no se aprecia que se haya dado un mayor protagonismo que el que ostentaba hasta ahora la Unión Europea en materia de protección social. Al contrario, los protagonistas en la articulación del sistema de protección social continuarían siendo los Estados, quedando en manos de las instituciones comunitarias competentes la coordinación de los diversos sistemas estatales vigentes de protección social. Por ello, la pretendida armonización e, incluso yendo aún más lejos, la unificación entre sistemas de protección social que sería deseable en un espacio único de derechos y libertades, parece difícil de conseguir a corto plazo. De hecho, los propios Estados se muestran reacios a aceptar modificaciones en sus sistemas de protección que supongan una alteración sustancial de los mismos. Lejos de producirse avances en el mayor protagonismo que debería asumir la Unión en esta materia, la atribución del derecho de veto a los Estados miembros refuerza la apreciación de que se ha producido un cierto retroceso en lo que a la necesaria armonización se refiere. Un elemento añadido a la dificultad de lograr la armonización-unificación de los sistemas de protección social se encuentra en la incorporación de nuevos Estados con sus propios sistemas nacionales y su limitada disponibilidad económica para responder a las necesidades de sus ciudadanos. Probablemente, a corto y medio plazo, la acción normativa de la Unión sobre esta materia vaya más orientada a coordinar los sistemas de protección de los Estados de nueva incorporación que a elaborar leyes o leyes-marco europeas para armonizar las legislaciones estatales de protección social. Tomando como referencia el camino recorrido al respecto desde el fallido intento de Constitución Europea hasta la aprobación del Tratado de Lisboa de todo ello trata de darse cuenta en el presente trabajo.

**ABSTRACT** Despite the attempt to formulate social protection constitutionally and the enactment of the Treaty of Lisbon, the European Union does not seem to have acquired more prominence than before in the area of social protection. On the contrary, States continue to be the main actors in the articulation of the social protection system, while relevant Community institutions are in charge of coordinating the different state social protection schemes. That is why, the sought-after harmonisation, and even further, the unification of social protection systems –which would be desirable in a unique space of rights and liberties– are difficult to achieve short-term. In fact, States themselves are reluctant to accept any changes in their protection systems that would imply a substantial alteration. Far from progress being made in the more predominant role the European Union should play in this field, the right of veto accorded to Member States reinforces the perception that a certain retreat has taken place with regards to the necessary harmonisation. A further element related to the struggle to obtain harmonisation-unification of social protection systems is the enlargement of the EU, i.e. new States with their own national systems and their limited economic availability to respond to their citizens' needs. It is likely that, short- and medium-term, the EU legislative action in this area will be more related to coordinating new States' protection systems than to drawing up laws or European framework laws to harmonise national social protection laws. This paper deals with these issues taking as reference the road travelled from the failed attempt of a European Constitution to the approval of the Treaty of Lisbon.





## II. Legislación



# Crónica legislativa: la materia social en los Tratados constitutivos

YOLANDA MANEIRO VÁZQUEZ\*

---

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN: EVOLUCIÓN DE LA MATERIA SOCIAL EN LOS TRATADOS.—EL TRATADO DE LA COMUNIDAD EUROPEA DEL CARBÓN Y DEL ACERO.—EL TRATADO CONSTITUTIVO DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA.—EL TRATADO DE LA COMUNIDAD EUROPEA DE LA ENERGÍA ATÓMICA.—EL ACTA ÚNICA EUROPEA.—EL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA.—EL TRATADO DE ÁMS-TERDAM.—EL TRATADO DE NIZA.—EL FRACASADO INTENTO DE ALCANZAR UNA CONSTITUCIÓN PARA EUROPA.

## INTRODUCCIÓN: EVOLUCIÓN DE LA MATERIA SOCIAL EN LOS TRATADOS

**E**l proceso de construcción de la materia social en el ordenamiento de la Unión Europea no ha sido lineal ni armonioso, sino que, por el contrario, ha estado sujeto a numerosas vicisitudes. La influencia de la política no ha de ser ignorada a la hora de examinar este recorrido histórico, iniciado en 1951 con el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero<sup>1</sup>.

---

\* Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Santiago de Compostela.

<sup>1</sup> Cfr. A. MARTÍN VALVERDE, «Los derechos de los trabajadores en el ordenamiento comunitario: del Tratado de Roma a la Constitución Europea», *Actualidad Laboral*, 2004, nº 19, p.2284: «Un segundo enfoque, que podemos llamar histórico-jurídico, se propone describir no el resultado de la evolución del ordenamiento comunitario en el campo de los derechos laborales, sino la evolución misma (...). Aspira a ofrecer una película o al

El Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007 y en vigor desde el 1 de diciembre de 2009, constituye el último gran paso dado, hasta el momento, en el proceso de integración europea. Modifica la estructura de las instituciones europeas y sus métodos de trabajo, para que puedan dar mejor servicio a la democracia y a los valores fundamentales de la Unión. Lo que hay de novedoso en él en materia social viene a añadirse a lo regulado en los anteriores tratados constitutivos.

## EL TRATADO DE LA COMUNIDAD EUROPEA DEL CARBÓN Y DEL ACERO

La firma del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero puso en mar-

---

menos una sucesión de instantáneas que nos pueden dar idea de cómo se ha formado y desarrollado esta rama del Derecho comunitario».

cha la deseada idea de integración europea. Este Tratado, emanado del Plan Schuman de 9 de mayo de 1950, se mantuvo en la concepción propia de su época, que no separaba entre la económica y la social. Aunque, materialmente, el contenido social del TCECA es más bien escaso, si se compara con tratados posteriores, resultó, por el contrario, considerablemente avanzado en este ámbito para su época. Su principal valor fue alcanzar resultados concretos, al alejarse de otras aspiraciones más genéricas y elevadas, para centrarse en un sector muy específico, limitando e intensificando sus poderes, a diferencia de lo que ocurrió con el futuro Tratado CEE<sup>2</sup>.

La unidad entre la concepción económica y social puede apreciarse con claridad en varios de sus artículos. Así, el artículo 2 TCECA, dedicado a los fines de la Comunidad, se refería a la expansión económica, el desarrollo del empleo y la mejora del nivel de vida en los Estados miembros, garantizando la continuidad del empleo a pesar de las importantes transformaciones que se esperaba que sucedieran. El artículo 3 TCECA, sobre las tareas de las instituciones comunitarias, incluía en su letra e) la promoción de la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de la mano de obra en las empresas situadas en su ámbito de actuación. Esta misma idea se repite en el artículo 3.e TCECA, relativo a las atribuciones de las Instituciones de la CECA, al incluir, entre otras, la de «promover la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, permitiendo su equiparación en el progreso en todas las industrias»; así como en el artículo 46.5 TCECA, en el que señalaba que los organismos comunitarios podrán «reunir las informaciones necesarias para la evaluación de las posibilidades de mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores de las industrias del sector y de los riesgos que amenacen estas condiciones de

vida». A su vez, el artículo 6 TCECA proclamaba la personalidad jurídica de la Comunidad, de la cual se derivarían sus competencias en materia de relaciones exteriores.

Figuraban a continuación las disposiciones institucionales que regulaban el funcionamiento de la Alta Autoridad, actualmente la Comisión, a la que se le atribuyeron algunas funciones en materia social, si bien las más importantes continuaban en manos de los Estados miembros<sup>3</sup>. A ella se vinculaba un Comité consultivo de marcado carácter social, cuyo funcionamiento regulaban las disposiciones institucionales siguientes. El Título III contenía las «Disposiciones económicas y sociales» del Tratado, en las que los objetivos sociales aparecían subordinados o como un medio para alcanzar los económicos. Ejemplo de ello, la regulación de los salarios y de la financiación de la Seguridad social (artículo 68 TCECA), con el fin de garantizar la competencia económica entre las empresas<sup>4</sup>.

## EL TRATADO CONSTITUTIVO DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA

Este carácter predominantemente económico de los Tratados comunitarios no impidió una cierta presencia de la materia social<sup>5</sup>,

<sup>3</sup> Para A. MONTOTOYA, J. M. GALIANA MORENO y A.V. SEMPERE NAVARRO [*Derecho social europeo*, Tecnos (Madrid, 1994), pp. 28 y 29], se trata de funciones «escasas», en línea con las débiles competencias comunitarias, al ser las más abundantes «de mero carácter consultivo, informativo, orientador y de estudio, básicamente en materias de reconversiones y empleo».

<sup>4</sup> Cfr. A. MONTOTOYA, J.M. GALIANA MORENO y A.V. SEMPERE NAVARRO, *Derecho social europeo...* cit., p. 27.

<sup>5</sup> Cfr. M. COLINA ROBLEDO, T. SALA FRANCO y J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, *Derecho social comunitario*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2005), p.101: «A pesar de poseer un objetivo predominantemente económico y asignar a la mayor parte de las disposiciones en materia social que contenía un marcado carácter instrumental para la consecución del mejor funcionamiento del mercado común, las finalidades sociales no eran ajenas al Tratado

<sup>2</sup> Cfr. J. M. MIRANDA BOTO, «Antecedentes sociales de los Tratados de Roma», *Dereito*, 17, 1, 2008, pp.126 y ss.

que aparece a lo largo de su articulado<sup>6</sup>. Es el caso del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, cuya denominación ya indica su marcado objetivo económico. En su Primera Parte, dedicada a los «Principios», el artículo 2 TCEE anunciaba los objetivos de la Comunidad, entre los que se contaba la elevación del nivel de vida, con carácter general, para señalar que «la Comunidad tendrá por misión promover un desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas en el conjunto de aquella, y un crecimiento sostenible y no inflacionista que respete... un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los estados miembros». No obstante, estos objetivos se promoverían mediante el establecimiento de un «mercado común» y de una «progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados». Con este fin, el artículo 2 remitía a la realización de políticas y acciones comunes, y el artículo 3 TCEE, al enumerar los medios para lograr tales fines, incluía la supresión de los obstáculos a la libre circulación de las personas y la creación

de Roma». También F. POCAR, *Derecho comunitario del Trabajo* (traducción de J.E. SERRANO), Civitas (Madrid, 1988) p.18: «Los mismos redactores de los tratados constitutivos, especialmente en el caso del Tratado de la Comunidad Económica Europea, fueron tan conscientes de tales consecuencias que sintieron la necesidad de introducir, entre los instrumentos de acción de la Comunidad, incluso la creación de un Fondo Social Europeo, con objeto de mejorar las posibilidades de empleo de los trabajadores y contribuir a la elevación de su nivel de vida, así como la necesidad de encomendar a las instituciones comunitarias otros instrumentos de política social, como se deduce de disposiciones posteriores del Tratado».

<sup>6</sup> Cfr. L. E. DE LA VILLA GIL, «Editorial», *RMTAS*, 2, 1997, p.7: «El nacimiento del derecho social comunitario (...) encuentra su causa en la organización del mercado único y no pasa de tener originariamente un significado accesorio encaminado a favorecer el mejor intercambio de personas y de mercancías entre los seis Estados nacionales que ratificaron los Tratados constitutivos de las tres Comunidades Europeas».

de un Fondo Social Europeo, «con objeto de mejorar las posibilidades de empleo de los trabajadores y contribuir a la elevación de su nivel de vida»<sup>7</sup>. Por último, dentro de esta parte programática, el artículo 7 TCEE prohibía toda discriminación por razón de nacionalidad<sup>8</sup>.

Los artículos correspondientes a la Parte Segunda del Tratado («Fundamentos de la Comunidad»), dedicados a la libre circulación de trabajadores, recogían la mayor parte del contenido social de aquel. No es extraño si se advierte que el reconocimiento de la libre circulación de trabajadores deviene imprescindible para la instauración de una verdadera comunidad económica<sup>9</sup>, constituyendo uno de los ejes o pilares fundamentales de la Unión

<sup>7</sup> A. MARTÍN VALVERDE [*El fondo social y la política de empleo en la Comunidad Europea*, La Ley (Bilbao, 1986), p. 9] destaca la importancia de ambos aspectos, la libre circulación de personas y el Fondo Social Europeo constituyen, que constituyen, junto con la seguridad social de los trabajadores migrantes, «el tríptico de instituciones básicas de lo que se conoce con el nombre de Derecho social europeo».

<sup>8</sup> Cfr. J. M. MIRANDA BOTO, «Los humildes orígenes de la política social comunitaria», *Dereito*, 17, 2, 2008, p.157: «Todo ello ya estaba sugerido en el Informe Spaak, principalmente en su Título III, donde el mercado común y lo social aparecían estrechamente vinculados».

<sup>9</sup> Como señala F. DURÁN LÓPEZ [*Libertad de circulación y de establecimiento en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CEE*, La Ley (Madrid, 1986), pp. 15 y ss.], se trata de una libertad de imprescindible reconocimiento para la instauración de una verdadera comunidad económica que, si bien se consagra a las exigencias del mercado común y se sitúa en una perspectiva limitada funcionalmente a las personas que puedan pretender el ejercicio de actividades económicas, «no por ello deja de tener gran importancia para la progresiva construcción de una Comunidad Europea de miras más amplias». En el mismo sentido, F. PÉREZ DE LOS COBOS [*El Derecho Social comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, Civitas (Madrid, 1994), p. 20], «el mercado común del trabajo europeo no resultaría de la homogeneización de las regulaciones sociales de los distintos países comunitarios, sino de la remoción de los obstáculos que impedían el desplazamiento internacional de mano de obra».

Europea<sup>10</sup>. En sus preceptos se desarrollaba la afirmación general del artículo 3 TCEE, con una redacción que iba a permanecer inalterada, salvo ajustes procedimentales, en los sucesivos años de vigencia del Tratado. Se optaba por regular la articulación<sup>11</sup> de los diferentes regímenes nacionales de Seguridad social con carácter general. Las reglas sobre libertad de establecimiento podían ser consideradas un terreno fronterizo, al regular la actuación transnacional de los trabajadores por cuenta propia, en aquel entonces muy alejados del Derecho del trabajo<sup>12</sup>.

El contenido material de la competencia comunitaria sobre libre circulación aparece delimitado en los artículos 48 y 51 TCEE, donde se exponen los componentes esenciales de la libertad fundamental. Su núcleo se encuentra en el artículo 48.2 TCEE, donde se proclama «la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo»<sup>13</sup>. El apartado 3 del mismo

artículo recoge las denominadas libertades instrumentales<sup>14</sup>, que no forman parte propiamente de la libre circulación pero la hacen factible<sup>15</sup>: los derechos a responder a ofertas efectivas de trabajo, el derecho de libre desplazamiento, el derecho de libre residencia y el derecho a mantener la residencia tras haber desempeñado un empleo, a los que el Derecho derivado añadió tempranamente el derecho a hacerse acompañar por la propia familia<sup>16</sup>. El artículo 49 TCEE, por el contrario, recoge obligaciones de los Estados, de carácter más administrativo que personal, orientadas a la colaboración, la eliminación de trámites y plazos, etc.

El artículo 48.4 TCEE prohibía la aplicación de las disposiciones sobre libre circulación a «los empleos en la administración pública» y así lo ha hecho desde la primera redacción del Tratado. Este límite responde a una clara postura de los Estados fundadores, que se reservan así la potestad de organizar libremente su personal, sin intervención comunitaria programada. El alcance de esta disposición, con todo, ha sido y es polémico y

<sup>10</sup> Para J. GÁRATE CASTRO [*Transformaciones en las normas sociales de la Unión Europea*, Editorial universitaria Ramón Areces (Madrid, 2010), p. 9], la importancia de esta libertad se comprende hoy «en el más amplio y ambicioso ámbito de la ciudadanía de la Unión», donde la tenencia de la ciudadanía europea «pasa a sustituir al desarrollo de una actividad como condición esencial a la que se subordina la libre circulación de personas».

<sup>11</sup> Sobre la preferencia de este término frente al más usual «coordinación», vid. J. M. MIRANDA BOTO, «El estado previo: algunos problemas terminológicos de la Seguridad social comunitaria», en VV.AA. (C. Sánchez-Rodas Navarro, coord.), *El Reglamento Comunitario 1408/71. Nuevas cuestiones, viejos problemas*, Laborum, Murcia, 2008, pp.11 y ss.

<sup>12</sup> Son éstas un conjunto de reglas relativas al derecho a la libertad de establecimiento por parte de las personas físicas, que ocasionan considerables problemas interpretativos en el ámbito de las profesiones liberales y de los trabajadores por cuenta propia. Sobre ello, véase F. DURÁN LÓPEZ, *Libertad de circulación...*, cit., pp. 59 y ss.).

<sup>13</sup> Cfr. G. MOLINER TAMBORERO, *La libertad de circulación de trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia*, Rtrib, 1992, nº 18, p. 32: «El contenido fundamental del derecho a la libre circulación no es precisamente

el de poder trasladarse un nacional de un Estado a otro distinto, como de la simple traducción del concepto podría deducirse, sino que el contenido sustancial del mismo radica precisamente en la no discriminación de los que se trasladan con el objeto de desarrollar en otro Estado una actividad económica, aunque indudablemente ello presume el derecho a efectuar el desplazamiento previo».

<sup>14</sup> Vid. A. MARTÍN VALVERDE, *El contenido instrumental del derecho de libre circulación de los trabajadores: del Tratado de Roma al Tratado de Amsterdam*, en VV.AA. (J. J. Hervás Ortiz, dir.), *Libertad de circulación de trabajadores. Aspectos laborales y de seguridad social comunitarios. Presente y futuro*, CCGPJ (Madrid, 2002), pp. 77 y ss.

<sup>15</sup> Vid. M. COLINA ROBLEDO y otros, *Derecho social comunitario*, cit., p.127. Cfr. J. B. ACOSTA ESTÉVEZ, «La libre circulación de trabajadores en la Comunidad Europea», *AL*, I, 1991, p.79: «Aquellos derechos que, sin formar parte del núcleo básico de tal libertad, posibilitan la práctica de la misma en la realidad social comunitaria».

<sup>16</sup> Ya en la Directiva del Consejo de 16 de agosto de 1961, la primera sobre libre circulación, *compañera* del Reglamento nº 15.

discutido. El Tribunal de Justicia, en una cuantiosa serie de sentencias, ha establecido la necesidad de interpretar restrictivamente esta derogación del principio fundamental de libre circulación, lo que ha llevado a una lectura «funcional» del precepto. El artículo 50 TCEE se dedicaba monográficamente al intercambio de trabajadores jóvenes, con aspecto de declaración de intenciones, mientras que, por su parte, el artículo 51 TCEE se configuraba como la base sobre la que se construirían los sistemas de articulación de los regímenes nacionales de Seguridad social.

La Parte Tercera, relativa a las «Políticas de la Comunidad», contenía un Título III («Política Social») que agrupaba las disposiciones sociales de carácter más general y las relativas al Fondo Social Europeo. El capítulo se abría con una declaración de intenciones sobre la mejora del nivel de vida y de las condiciones de trabajo, confiando en que resultaría del propio funcionamiento del mercado común, que favorecería la armonización de los sistemas sociales<sup>17</sup>, de las disposiciones del Tratado y de la aproximación de las legislaciones (117 TCEE). Se enumeraban así mismo siete materias en las que se promovería una estrecha colaboración: empleo, Derecho del trabajo y condiciones de trabajo, formación profesional, seguridad social, protección contra los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, higiene del trabajo y derecho de sindicación y negociación colectiva (118 TCEE). Esta lista resultaría, con el

<sup>17</sup> Cfr. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y E. CASTELLANO BURGUILLO, *La armonización comunitaria y el modelo social europeo*, Documentación Laboral, 2005, nº 74, p.12: «Cuando se habla de armonización de las legislaciones laborales nacionales se acepta su existencia con la mayor naturalidad, lo que resulta comprensible dado que no se trata más que de la manifestación en este ámbito de lo que es la regla en el conjunto del ordenamiento jurídico comunitario. Se entiende la existencia de una armonización en materia social como de la que pueda existir en materia bancaria o fiscal; a fin de cuentas, de lo que se trata es de establecer un mercado común de trabajo».

tiempo, excesivamente ambiciosa para los escasos instrumentos de los que disponía la Comisión, limitados a la elaboración de estudios y dictámenes y a la organización de consultas.

Como condiciones de trabajo, los artículos 119 y 120 TCEE regulaban la igualdad salarial entre hombres y mujeres –resultado de la imposición francesa en este campo<sup>18</sup> y de la influencia del Convenio 100 de la OIT– y, con mucho menor detalle, las vacaciones<sup>19</sup>. Los artículos 121 y 122 TCEE conferían más poderes a la Comisión en materia social; el primero, en materia de Seguridad social de los trabajadores migrantes. El segundo, encargaba a la Comisión la inclusión, dentro de su Informe anual, de un apartado relativo a la situación social y, según este mismo precepto, la Asamblea podría solicitarle informes sobre problemas particulares de carácter social.

Por último, el capítulo II (artículos 123-128 TCEE) regulaba el Fondo Social Euro-

<sup>18</sup> Véase J. C. ARCE (*El trabajo de las mujeres en el Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1999), pp. 15 y 16), para quien el art. 119 TCE da un paso más allá que su antecesor –el Convenio nº 100 OIT de 1951 sobre igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor– al fijar el TCE la igualdad retributiva incondicionadamente entre los trabajadores masculinos y femeninos, sin mayores matices, mientras que el Convenio sólo reconocía esta igualdad ante trabajos desarrollados en la Administración o en la fijación legislativa de salarios mínimos.

<sup>19</sup> Tanto es así que la sentencia *Defrenne* de 1971 lo aplicaría con efecto directo, una posibilidad que jamás se ha planteado con la disposición sobre las vacaciones. En esta sentencia, el TJCE concluyó que el artículo 119 TCE tenía eficacia directa en materia de discriminaciones directas y aparentes, por lo que es inmediatamente aplicable sin necesidad de que exista previamente una norma estatal interna de trasposición. En esta sentencia, el TJCE justifica tal interpretación, además de en el deseo de evitar el dumping social, en que los objetivos de la comunidad no son exclusivamente económicos, sino que también persigue el progreso social y la mejora de las condiciones de vida y de trabajo. Véase J.A. ARCE, *op. cit.*, p. 21.



peo, y dedicaba a la formación profesional el artículo 128 TCEE<sup>20</sup>. El Fondo social es uno de los varios instrumentos financieros a través de los que la Comunidad desarrolla su acción y procura sus objetivos, encuadrados dentro del ámbito de la política social y de la política de empleo, a través de la concesión de subvenciones o ayudas no reembolsables<sup>21</sup>. Si inicialmente este Fondo tenía por finalidad fomentar en el interior de la Unión las oportunidades de empleo y la movilidad geográfica y profesional de los trabajadores, en posteriores épocas de crisis este objetivo se amplió para facilitar la adaptación de éstos a las transformaciones industriales y a los cambios que en el sistema de producción, a través de la formación y la reconversión profesionales<sup>22</sup>, mostrándose como un instrumento financiero básico de la regulación de la política de empleo comunitaria<sup>23</sup>.

Una influencia mucho menor en la materia social tenían otras disposiciones, como algunas sobre política económica contenidas en los artículos 103 y 104 TCEE, o los artículos 213 TCEE (capacidad de actuación de la Comisión para el cumplimiento de sus funciones) y 227 TCEE (aplicabilidad en la Argelia francesa de las disposiciones del Tratado).

<sup>20</sup> Este precepto representa la preocupación por alcanzar una política común de formación profesional ha caracterizado, desde sus orígenes, la regulación del Fondo Social Europeo y la voluntad comunitaria de intervenir «con cierta intensidad en el ámbito de la formación profesional, sino con los medios convencionales de una «política común», sí al menos con los instrumentos que proporciona y que son inherentes a la fijación de los principios generales de dicha política» que, a partir de los años ochenta, ha quedado reducida a una labora de orientación, apoyo y complemento de las políticas de formación profesional de los Estados miembros (véase A. MARTÍN VALVERDE, *op. cit.*, p. 33).

<sup>21</sup> Cfr. A. MARTÍN VALVERDE, *El Fondo Social...*, cit., p. 15.

<sup>22</sup> Cfr. J. GÁRATE CASTRO, *Transformaciones en las...*, cit., pp. 22 y ss.

<sup>23</sup> Cfr. A. MONTOYA MELGAR, J. M. GALIANA MORENO y A. V. SEMPERE NAVARRO, *Derecho Social Europeo*, cit., p. 157.

Para la puesta en práctica del Tratado destacaba, en materia social, la creación del Comité Económico y Social, en los artículos 193 a 198 TCEE. El Banco Europeo de Inversiones, regulado en los artículos 129 y 130 TCEE, disfrutaba de capacidad para intervenir en procesos de reconversión industrial y de apoyo al desarrollo de las regiones más atrasadas.

Los artículos 100 TCEE, como base competencial para la aproximación de legislaciones que afectaran al Mercado común, 228 a 230 TCEE, al regular las relaciones exteriores de la Comunidad en diversas formas, y 235 TCEE, como cláusula de flexibilidad, ofrecían la base jurídica de las acciones de la Comunidad en materia social, puesto que lo recogido en el Título III carecía de tal naturaleza. El procedimiento mayoritario de toma de decisiones era el de consulta y la regla de votación predominante la unanimidad, aunque el Tratado estableciese la mayoría simple como sistema por defecto.

Completaba el cuerpo del Tratado una serie de Protocolos anexos que contenían disposiciones especiales sobre determinadas cuestiones para los distintos países. Entre ellos hay que señalar el relativo a Francia, donde se creaba un régimen particular para la remuneración de las horas extraordinarias<sup>24</sup>; el relativo a Italia, que reflejaba la

<sup>24</sup> Vid. O. KAHN-FREUND, *Trabajo y Derecho* (traducción de J. Galiana Moreno), 1ª edición española sobre la 3ª edición inglesa (a cargo de P. Davies y M. Freedland), Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, (Madrid, 1987), pp. 104-105: «La rigidez de la legislación, comparada con la flexibilidad de la negociación colectiva, ha originado un problema internacional, cuyas huellas son aún más visibles en el Tratado de Roma. Por razones puramente históricas y políticas, la línea divisoria entre ambos sistemas normativos ha sido trazada de manera distinta en países comparables económicamente. En un mercado competitivo, esto proporciona una ventaja a los países en los que el ámbito de la negociación colectiva es amplio y el de la legislación más restringido, o, en las palabras del Tratado de Roma, ello puede *distorsionar* la competencia. Esta fue la dificultad con que se

peculiar situación de despegue económico y desarrollismo que estaba viviendo el país; y el relativo a Luxemburgo, que preveía restricciones a la libre circulación de trabajadores por la especial demografía del Gran Ducado<sup>25</sup>.

## EL TRATADO DE LA COMUNIDAD EUROPEA DE LA ENERGÍA ATÓMICA

Por su parte, el Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica era más escueto en su contenido social. El objetivo, una vez más, era elevar el nivel de vida (artículo 1 EURATOM), pero su aspecto social se limitaba a las normas sobre seguridad y salud comunes para todos los trabajadores comunitarios en el sector nuclear (artículos 2, 30-39 EURATOM) y, de forma más breve, el establecimiento de la libre circulación de trabajadores en este sector (artículo 96 EURATOM) y a la creación de un Comité Económico y Social (artículos 165-170 EURATOM)<sup>26</sup>.

enfrentó el Gobierno francés cuando la CEE estaba en su proceso de constitución. Francia insistió en que se incluyera un Protocolo especial como anexo al Tratado de Roma (y formando parte integrante del mismo), cuya finalidad era proteger la economía francesa, durante un periodo transitorio, de las desventajas que se pensó podría sufrir en el Mercado Común a consecuencia de la rigidez de su legislación sobre horas extraordinarias y remuneración de las mismas, comparada, por ejemplo, con la flexibilidad de las condiciones colectivamente negociadas que estaban en vigor en la República Federal de Alemania. Por la misma razón, fue en interés francés por lo que, en el propio Tratado, los Estados miembros se comprometieron a procurar mantener la equivalencia existente entre los sistemas de vacaciones pagadas. El que problemas similares hayan o no de jugar un papel en la Comunidad ampliada, puede depender de la situación del mercado en los próximos años: tales problemas son, por supuesto, mucho más importantes en un mercado de compradores que en uno de vendedores).

<sup>25</sup> Cfr. J. M. MIRANDA BOTO, «Los humildes orígenes»..., p.161.

<sup>26</sup> El Convenio sobre determinadas instituciones comunes a las Comunidades Europeas, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957, establecía que este Comité y el previsto en el Tratado CEE funcionarían de

No existían apenas bases competenciales propias para la materia social y únicamente aparecía delineada con claridad la competencia a propósito de la libre circulación de trabajadores, impulsada por las circunstancias económicas. No obstante, no debe pasarse por alto que la Política social figuraba en el Tratado, cuando podía haber sido simple y llanamente omitida, como lo fueron tantos otros aspectos de la soberanía estatal<sup>27</sup>.

## EL ACTA ÚNICA EUROPEA

Tras treinta años de vigencia de los Tratados, el Acta Única Europea, firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986, representó un desestancamiento de las Comunidades y, en cierta forma, una huida hacia adelante<sup>28</sup>. Se fijó el año de 1992 para el establecimiento de un mercado interior<sup>29</sup>, un paso

forma unificada, como también se establecía para la Asamblea Parlamentaria y el Tribunal de Justicia.

<sup>27</sup> Cfr. O. KAHN-FREUND, «Política social y Mercado Común», *Revista de Derecho del Trabajo*, 1962, nº 49, p. 1: «El contraste entre una mera unión aduanera como la EFTA y el Mercado común es, en materia social, tan pronunciado como lo fuera en relación con el problema de una tarifa común exterior».

<sup>28</sup> Cfr. E. BORRAJO DACRUZ, «De las Comunidades Europeas a la Unión Europea: el Acta Única y la Europa Social», *Actualidad Laboral*, 1986, nº 20, p. 1006: «De ahí, una vez más, que el empeño político se gradúe en el momento de las realizaciones y, hasta la fecha, sólo se puede hablar de que la voluntad comunitaria se mantiene tendida hacia la Unión Europea y que se ha dado un paso más que se concreta, preferentemente, en la consolidación de las Comunidades existentes y en la cooperación en materia de política exterior. Tal podría ser el resumen del Acta Única Europea». Menos positivo, J. CABEZA PEREIRO, «La cuestión social en el derecho originario de la Unión Europea», *Documentación Laboral*, 2000, nº 63, pp. 32-33: «Era tanto como petrificar el Derecho comunitario».

<sup>29</sup> Cfr. R. SILVA DE LA PUERTA, *El Acta Única Europea*, Noticias CEE, 1987, nº 34, p. 19: «Su máximo logro consiste en dar un nuevo impulso a la constitución de un mercado interior y a la superación, en consecuencia, de las barreras que todavía continúan existiendo entre Estados miembros, y por otro lado nada impide que se siga

más allá del mercado común. Institucionalmente destacan los procedimientos de cooperación y dictamen conforme y la considerable expansión de la regla de la mayoría cualificada. Las disposiciones sociales en el Acta, si bien fueron propuestas por Dinamarca y secundadas por Francia, se encontraron, una vez más, con la oposición británica, como sucedió con su veto al propuesto artículo 103 bis TCEE, que nunca llegó a ver la luz. De acuerdo con él, en el caso de que se alcanzase una determinada tasa de paro, el Consejo debería examinar la posibilidad de modificar la política económica de los Estados miembros con vistas a favorecer el empleo. La solución final no fue más allá de un compromiso, deliberadamente ambiguo, entre los Estados sobre el respeto a los principios del Tratado.

La novedad más relevante en el campo social fue la creación, por primera vez, de una base jurídica específica para la armonización de la materia social, demostrando el deseo de los Estados de profundizar en la construcción del espacio social europeo. Ésta vino a través de la inclusión de dos preceptos nuevos, el artículo 118 A TCEE, que otorgaba base jurídica propia a la seguridad y salud en el trabajo, y el artículo 118 B TCEE, que buscaba el fomento del diálogo social a nivel europeo, pero sin consecuencias normativas. El primero de ellos faculta al Consejo para adoptar, mediante mayoría cualificada, directivas destinadas a promover la mejora del medio de trabajo y favorecer la seguridad y salud de los trabajadores, lo cual se demostró como una técnica normativa «de indudable éxito»<sup>30</sup>. Las

trabajando para avanzar en el proceso de integración europea y que en el futuro, a la vista del éxito de las medidas adoptadas por el Acta Única Europea, se den nuevos pasos de una mayor trascendencia».

<sup>30</sup> Como indican A. MONTOTO MELGAR, J.M. GALIANA MORENO y A.V. SEMPERE NAVARRO (*Derecho social europeo*, cit., p. 42), prueba de tal éxito son las numerosas Directivas aprobadas en materia de salud y seguridad laborales, «sin ninguna duda el ámbito en el que se viene concentrando con mayor intensidad la acción social comunitaria».

acciones concretas desarrolladas por medio de los Fondos estructurales iniciaron su transformación en lo que la Comisión denominó la «Política de cohesión económica y social», de acuerdo con el nuevo Título V de la Parte III del Tratado CEE. No era un simple esfuerzo de solidaridad ni una política de desarrollo, sino un medio para permitir a cada una de las regiones que obtuviera un beneficio apropiado por su pertenencia al conjunto<sup>31</sup>. En el aspecto institucional, debe resaltarse la inclusión del artículo 100 A TCEE, que a semejanza del antiguo artículo 100 TCEE, habilitaba a las Comunidades para tomar, por mayoría cualificada y mediante el procedimiento de cooperación, las medidas necesarias para la consecución del mercado interior.

El Acta Única Europea creó además un nuevo Título V, que abarcaba los artículos 130 A a 130 E TCEE, dedicado a la cohesión económica y social. El primero de ellos marcaba como objetivos «promover un desarrollo armonioso» y «reducir las diferencias entre las diversas regiones y el retraso de las regiones menos favorecidas». El artículo 130 B TCEE, a su vez, establecía una obligación general de coordinación de las políticas económicas de los Estados. El artículo 130 C TCEE, a su vez, dio soporte en el Derecho originario al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, con los mismos objetivos que los recogidos en el Reglamento basado en el artículo 235 TCEE que en aquel momento lo regulaba. Los últimos preceptos eran las oportunas bases jurídicas, localizadas en los artículos 130 D (coordinación de los diferentes Fondos) y 130 E TCEE (Fondo Europeo de Desarrollo Regional).

## EL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA

Mucho mayor calado que la anterior en el Derecho originario tuvo la siguiente reforma,

<sup>31</sup> Con más detalle, J. M. MIRANDA BOTO, *Las competencias de la Comunidad Europea en materia social*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp.185 y ss.

el Tratado de Maastricht, tras el episodio de la Carta de Estrasburgo de 1989. El 7 de febrero de 1992 se firmó en Maastricht el Tratado de la Unión Europea, que encaminaba a los Estados miembros por la senda común de la Unión Económica y Monetaria, hacia la deseada Unión Política. La nueva organización internacional que surgió de este tratado recibió el nombre de Unión Europea, dejando atrás la tradicional denominación de «Comunidad Económica Europea», reconociendo con ellos la superación del objetivo económico, para centrarse ya en el social<sup>32</sup>.

Institucionalmente, el Tratado de la Unión marcó un auténtico hito en la historia de la integración europea, de importancia mucho mayor que las reformas que le antecedieron y le sucedieron. Añadió el artículo 3 B TCE, donde quedaron plasmados el principio atributivo y el de subsidiariedad. Introdujo el procedimiento de codecisión y extendió el de cooperación, en detrimento del de consulta. La unanimidad siguió cediendo terreno frente a la mayoría cualificada, lo que llevaría a la aprobación del Compromiso de Ioannina para modular su puesta en práctica. Significó en definitiva un importante crecimiento de la relevancia del Parlamento Europeo<sup>33</sup>, trajo a la luz la Ciudadanía de la Unión y alteró notablemente la arquitectura institucional de las Comunidades, dando lugar a la estructura de *tres pilares*.

<sup>32</sup> Vid. F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 1994, p. 91.

<sup>33</sup> Como señala J. GÁRATE CASTRO (*Las transformaciones en...*, cit., p. 11), el Parlamento Europeo ha visto progresivamente reforzado su papel, dejando de ser un mero instrumento de consulta para proceder a «la adopción de ciertos reglamentos por el procedimiento de cooperación, a partir del AUE, y por el procedimiento del art. 189 B TCE de codecisión, a partir del Tratado de Maastricht y del Tratado de Ámsterdam, que se convierte, una vez producida la entrada en vigor del TFUE, en el denominado «procedimiento legislativo ordinario», que implica la adopción conjunta del acto normativo por el Parlamento Europeo y el Consejo».

En lo material, el hecho de que «la creación de un Fondo Social Europeo, con objeto de mejorar las posibilidades de empleo de los trabajadores y contribuir a la elevación de su nivel de vida» fuera sustituida por «una política en el ámbito social que incluya un Fondo Social Europeo» indicaba claramente un cambio de planteamientos<sup>34</sup>. La consecución de un «alto nivel de empleo y protección» como objetivo comunitario anunciaba el cambio a favor de tiempos más proclives hacia el desarrollo del modelo social europeo. Por último, la cohesión económica y social impulsada en el Acta Única accedió de una manera expresa y directa a la dignidad de los principios que informan la acción de la Comunidad en los artículos 2 y 3 TCE<sup>35</sup>. Con todo, ello no se tradujo en modificaciones sustanciales en el reenumerado Título VIII<sup>36</sup>. El segundo párrafo del artículo 118 A TCE fue ajustado para recoger las nuevas disposiciones procedimentales introducidas. Se añadió así mismo un Protocolo relativo al artículo 119 TCE, como reacción frente a la sentencia *Barber*<sup>37</sup>. El artículo 123 TCE fue revisado también, añadiéndole un nuevo cometido para el Fondo Social Europeo, facilitar la adaptación de los trabajadores a las transformaciones industriales y a los cambios de los sistemas de pro-

<sup>34</sup> Como indica F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL (*El Derecho Social...*, cit., p. 92), «la vieja alusión a la acción de un Fondo Social Europeo [art. 3.i] se sustituye por otra que enmarca la acción del Fondo en una política—a la que significativamente no se califica de común— en el «ámbito de lo social»- los social no califica siquiera a la política, sino al ámbito en el que ésta opera».

<sup>35</sup> Vid. F. VALDÉS DAL-RÉ, «La cohesión económica y social y el nuevo Fondo Social Europeo», *Relaciones Laborales*, vol. II, 1994, p. 55.

<sup>36</sup> Cfr. M. ALONSO OLEA, «La Unión Europea y la política social», en VV.AA., *España y la Unión Europea. Las consecuencias del Tratado de Maastricht*, Círculo de Lectores - Plaza y Janés (Barcelona, 1992), p.82: «Los Once huyen de los avisperos».

<sup>37</sup> STJCE de 17.05.1990, *Barber*, asunto 262/88, Rec.1990, p.1-1889. En ella el Tribunal de Justicia determinó que todas las formas de pensiones de empresa constituyen un elemento de retribución a efectos del artículo 141 TCE.

ducción, mediante la formación y la reconversión profesional. Concordantemente se modificó el artículo 125 TCE, simplificando los procedimientos del Fondo Social Europeo<sup>38</sup>. Por último, la materia de formación profesional experimentó un radical cambio de orientación, pasando a estar regulada en un capítulo propio junto a las cuestiones de educación y juventud, donde se trazan las líneas básicas de la actuación de la Comunidad en este ámbito, si bien la acción comunitaria debe ser complementaria de la que realicen los Estados miembros<sup>39</sup>.

A su vez, el Título relativo a la cohesión económica y social se reenumeró como Título XIV, y el artículo 130 B TCE fue modificado, sin alterar su sustancia, creándose un segundo párrafo que encargaba a la Comisión la elaboración de un informe sobre los avances logrados en la materia, y un tercer párrafo que habilitaba al Consejo, por el procedimiento de consulta, para la adopción de medidas especiales. El artículo 130 D TCE fue reorganizado con la creación del Fondo de Cohesión, eliminando el carácter provisional y transitorio que tenía la primera redacción e introduciendo el procedimiento de dictamen conforme, que reemplazó a la consulta inicial aunque se mantuviera la unanimidad como regla de votación. El artículo 130 E TCE experimentó un simple cambio de ordenación, pero no de contenidos ni de procedimientos. El Comité de las Regiones, creado por el mismo Tratado, fue añadido al Comité

Económico y Social como órgano de obligada consulta en ambos preceptos.

La oposición del gobierno conservador británico a reformas de mayor calado en el cuerpo del Tratado provocó la aparición de la Europa social de dos velocidades, donde la mayor parte de los Estados expresaban su voluntad, en muy escasa medida cumplida posteriormente, de armonizar sus legislaciones en estas materias. Así, la parte más relevante del Tratado de Maastricht en materia social la representó uno de los Protocolos anexos, el número 14, dedicado a la «Política social». Recogía un Acuerdo entre once Estados miembros donde se afirmaba que éstos, con la obvia abstención del Reino Unido, deseaban proseguir en la vía trazada por la Carta de Derechos Sociales Fundamentales de 1989. Se diseñaba un sistema basado en el procedimiento de cooperación, para la regulación de la mejora del entorno de trabajo, para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores, las condiciones de trabajo, la información y la consulta a los trabajadores, la igualdad de oportunidades en el mercado laboral y la igualdad entre hombres y mujeres y la integración de las personas excluidas del mercado laboral, vinculado al voto por mayoría cualificada<sup>40</sup>. La votación por unanimidad se reservaba para materias como Seguridad social y protección social de los trabajadores, protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral, representación y defensa colectiva de los

<sup>38</sup> Sobre esta cuestión véase F. PÉREZ DE LOS COBOS, *El Derecho Social...*, cit., pp. 108 y ss.

<sup>39</sup> Cfr. A. MONTOYA MELGAR, J. M. GALIANA MORENO y A. V. SEMPERE NAVARRO, *Derecho Social Europeo*, cit., p. 182. Señalan estos autores que, de acuerdo con el art. 127.2 y 3 del Tratado, la acción comunitaria debe encaminarse, en concreto, entre otras cuestiones, a facilitar la adaptación a las transformaciones industriales, especialmente mediante la formación y reconversión profesionales; a mejorar la formación inicial y permanente para favorecer la inserción y reinserción profesional; así como favorecer el acceso a la formación profesional y a la movilidad de educadores y personas en formación.

<sup>40</sup> Cfr. las opiniones sindicales recogidas en J. GARCÍA VIÑA, «La política social europea desde el Tratado de Roma hasta el Tratado de la Unión. El inicio de la segunda fase de la unión económica y monetaria», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 1992, nº. 12, pp. 178-1799: «El hecho de que estos supuestos sólo requieran, para la adopción de decisiones, la mayoría cualificada del Consejo no ha sido bien recibida por los interlocutores sociales. En primer lugar citaremos las opiniones de Viannet, secretario general de la CGT francesa, al entender que comporta el aspecto peligroso de que una medida particularmente antisocial o negativa pueda ser impuesta a un país, mientras que la regla de la unanimidad lo protegía de ello».

intereses de los trabajadores, condiciones de empleo de nacionales de terceros países, contribuciones financieras destinadas al fomento del empleo. La Comunidad intervenía como «apoyo y complemento» en todos estos campos, si bien, como estricta limitación, quedaban fuera del Acuerdo las remuneraciones, el derecho de asociación y sindicación, el derecho de huelga y el cierre patronal.

Lo previsto en el artículo 118 B TCE aparecía en el Acuerdo de forma más desarrollada (arts. 3 y 4), diseñando un procedimiento que permitía a los interlocutores sociales comunitarios participar en el proceso legislativo. De forma similar, las previsiones sobre igualdad entre sexos contenían un párrafo más, en el que se autorizaba a los Estados a establecer o mantener medidas que favorecieran a las mujeres<sup>41</sup>. Incluía así mismo dos Declaraciones, que incorporaba como Anexos.

Haciendo balance, más de diez años después de la desaparición del régimen fragmentado, el Protocolo de Política Social fue más importante por sus intenciones que por sus logros. Hizo más creando una anomalía que ofreciendo resultados. Abrió el camino que seguiría la nueva Política social comunitaria derivada del futuro Tratado de Amsterdam. El 2 de mayo del mismo año se firmó en Oporto el Acuerdo del Espacio Económico Europeo<sup>42</sup>, que extendía el acervo social comunitario a los Estados miembros de la AELC.

<sup>41</sup> El artículo 6 del Acuerdo, que completa las disposiciones del tratado en materia de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, es calificado de «extravagante, tanto en su ubicación como en su formulación» por F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *El Derecho social...*, cit., p. 161.

<sup>42</sup> El Dictamen de 14.12.1991, 1/91, Rec. 1991, p. I-6079, había prohibido la celebración del Acuerdo hasta que se modificaran las cláusulas relativas al sistema de control jurisdiccional previsto. El Dictamen 1/92 (10.04.1992, Rec. 1992, p. I-2821) autorizó la firma.

## EL TRATADO DE ÁMSTERDAM

El Tratado de Amsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997, revisó el proceso que se inició en Maastricht<sup>43</sup> y que se extendió al Tratado de Niza, mejorando en múltiples aspectos la política social<sup>44</sup>. En el aspecto institucional continuó el reforzamiento del Parlamento Europeo y se aprobó un importante Protocolo que reconsideraba el peso y el funcionamiento de las Instituciones frente a la ya previsible Ampliación. Se simplificaron los procesos decisorios, ampliándose muy significativamente los ámbitos sometidos al procedimiento de codecisión. Así mismo se abrió la flexible vía de las cooperaciones reforzadas y se añadió al Tratado de la Comunidad un nuevo protocolo sobre el funcionamiento del principio de subsidiariedad.

En el ámbito social, la política de empleo se independizó, pasando a ser regulada autónomamente en el nuevo Título VIII, como un objetivo primordial. La autonomía de la política de empleo parecía hacerse evidente en el artículo 2 TUE, donde aparecían dissociadas la consecución de un alto nivel de empleo y la protección social elevada como objetivos de la Unión, mientras que sí estaban vinculadas en el artículo 2 TCE como misiones de la Comunidad. La mención al empleo y a la protección social en este precepto, que ya existía desde Maastricht, continuó teniendo la misma redacción, pero sufrió un notorio cambio de posición, pasando a ocupar el segundo lugar, tras el desarrollo económico armonioso y sostenible, entre las misiones de la Comunidad.

La letra i) del artículo 3 TCE pasó además a incluir un nuevo medio genérico para la

<sup>43</sup> Vid. R. ALONSO GARCÍA, «Estudio preliminar», en *Tratado de Amsterdam*, Civitas (Madrid, 1998), p.XV.

<sup>44</sup> De acuerdo con P. LUIS GOMIS [*La política social y de empleo en el Tratado de Amsterdam*, CES (Madrid, 1999), p. 65], el Tratado de Amsterdam significó un cambio significativo en la política social comunitaria, el mayor que en materia social se produjo hasta el momento, calificándolo «más importante y bastante positivo desde la óptica de la Europa social».

consecución de todos esos objetivos, «el fomento de la coordinación entre las políticas en materia de empleo de los Estados miembros, con vistas a aumentar su eficacia mediante el desarrollo de una estrategia coordinada para el empleo». La inclusión de una referencia a la competitividad entre las misiones de la Comunidad fue vista como el contrapeso a la aparición del empleo en este artículo 2 TCE. Se habría seguido con ello una línea consolidada en la política comunitaria desde el Libro Blanco de 1993, consistente en oponer continuamente ambos términos. Algunos consideraron que esa sola mención volvía «inefectivos y risibles» los efectos de todas las disposiciones sobre empleo adoptadas en Ámsterdam, recogidas a partir de entonces en un nuevo Título VIII<sup>45</sup>.

Dentro del Título VIII, sin embargo, las declaraciones generales de los artículos 125 y 126 TCE tienen un notable valor referencial. El primero abría la regulación del Título y era una declaración general de principios, programática, adaptada a la nueva concepción del empleo, resaltando la coordinación frente a la tradicional armonización del Título XI. Su referente era, sin lugar a dudas, la política económica y monetaria del Título VII, no únicamente por su posición física en el Tratado, sino también por las frecuentes alusiones que se hacen en el texto a ella y que muestran la vinculación existente. Tan estrecha vinculación, por otra parte, puede ser una fuente de conflictos con el paso del tiempo, cuando las necesidades económicas y las del mercado de trabajo apunten hacia rumbos diferentes. El artículo 126 TCE, por su parte, afirma que el empleo es un «asunto de interés común». Paradójicamente tal afirmación, de carácter

político y que no parece tener implicaciones jurídicas, está recogida en el artículo que proclama la preponderancia de los Estados en materia de empleo. Parece intentar justificar que no se ha dejado plenamente la competencia en manos de éstos, sino que la obligación de coordinación tiene un notable peso específico

En el Título VIII, titulado someramente «Empleo», los artículos 127 y 129 TCE diseñan las líneas de actuación material de la Comunidad y sirven como soporte al método abierto de coordinación. Junto a ese diseño traen consigo las limitaciones de la política de empleo: el respeto a las competencias de los Estados miembros y la prohibición de la armonización. El primer obstáculo era la consecuencia lógica del modelo de Essen adoptado, la coordinación entre Estados plenamente titulares de sus competencias, mientras que el segundo límite ataja cualquier intento de convergencia o armonización, al prohibirlas expresamente en su segundo párrafo. El artículo 129 TCE incluye una lista de actuaciones posibles, que algunos han considerado como un *numerus clausus*. Han sido consideradas, en su mayor parte, acciones experimentales<sup>46</sup>, procedimientos de intercambio de información herederos de los designios de Essen, que aportan una nueva visión más dinámica frente a la habitual burocratización de estas políticas y que encarnan a la perfección lo que después se vino a llamar el método abierto de coordinación.

El artículo 128 TCE, el más extenso del Título VIII y considerado el más relevante<sup>47</sup>, recoge un detallado procedimiento de coordinación y control, concebido en un principio de forma independiente pero después enrolado en las filas del método abierto. La herencia del proceso de Essen es manifiesta: la estra-

<sup>45</sup> Cfr. J. M. GÓMEZ MUÑOZ, «Empleo, crecimiento y convergencia tras las reformas de Ámsterdam y la Cumbre de Luxemburgo», *Relaciones Laborales*, 1998, vol. II, p. 1151, a propósito de la incorporación del Título de Empleo: «Un paso hacia delante en la consolidación de la Europa social, pero un paso firme, ni decidido, ni definitivo. Pocas reformas lo son cuando de PSC se trata».

<sup>46</sup> Vid. P. L. GOMIS DÍAZ, *La política social y de empleo en el Tratado de Amsterdam*, cit., p. 106.

<sup>47</sup> Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *Los aspectos sociales del...*, cit., p. 87.

tegia allí establecida representó un avance en la comunitarización del empleo y hoy en día sigue siendo un modelo válido, adecuado a las mentalidades y disposiciones imperantes. Las orientaciones para el empleo, recogidas en el apartado segundo y rebautizadas como directrices, representan la consagración del modelo de coordinación con fuerza política<sup>48</sup>.

El artículo 130 TCE, por último, se dedicaba a la creación de un nuevo órgano, el Comité de Empleo.

Como novedad más destacada de la reforma de Amsterdam en materia de política social, fue que ésta se reforzó y se acercó al ciudadano mediante la incorporación del Protocolo Social de Maastricht al cuerpo del Tratado<sup>49</sup>. Tras la reforma, el reenumerado Título XI, dedicado a la «Política Social, de Educación, de Formación Profesional y de Juventud», pasó a estar integrado por tres capítulos («Disposiciones sociales», «El Fondo Social Europeo» y «Educación, formación profesional y juventud») que englobaban 15 artículos, de desigual importancia y contenido, y que recibieron una dispar acogida, siendo consi-

<sup>48</sup> Cfr. F. VALDÉS DAL-RÉ, *Soft law, Derecho del trabajo y orden económico globalizado, Relaciones Laborales*, 2005, vol. I, p. 44: «Las acciones comunitarias de empleo, articuladas a través del MAC, son algo más que simples documentos políticos de índole programática. Muy antes al contrario, pueden producir –aunque nada garantiza que tal suceda– un efecto de conformación no imperativa a resultas de la combinación de mecanismos tales como la reiteración de los procesos de decisión, la estandarización del lenguaje y de los indicadores utilizados, la interconexión entre las distintas políticas en las que actúa, los condicionamientos derivados de los procedimientos de mutua confrontación y evaluación desarrollados bajo un principio de paridad y, en fin, los efectos emulativos asociados a la difusión de las buenas prácticas».

<sup>49</sup> En este sentido, cfr. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *De Maastricht a Amsterdam: derechos sociales y empleo*, Relaciones Laborales, 1998, vol. I, p. 22: «La integración del Protocolo de Política Social al Tratado viene a cerrar la anomalía de las dos bases constitucionales de la Europa social». También cfr. P. LUIS GOMIS, *La política social...*, cit., pp. 65 y ss.

derados tanto «una notable extensión de las competencias de la Comunidad en materia de política social» como una simple «ubicación y reordenación»<sup>50</sup>. Merece la pena destacar cómo la inclusión de un mecanismo singular para la regulación de la lucha contra la exclusión social mediante medidas de cooperación y no de armonización puso las bases sobre las que luego se levantaría el método abierto de coordinación, en ese momento aún no concebido como tal. Los principios rectores de la Política social comunitaria del reenumerado Título XI, junto a la declaración de adhesión a los derechos contenidos en la Carta Social Europea y en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales<sup>51</sup>, pasaron a incluir como novedad también el fomento del empleo como un objetivo, en este caso el primero, de la Comunidad y de sus Estados miembros (artículo 136 TCE)<sup>52</sup>.

A todo ello debe añadirse la creación de un nuevo Título IV dedicado a otras políticas relativas a la libre circulación de personas y la consagración de la igualdad entre mujeres y hombres como principio fundamental de la Comunidad. En cuanto a la cohesión social, además de reenumerar los artículos del 158 al 162 TCE y el Título con el número XVII, reformó las disposiciones relativas al Fondo de Cohesión, eliminando el carácter provisional con que habían sido redactadas originalmente e introdujo el procedimiento de codecisión en el artículo 162 TCE (el antiguo artículo 130 E TCE).

<sup>50</sup> Vid. M. NOGUEIRA GUASTAVINO, «Crónica internacional y comunitaria. Los aspectos sociales del Tratado de Amsterdam», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 1997, nº 7, p. 190.

<sup>51</sup> Cfr. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, «De Maastricht a...», cit., p. 22: «No tienen solamente un valor simbólico, legitiman acciones estatales y comunitarias y son, sin duda, elementos significativos de interpretación».

<sup>52</sup> Sobre esta cuestión, J. M. MIRANDA BOTO, *Las competencias de la Comunidad Europea en materia social*, Thomson – Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp.99 y ss.



En suma, Amsterdam puso fin a la «Europa social de dos velocidades» que había engendrado el Tratado de Maastricht. No se consiguió el máximo posible, pero la solución conseguida era la menos mala de entre las factibles. En ella había esperanzas de futuro para el *modelo social europeo*, que podría constituir «la dimensión más importante del concepto de ciudadanía europea entendido en sentido amplio». La puesta en práctica de esta renovada Política social dio lugar a una abundancia normativa inusitada. El calado de estas modificaciones fue el reflejo de la definitiva integración del Reino Unido en la creación de un modelo europeo que dejó de considerarse, al fin, de dos velocidades.

## EL TRATADO DE NIZA

Niza, el 26 de febrero de 2001, fue el escenario de la firma de la siguiente reforma de los Tratados constitutivos<sup>53</sup>, configurando el sistema actualmente vigente, cuya entrada en vigor sería pospuesta más de 16 meses por el rechazo popular en el referéndum irlandés. El contenido social de esta reforma no fue especialmente destacado, puesto que el auténtico núcleo del Tratado fue el reparto de poder entre los Estados en las distintas Instituciones comunitarias<sup>54</sup>, simplificándose el procedimiento de cooperación reforzada<sup>55</sup> y

<sup>53</sup> En síntesis, *vid.* el número monográfico sobre el Tratado de Niza, *NUE*, 218, 2003.

<sup>54</sup> Cfr. M. P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, «La reforma institucional en el Tratado de Niza: la búsqueda del círculo cuadrado», en VV.AA. (C. J. MOREIRO GONZÁLEZ, coord.), *Tratado de Niza. Análisis, comentarios y texto*, Colex (Madrid, 2002), p. 66: «La reforma más ambiciosa de las realizadas hasta el momento».

<sup>55</sup> Cfr. A. MANGAS MARTÍN, «Las cooperaciones reforzadas en el Tratado de Niza», en VV.AA. (C. J. MOREIRO GONZÁLEZ, coord.), *Tratado de Niza. Análisis, comentarios y texto*, cit., p. 82: «Si el Tratado de Amsterdam había trazado el camino de las cooperaciones reforzadas como un campo minado del que ningún Estado que se lo propusiera saldría indemne, el Tratado de Niza ha retirado limpiamente todas las minas: el camino para una mayor integración está abierto».

continuyendo la extensión de la codecisión, de la mayoría cualificada y de los poderes del Parlamento Europeo.

El artículo 137 TCE fue reorganizado, manteniendo en lo sustancial su contenido. Una nueva materia se incluía en el ámbito de la Política social comunitaria: la modernización de los sistemas de protección social. Pero también aparecía una advertencia: las medidas de cooperación que se adoptaran con base en el artículo 137 TCE no podrían implicar la armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, en la línea de las prescripciones sobre lucha contra la exclusión social creadas en Amsterdam. En cuanto a las mayorías requeridas y procedimientos invocados, éstos se mantenían conforme a lo previsto en Amsterdam, pero abriendo la posibilidad de que el Consejo, por unanimidad, sustituyera el procedimiento de consulta por el de codecisión y la unanimidad por la mayoría cualificada en todas las materias, salvo seguridad social y protección social de los trabajadores. Esta materia quedaba así mismo protegida por un nuevo inciso del artículo 137.4 TCE, donde se reconocía la capacidad de los Estados para definir los principios fundamentales de sus sistemas de Seguridad social y se prohibía que las medidas adoptadas por mor de este precepto afectaran al equilibrio financiero interno. El artículo 144 TCE fue reformado radicalmente, pasando a regular un nuevo Comité de Protección Social, de carácter consultivo, que fomentaría la cooperación entre los Estados en esta materia.

Por lo demás, las reformas se limitaron, en líneas generales, a ajustes procedimentales, en su mayoría destinados a reflejar el abandono de la unanimidad en pro de la mayoría cualificada y de la consulta por la codecisión. La falta de creatividad y avances en lo social puede deberse a dos razones básicas. La panoplia diseñada en Amsterdam era lo suficientemente completa para no necesitar tempranos retoques y lo oportuno era llevarla a la práctica. La otra era la preponderancia, en el

cambio de siglo, de otros aspectos de la Integración comunitaria. La instauración de la Moneda Única, la Ampliación al Este y la preparación de un ambicioso Tratado Constitucional iban a ocupar el grueso de la agenda comunitaria, relegando lo social a un segundo plano, a diferencia de la década anterior.

### EL FRACASADO INTENTO DE ALCANZAR UNA CONSTITUCIÓN PARA EUROPA

Otro gran hito de la primera década del siglo XXI fue el proyecto de Tratado por el que se instituía una Constitución para Europa, firmado el 29 de octubre de 2004 por los veinticinco Jefes de Estado o de Gobierno. La Constitución era el resultado de un largo proceso de integración marcado, a la vez, por la profundización continuada en la integración y por las sucesivas ampliaciones de la Unión. Tras la firma del Tratado de Niza, el conjunto del Derecho comunitario se asentaba en ocho tratados, a los que se añadían más de cincuenta protocolos y anexos. Dichos Tratados, además de modificar el Tratado CE originario y a sucesivos textos, dieron lugar a una arquitectura europea cada vez más compleja y poco comprensible para los ciudadanos europeos, haciendo imprescindible una reforma institucional iniciada por el Tratado de Niza, cuyas adaptaciones técnicas no sirvieron para clarificar la situación. A partir de la Declaración relativa al futuro de la Unión,

anexa al Acta final de la Conferencia Intergubernamental (CIG) de 2000, se puso en marcha el proyecto de Constitución.

El reparto de poder entre los Estados, las funciones de las instituciones y la actuación exterior fueron algunos de los campos en los que las diferencias entre los Estados salieron incluso a la luz pública durante su elaboración, especialmente tras el fracaso de la cumbre de Bruselas. El rechazo popular en Francia y Holanda, expresado en dos consultas, dejaron el intento de reforma en la vía muerta. El tratamiento de las competencias comunitarias que en este proyecto se llevaba supuesto, cuando menos, un esfuerzo de clarificación y de asimilación de las corrientes jurisprudenciales y doctrinales más aceptadas. Cuestión aparte era la extensión de las competencias. En el proyecto de Constitución Europea apenas se hacían alteraciones y en el campo social las reformas se planteaban como meros ajustes a la nueva terminología y a la nueva ordenación, salvo por la supresión de la toma de decisiones por unanimidad en alguna materia<sup>56</sup>. En este Tratado, las competencias se clasificaron en exclusivas, compartidas y competencias de apoyo, coordinación y complemento (artículo I.12 de la Constitución). Además, la Constitución recuerda que la Unión dispone de competencia para garantizar la coordinación de las políticas económicas y de empleo y mantiene, por otra parte, una cláusula de flexibilidad que le permite actuar, en caso necesario, más allá de los poderes de actuación que le son atribuidos.

<sup>56</sup> Entre la numerosísima bibliografía sobre sus aspectos sociales, *vid.* VV.AA. (R. QUESADA SEGURA, coord.), *La Constitución Europea y las Relaciones Laborales*, Mergablum - CARL (Sevilla, 2004); el número monográfico *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2005, nº 57; F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, «Aspectos sociales de la Constitución Europea», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2005, nº 127, pp. 199 y ss.



### III. Jurisprudencia



# Crónica jurisprudencial: La posición de los tratados constitutivos en la jurisprudencia social del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

MIGUEL ARENAS MEZA\*

CARLOS TEIJO GARCÍA\*

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN.—LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES (ARTÍCULO 45 DEL TFUE), UNA LIBERTAD COMUNITARIA DE NATURALEZA FUNDAMENTAL.—LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN DE TRABAJADORES SOBRE LA BASE DE LA NACIONALIDAD.—LAS RELATIVAS AL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE RETRIBUCIÓN ENTRE TRABAJADORES HOMBRES Y MUJERES.— DISPOSICIONES CON CONTENIDO SOCIAL DE LOS TRATADOS CONSTITUTIVOS QUE NO PRODUCEN EFECTO DIRECTO

## INTRODUCCIÓN

Los tratados constitutivos contienen las bases competenciales que han permitido el desarrollo de la política social de la Unión Europea. Las sucesivas reformas a las que han sido sometidos en las tres últimas décadas han perfilado el alcance de los poderes comunitarios en el ámbito de las relaciones laborales y el empleo que, sobre todo a partir de la adopción del Tratado de Amsterdam, han sido gradualmente extendidos y reunificados al conjunto de los Estados miem-

bros. Aún tomando en cuenta esta evolución del derecho originario, la Unión Europea sigue contando, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, con escasas capacidades regulatorias en el ámbito social para materializar el objetivo teleológico de desarrollar, de acuerdo con los principios de la proporcionalidad y la subsidiariedad, una política que esté orientada «hacia el fomento del empleo y la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones» (artículo 151 del TFUE).

\* Universidad de Santiago de Compostela.

Las disposiciones del Tratado de Lisboa que sustentan la política social europea, entendida en un sentido lato, son básicamente: el artículo 3 del TUE, en el que se establecen los objetivos generales de la Unión en el ámbito social<sup>1</sup>; los artículos 45 a 48 del TFUE, sobre la libertad de circulación de trabajadores comunitarios, que conforman el capítulo I del título IV; los artículos 77 a 80 del TFUE en los que se regula, incluyendo las cuestiones laborales, la política migratoria respecto a los nacionales de terceros Estados, en particular en el artículo 79; el título IX (artículos 145-150 del TFUE) sobre empleo<sup>2</sup>; el título X sobre *strictu sensu* política social (artículos 151-161 del TFUE); y, por último, el título XI sobre el Fondo Social Europeo (artículos 162-164 del TFUE). A partir de este sustrato de derecho originario, la Unión Europea continúa desplegando un elenco de actividades que, con mayor o menor fortuna, busca «no tanto generar un «Derecho social europeo» (un cuerpo jurídico común en lo social, que desplaza a los Derechos nacionales) como coordinar o armonizar los Derechos naciona-

les de los Estados miembros, dictando reglas de eficacia jurídica varia (directivas, resoluciones, recomendaciones, decisiones y dictámenes, junto a los reglamentos) y aplicando éstas con amplitud y dinamismo»<sup>3</sup>.

Dejando al margen el hecho de que la Unión Europea ha logrado tan solo un éxito moderado en su labor armonizadora, esta nota jurisprudencial va a limitarse a constatar que algunas de las disposiciones mencionadas de los tratados constitutivos tienen –junto con la dimensión constitucional que les permite servir de anclaje competencial para la articulación de la política social– una segunda faceta de carácter inmediato al generar (por contener, de acuerdo con la conocida doctrina establecida en la sentencia Van Gend en Loos, mandatos claros, precisos e incondicionados) un efecto directo que vincula a la totalidad de los sujetos del ordenamiento comunitario<sup>4</sup>. En las páginas siguientes se recogen referencias por tanto, a través de un repaso sucinto e impresionista de algunas sentencias del Tribunal de Luxemburgo, a la invocación de los tratados constitutivos como fuente directa de derechos y obligaciones que se ha venido realizando desde el ordenamiento social comunitario.

Es obligado a este propósito comenzar recordando que los tratados constitutivos no

<sup>1</sup> En el párrafo 3 se indica que «La Unión (...) obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado (...) 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 (...) combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño (...) fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros».

<sup>2</sup> En el que se desarrolla la dimensión de coordinación que es propia de este título –incorporado al derecho originario por el Tratado de Amsterdam– y que ha sido reforzada de acuerdo con la letra de los artículos 2.3 TFUE, según el cual «los Estados miembros coordinarán sus políticas económicas y de empleo según las modalidades establecidas en el presente Tratado, para cuya definición la Unión dispondrá de competencia y 5.2 TFUE que faculta a la Unión para «tomar medidas para garantizar la coordinación de las políticas de empleo de los Estados miembros, en particular definiendo las orientaciones de dichas políticas».

<sup>3</sup> M. ALONSO OLEA; M. E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, Civitas, 2009, 26ª ed., p. 899.

<sup>4</sup> Como ha venido señalando el Tribunal de Justicia desde la fundacional sentencia de 5.2.1963, asunto C-26/62, la eficacia directa significa que las normas de la Unión pueden desplegar por sí mismas plenitud de efectos de manera uniforme en todos los Estados miembros a partir de su entrada en vigor y, por tanto, pueden crear derechos y obligaciones para todos aquellos que puedan verse afectados por su ámbito de aplicación, particulares o Estados miembros. Como ha sido destacado por la doctrina, «se trata de una de las mayores aportaciones, si no la mayor, del Tribunal a la eficacia, solidez y la existencia misma del derecho comunitario», L. MILLÁN MORO, «Aplicabilidad directa y efecto directo en Derecho Comunitario según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 11, nº2, 1984, p. 447.

son, ni mucho menos, la fuente material básica de derechos y obligaciones en el ámbito laboral. Las disposiciones sociales comunitarias han sido definidas, sobre todo, a través del derecho derivado. Fundamentalmente mediante directivas, de acuerdo con el desigmo armonizador que enuncian los propios tratados, y, en menor medida, mediante reglamentos y otros instrumentos normativos europeos. Como corolario lógico de esta situación, ha sido en los conflictos surgidos en los procesos de transposición nacional de directivas donde se ha ventilado la inmensa mayoría de la jurisprudencia social del TJUE. Sin embargo, incluso a pesar de las escasas disposiciones laborales de los tratados dotadas de efecto directo, el activismo de la jurisprudencia de Luxemburgo en el ámbito laboral —que ha llevado al Tribunal a hacer de este terreno «una zona de ensayo y experimentación de principios y conceptos»<sup>5</sup>— permite componer una aproximación significativa a este objeto de análisis.

Existen tres grandes esferas de asuntos en los que la jurisprudencia social del TJUE ha subrayado la eficacia directa del derecho originario: los relativos al reconocimiento de la libre circulación de trabajadores; los vinculados a la prohibición de discriminación de los trabajadores no nacionales; y, por último, los asuntos ligados a la garantía del derecho de hombres y mujeres a obtener una igual remuneración salarial.

## LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES (ARTÍCULO 45 DEL TFUE), UNA LIBERTAD COMUNITARIA DE NATURALEZA FUNDAMENTAL.

El principio de la libre circulación de los trabajadores está consagrado en el artículo

<sup>5</sup> M. RODRÍGUEZ PIÑERO, «La contribución de la jurisprudencia social del TJCE a la construcción del orden jurídico comunitario», Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini, Giuffrè, 1998, p. 472.

45 del TFUE (antiguo artículo 48 del TCEE, y 39 del TCE) en cuyo primer párrafo se establece que «quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión»<sup>6</sup>. El acervo comunitario vigente en este ámbito garantiza a los ciudadanos europeos el derecho a desplazarse libremente en la UE por motivos de trabajo y protege los derechos sociales de los trabajadores y de los miembros de su familia<sup>7</sup>. La jurisprudencia de Luxemburgo ha desempeñado un rol capital en la definición de los perfiles de esta libertad y en el desarrollo progresivo de la misma, al enriquecer su originaria naturaleza económica con un inequívoco contenido político de forma tal que, en la actualidad, la libre circulación de trabajadores constituye una derivada concreta del derecho a la libre circulación y residencia que forma parte del estatuto de la ciudadanía europea (artículo 20.2.a del TFUE).

Para este avance, el aporte del Tribunal de Luxemburgo ha sido clave al materializar una lectura amplia de la libertad de circulación de trabajadores. La recontextualización de esta libertad partió en la jurisprudencia comunitaria de elaborar una noción extensa del concepto de trabajador asalariado con el objetivo de dificultar que las divergencias en las nociones nacionales socavasen el ejercicio del derecho<sup>8</sup>. A través de diferentes resolucio-

<sup>6</sup> Desarrollado mediante el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 DO L 257 de 19.10.1968, la Directiva 2004/38/CE DO L 158 de 30.4.2004 y la Directiva 2005/36/CE DO L 255 de 30.9.2005.

<sup>7</sup> Como señala el apartado 3 del artículo 45 TFUE esta libertad incluye «el derecho: a) de responder a ofertas efectivas de trabajo. b) de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros. c) de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales. d) de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él su empleo».

<sup>8</sup> En ese sentido, el Tribunal indicó que «el establecimiento de una libertad de circulación de los trabajadores tan amplia como sea posible, y que está entre los fun-



nes el Tribunal ha expandido la tutela de la libertad de circulación a todo tipo de actividades laborales, señalando que la definición de «trabajador» no debe ser interpretada de forma restrictiva<sup>9</sup> por lo que debe alcanzar a cualquier persona que (i) realice un trabajo genuino y efectivo (ii) bajo la dirección de otra persona (iii) por el que se le pague<sup>10</sup>, incluyendo incluso a las personas en formación<sup>11</sup>.

Por otra parte, como tempranamente señaló el Tribunal en la sentencia Walrave relativa a los reglamentos adoptados por la Unión Ciclista Internacional, la libre circulación de trabajadores reconocida en los tratados constitutivos posee un efecto directo de carácter horizontal, al resultar oponible no sólo frente a los Estados miembros sino también en las relaciones entre particulares<sup>12</sup>. En este pronunciamiento el Tribunal sostuvo que, siendo la libre circulación de personas

---

damentos de la Comunidad, constituye el objetivo principal del artículo 51 y condiciona la aplicación de los reglamentos adoptados para su ejecución», sentencia de 19.3.1964, Unger, asunto C-75/63.

<sup>9</sup> Sentencia de 2.3.1982, D.M. Levin, asunto C-53/81.

<sup>10</sup> En este sentido, el TJCE indicó que, a efectos de la libertad de circulación, trabajadores subordinados son los permanentes, los trabajadores eventuales o de temporada, los trabajadores fronterizos y los que desarrollen su actividad mediante prestaciones de servicios, sentencia de 3.7.1998, Lawrie-Blum, asunto C-66/85.

<sup>11</sup> Sentencia de 21.11.1991, Le Manoir, asunto C-27/91 y, más recientemente, sentencia de 17.3.2005, Karl Robert Kranemann, C-109/04, en la que se reconoce que «el artículo 48 del Tratado (actualmente artículo 39 CE, tras su modificación) se opone a una disposición nacional que, en el supuesto de una persona que ha efectuado, en el marco de unas prácticas preparatorias para determinados empleos, una actividad por cuenta ajena real y efectiva en un Estado miembro distinto de su Estado miembro de origen, solamente concede el reembolso de sus gastos de viaje en la cuantía correspondiente a la parte del trayecto realizada en el territorio nacional, cuando prevé que, de haberse efectuado tal actividad en dicho territorio, se habría reembolsado la totalidad de los gastos de viaje».

<sup>12</sup> Sentencia de 12.12.74, Walrave, asunto C-36/74.

uno de los objetivos fundamentales del tratado, resultaría contraproducente excluir de su ámbito de aplicación las relaciones laborales que pudieran surgir *inter privatos* puesto que, de hacerlo, se incrementaría el riesgo de suscitar discriminaciones en su aplicación<sup>13</sup>.

Gradualmente, por tanto, las sentencias del TJUE han buscado ampliar el alcance del derecho a la libre circulación de trabajadores. A través de esta práctica progresiva el Tribunal de Justicia ha puesto «el acento en la libertad de la persona, más que en su proyección económica, y al superar la rígida funcionalización de esa libertad a las exigencias económicas, ha abierto, consciente o inconscientemente, caminos insospechados para el reconocimiento de los derechos fundamentales en el orden jurídico comunitario (...) al entender el derecho de entrada y permanencia como un derecho personal propio «directamente conferido» por el Tratado»<sup>14</sup>. Tras haber contribuido de forma relevante al desbordamiento de la libre circulación de trabajadores de contenido económico y a su paulatina rearticulación como libertad de carácter político, el Tribunal de Justicia ha considerado que el estatuto de ciudadano de la Unión Europea tiene –tras su

---

<sup>13</sup> En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal en la sentencia de 15.12.1995, Bosman, asunto C-415/93, así como recientemente en la sentencia de 17.7.2008 en el asunto de Andrea Raccanelli contra Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e V., C-94/07, en la que ha vuelto a insistir sobre la idea de que «la eliminación, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de personas correría peligro si la supresión de las barreras de origen estatal pudiera verse neutralizada por los obstáculos derivados de actos realizados en ejercicio de su autonomía jurídica por asociaciones u organismos que no están sometidos al Derecho público». En ese sentido, el Tribunal ha considerado –por relación al artículo 39 CE (actual artículo 45 del TFUE), que reconoce una libertad fundamental y constituye una aplicación específica de la prohibición de discriminación– que la prohibición de discriminación también se extiende a todos los convenios destinados a regular colectivamente el trabajo por cuenta ajena, así como a los contratos entre particulares, cf. apartados 41, 42, 43, 45, 46 y 48 y punto 2 del fallo.

<sup>14</sup> M. RODRÍGUEZ PIÑERO, *op.cit.*, p. 478.

inclusión en el Derecho originario en el Tratado de Maastrich— la vocación de convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros permitiéndoles obtener, independientemente de su nacionalidad y de su condición laboral, el mismo trato jurídico en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario<sup>15</sup>.

La evolución de la libre circulación desde el ámbito económico al de los derechos humanos ha sido solemnizado finalmente mediante su incorporación al artículo 15.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que establece que «todo ciudadano de la Unión tiene libertad para buscar un empleo, trabajar, establecerse o prestar servicios en cualquier Estado miembro». Sin embargo, aun tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa que viene a reconocer a la Carta el valor de derecho originario, la construcción jurisprudencial del TJUE por relación al alcance de la libre circulación sigue teniendo un incuestionable valor hermenéutico puesto que la interpretación del artículo 15.2 de este instrumento normativo vendrá totalmente condicionada —en aplicación de lo previsto en el art. 52.2 de la Carta, que señala que los derechos reconocidos en este instrumento que son mencionados en otras partes del Derecho originario habrán de ejercerse en las condiciones y dentro de los límites definidos por éste— por la consolidada jurisprudencia del Tribunal en esta materia; lo que invita a concluir que «en la práctica no queda casi espacio para un ámbito de aplicación material propio o diferente del art. 15.2»<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> El carácter referencial del estatuto de la ciudadanía europea, en el que se encuentra subsumida como pieza indispensable la libre circulación de trabajadores, ha sido puesto de manifiesto, entre otros, por la sentencia de 12.5.1998 en el asunto Martínez Sala, asunto C-85/96, y en la sentencia 20.9.2001, Grzelczyk, asunto C-184/99.

<sup>16</sup> J.M. PÉREZ DE LOS NANCLARES, «Libertades», en A. MANGAS MARTÍN (ed.), *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, BBVA, 2009, p. 326.

## LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN DE TRABAJADORES SOBRE LA BASE DE LA NACIONALIDAD

Indisolublemente ligados a la jurisprudencia sobre la libertad de circulación de trabajadores se encuentran los pronunciamientos del TJUE sobre la interdicción de las discriminaciones laborales por motivos de nacionalidad. En numerosas sentencias el Tribunal ha reconocido efecto directo al párrafo segundo del actual artículo 45 TFUE, que establece que «la libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo». Hoy en día, la letra de esta disposición puede considerarse una derivada específica en material laboral del mandato genérico contenido en el artículo 18 TFUE (antiguo artículo 12 del TCE), que establece una prohibición general de discriminación sobre la base de la nacionalidad. Sin embargo, lo cierto es que, genealógicamente, la tutela pretoriana del Tribunal frente a la discriminación fue iniciada, en términos materiales, en el universo laboral.

Las controversias resueltas por el TJUE se refieren de forma mayoritaria, también en este caso, a la aplicación de las distintas normas de derecho derivado mediante las que ha sido regulada la prohibición de discriminación en el ámbito laboral por razón de nacionalidad<sup>17</sup>. Sin embargo, resulta posible hacer mención a diversas sentencias que ilustran la aplicación directa del actual artículo 45.2 del TFUE por parte del Tribunal.

De este modo, tomando ejemplos que inciden sobre distintas dimensiones de la siem-

<sup>17</sup> Para un análisis específico *vid.*, por todos, entre la bibliografía existente, el número especial de los Cuadernos de Derecho Judicial dedicado a la *Libertad de circulación de trabajadores : aspectos laborales y de Seguridad Social comunitarios : presente y futuro*, 2002, núm. 7, coordinado por J.J. HERVÁS ORTIZ.

pre poliédrica relación laboral, cabe indicar que el Tribunal consideró discriminatorio que no fuese computado para los nacionales de otros Estados miembros el tiempo de prestación del servicio militar a efectos de antigüedad en la empresa cuando los mismos períodos satisfechos en el país de empleo sí eran tomados en consideración en beneficio de los trabajadores nacionales<sup>18</sup>. E hizo ver también que el reconocimiento de mejoras retributivas por parte del empresario, en función de ciertos requisitos objetivos, debe extenderse —a fin de no incurrir en discriminación— a todos los trabajadores que cumplan los mismos con independencia de su nacionalidad<sup>19</sup>.

El Tribunal también ha estimado que un Estado, en el caso concreto España, incumple con las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 45.2 TFUE si no adopta disposiciones legales en las que se establezca de forma explícita en la función pública española el reconocimiento a efectos económicos de los servicios prestados en la función pública de otro Estado miembro<sup>20</sup>. Igualmente, la jurisprudencia comunitaria ha afirmado que la prohibición de discriminación alcanza no sólo a las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad, sino también a cualquier otra forma de discriminación encubierta que conduzca al mismo resultado por lo que un organismo público de un Estado miembro no puede, cuando va a contratar personal para cubrir puestos que no están reservados a nacionales, tomar en consideración las actividades profesionales anteriores ejercidas por los candidatos en la Administración pública de ese mismo Estado

<sup>18</sup> Sentencia de 15.10.1969, Ugliola, asunto C-15/69.

<sup>19</sup> Sentencia de 12.2.1974, Sotgiu, asunto C-152/73, relativa a una compensación por desplazamiento temporal que la sentencia considera como complemento retributivo.

<sup>20</sup> Sentencia de 23.2.2006, Comisión/España, asunto C-205/04.

miembro, sin hacerlo también respecto a las actividades desempeñadas por un candidato en la Administración de otro Estado miembro<sup>21</sup>.

Aunque el artículo 45.4 TFUE excluye «a los empleos de la administración pública» de la prohibición de discriminación las disposiciones, la jurisprudencia del Tribunal ha jugado también un rol activo en la limitación del alcance de la excepción, permitiendo que el principio de no discriminación tutelase los intereses de trabajadores migrantes expuestos a cláusulas abusivas. De esta forma, ha sido fijado el criterio de que la exclusión a favor de los nacionales únicamente se justifica si los empleos a desempeñar están relacionados de modo directo con el ejercicio del poder público y la responsabilidad de salvaguardar el interés general del Estado<sup>22</sup>. Incluso, por relación a los puestos del sector privado que implican un cierto ejercicio del poder público, el Tribunal ha llegado a señalar que un Estado miembro sólo puede reservar a sus nacionales los empleos de capitán y primer oficial de los buques mercantes que enarbolan su pabellón si las prerrogativas de poder público atribuidas a los capitanes y a los primeros oficiales se ejercen efectivamente de forma habitual y no representan una parte muy reducida de sus actividades, no pudiendo además someter dicha reserva a una condición de reciprocidad<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Sentencia de 23.2.1994, IngeTraut Scholz, asunto C-419/92.

<sup>22</sup> El Tribunal señaló la vulneración por parte de Grecia del principio de no discriminación por establecer una reserva destinada a la contratación de nacionales «en los sectores públicos de distribución de agua, gas y electricidad, en los servicios operativos de salud pública y en los sectores de la enseñanza pública, los transportes marítimos y aéreos, los ferrocarriles, los transportes públicos urbanos y regionales, la investigación civil y correos, telecomunicaciones y radiotelevisión, así como en la ópera de Atenas y en las orquestas municipales», sentencia de 2.7.1996, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Helénica, asunto C-290/94.

<sup>23</sup> Sentencia de 30.9.2003, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, asunto C-405/01.

Aunque, como hemos señalado, es con ocasión de la aplicación del derecho derivado dónde la jurisprudencia comunitaria se ha mostrado más prolija, lo cierto es que en ocasiones el TJUE ha reforzado su argumentario y fundamentación de las sentencias indicando, de forma expresa, la existencia de vulneraciones específicas del actual artículo 45.2 TFUE. Así, continuando con esta fragmentaria ilustración de la presencia de los tratados en la jurisprudencia social del TJUE, puede indicarse con relación, por ejemplo, a la problemática vinculada con la no discriminación del trabajador migrante en el ámbito de la seguridad social, que la prohibición de discriminación se opone a que un Estado miembro perciba de un trabajador, que en el curso de un año natural traslada su residencia de un Estado miembro a otro para ejercer allí una actividad por cuenta ajena, una cotización a los seguros sociales superior a la que debe pagar, en las mismas circunstancias, un trabajador que haya mantenido durante todo el año su residencia en el Estado miembro de referencia, sin que el primer trabajador disfrute, por lo demás, de prestaciones sociales adicionales<sup>24</sup>. En una órbita de cuestiones similar, el Tribunal ha precisado que «las autoridades de seguridad social competentes de un primer Estado miembro deben, con arreglo a las obligaciones comunitarias que les incumben en virtud del artículo 39 CE [45.2 TFUE] computar a efectos del derecho a prestaciones de vejez los períodos de seguro cubiertos en un país tercero por un nacional de un segundo Estado miembro cuando, en las mismas condiciones de cotización, dichas autoridades competentes reconocen, de conformidad con un convenio internacional bilateral celebrado entre el primer Estado miembro y el país tercero, el cómputo de dichos períodos cubiertos por sus propios nacionales»<sup>25</sup>. Por último, para cerrar este breve

recorrido, cabe recordar que, en el ámbito de los requisitos lingüísticos vinculados al acceso al empleo, el Tribunal ha admitido que, si bien un empleador puede requerir a un candidato que acredite su conocimiento de idiomas, no puede exigir que dicha certificación sea exclusivamente un único diploma expedido en una sola provincia de un Estado miembro, puesto que dicha práctica resultaría discriminatoria<sup>26</sup>.

### LAS RELATIVAS AL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE RETRIBUCIÓN ENTRE TRABAJADORES HOMBRES Y MUJERES

El tercero de los grandes ámbitos en los que el derecho originario ha sido objeto de aplicación directa en la jurisprudencia social comunitaria es el de la igualdad retributiva entre trabajadores y trabajadoras, regulado por el artículo 157.1 TFUE (que fue 119 del TCEE y posteriormente 141 del TCE) al señalar que «cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor». Como es sobradamente conocido, las circunstancias negociadoras del gobierno francés en la conferencia de Roma —en la que deseaba evitar el *dumping* que podía causar a su industria textil doméstica la presencia en Bélgica de trabajadoras que recibían una remuneración inferior a la de los varones— condujeron a la inclusión de esta disposición en el Tratado de Roma de 1957. El carácter coyuntural del que trae causa la

---

dente en la Comunidad, que había trabajado en Francia, Italia y Suiza y que, careciendo de derechos suficientes para obtener una pensión en Italia, solicitó la acumulación de los períodos realizados en Suiza e Italia, que resultaba aplicable a los nacionales de estos países en virtud de un acuerdo bilateral italo-suizo, Sentencia de 15.2.2002, Elide Gottardo, asunto C-55/00.

<sup>26</sup> Sentencia de 6.6.2000, Angonese, asunto C-281/98.

<sup>24</sup> Sentencia de 26.1.1999, Terhoeve, asunto C-18/95, párrafo 2 del fallo.

<sup>25</sup> En el asunto Gottardo, el Tribunal de Justicia aplicó el principio de no discriminación a una persona resi-

regulación sugiere que los Estados no quisieron hacer de la igualdad de hombres y mujeres un principio dominante del derecho social comunitario si bien «la evolución en este ámbito, por obra del derecho derivado y de la jurisprudencia del Tribunal, ha conducido hoy a hacer de la igualdad social y profesional entre hombre y mujer un elemento esencial de la construcción jurídica comunitaria»<sup>27</sup>.

La ambición interpretativa del TJUE en este ámbito ha sido esencial para el avance en la tutela de los derechos de la mujer al implicar un salto cualitativo, desde una voluntad originaria de suprimir distorsiones a la competencia socioeconómica hasta el expreso reconocimiento de un derecho de carácter fundamental, como se pone de manifiesto en el elocuente pronunciamiento de la Sentencia *Deutsche Telekom AG c. Lilli Schroder* que dice que «la finalidad económica perseguida por el artículo 119 del Tratado, que consiste en la eliminación de las distorsiones en la competencia entre las empresas establecidas en distintos Estados miembros, reviste un carácter secundario respecto al objetivo social contemplado por la misma disposición que constituye la expresión de un derecho humano fundamental»<sup>28</sup>.

La fuerza tractora del Tribunal en este ámbito contribuyó a impulsar la adopción, desde mediados de los años setenta, de un extenso repertorio de directivas mediante las que la Unión Europea ha situado la lucha contra la discriminación por motivos de género como una coordenada básica de su política legislativa, abordando cuestiones como las condiciones de acceso al empleo, a la formación y promoción profesionales y a las condi-

ciones de trabajo<sup>29</sup>. Sin embargo, dejando al margen tanto la copiosa aportación normativa de las instituciones como la extensiva interpretación de las normas de derecho derivado que ha realizado el Tribunal de Justicia, queremos subrayar la relevancia que ha tenido para este ámbito de regulación la aplicación directa por parte del Tribunal del mandato contenido en el actual artículo 157.1 del TFUE.

La doctrina general sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en el trabajo, con referencia específica a la remuneración pero con un alcance conceptual más amplio, se contiene en la notoria sentencia de 8 de abril de 1976 (asunto *Defrenne II*) en la que el TJCE estimó que el 157 TFUE, artículo 119 del momento, es una norma clara y precisa de alcance general que «se impone, no solamente a la acción de las autoridades públicas, sino que se extiende igualmente a todos los convenios que tienen como fin regular de manera colectiva el trabajo asalariado, así como a los contratos entre particulares»<sup>30</sup>, por lo que resulta oponible frente a un convenio colectivo (como el que regulaba las relaciones entre la aerolínea belga Sabena y su empleados) que le sea contrario.

El Tribunal ha perfilado en la jurisprudencia subsiguiente al asunto *Defrenne* el alcance del principio de igualdad de remuneración señalando, en primer término, que el principio de igualdad de remuneración por idéntico trabajo obliga tanto a los empleadores privados como a las administraciones públicas y que constituye una norma de

<sup>27</sup> P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union Européenne*, LGDJ, 2008, p. 135. El artículo 23 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales recoge este acervo común al establecer que «la igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución».

<sup>28</sup> Sentencia de 10.2.2000, *Deutsche Telekom AG v. Lilli Schroder*, asunto C-50/96.

<sup>29</sup> De entre la amplia bibliografía vid., por todos, I. LIROLA DELGADO, «La integración de la perspectiva de género en la Unión Europea» *Anuario de Derecho Europeo*. Vol. 2, 2002, pp. 259 y ss.; y A. MANGAS MARTÍN, «Cincuenta años de igualdad de trato entre hombres y mujeres en la UE: balance». *Los Tratados de Roma en su cincuenta aniversario*, Marcial Pons, 2008, pp. 283-324.

<sup>30</sup> Sentencia de 8.4.1976, *Defrenne II*, asunto C-43/75, apartado 39.

orden público inderogable<sup>31</sup>. Además, el TJCE ha aclarado las nociones de «retribución» y de «mismo trabajo o trabajo de igual valor». De esta forma, la interpretación del actual artículo 157.2 del TFUE<sup>32</sup> ha sido abonada, entre otras, por la sentencia Lewen, en la que se precisa que son remuneración todos los complementos salariales, aunque sean voluntarios como puede ser el caso de la paga de Navidad<sup>33</sup>; la sentencia Hlozek, que indica que las indemnizaciones por despido también se incluyen en el salario<sup>34</sup>; o la sentencia Barber, que declara que las pensiones pagadas por un plan de empresa, así como las prestaciones concedidas al trabajador con motivo de su despido por causas económicas, están incluidas dentro del ámbito de aplicación del artículo<sup>35</sup>.

En lo que respecta a las discriminaciones directas, el Tribunal valoró que la exclusión de una mujer embarazada de un aumento de sueldo durante su período de maternidad (sentencia Gillespie<sup>36</sup>) o la determinación en los regímenes profesionales de seguridad social de edades diferentes de jubilación para mujeres y hombres (sentencia Barber) cons-

tituían supuestos de discriminación. En materia de discriminaciones indirectas, es decir en las situaciones en las que el propio TJUE perciba diferencias de trato entre dos grupos de trabajadores y que ésta diferencias afecten —sin motivo justificado— a un número muy superior de mujeres que de hombres o viceversa, la jurisprudencia comunitaria ha defendido que también se producen violaciones al artículo 157 del TFUE. Así lo hizo ver, por vez primera, en la sentencia Jenkins en la que estableció la vinculación que existe entre el trato discriminatorio que se aplica a los trabajadores a tiempo parcial y el hecho de que la mayoría de estos trabajadores sean de sexo femenino<sup>37</sup>. En el mismo sentido, el Tribunal ha considerado como discriminación indirecta la mayor remuneración por las mismas horas de trabajo para los trabajadores a tiempo completo frente a los trabajadores a tiempo parcial, por ser estos últimos predominantemente mujeres<sup>38</sup>; ha extendido esta jurisprudencia a casos en los que la legislación estatal permitía al empresario excluir a los trabajadores a tiempo parcial del pago del salario durante el período de enfermedad<sup>39</sup>; y ha considerado igualmente discriminatoria la no concesión a los trabajadores a tiempo parcial de la indemnización temporal abonada a los trabajadores a tiem-

<sup>31</sup> Sentencias de 27.06.90, Kowalska, asunto C-33/89 y de 02.10.97, Gerster, asunto C-1/95.

<sup>32</sup> En el que se aclara que «se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo. La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa: a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida; b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo».

<sup>33</sup> Sentencia de 21.10.1999, Lewen, asunto C-333/97.

<sup>34</sup> Sentencia de 9.12.2004, Hlozek, asunto C-19/02.

<sup>35</sup> Sentencia de 17.05.90, Barber, asunto C-266/88.

<sup>36</sup> Sentencia de 13.2.1996, Gillespie, asunto C-342/93.

<sup>37</sup> Sentencia de 21.05.81, Jenkins, asunto C-96/80. Esta idea ha sido reiterada en sentencias posteriores como las de 07.02.91, Helga Nimz, asunto C-184/89; de 04.06.92, Bôtel, asunto C-360/90; y de 27.10.93, Enderby, asunto C-127/92.

<sup>38</sup> En la sentencia Bilka el Tribunal declaró literalmente que «la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial del régimen de pensiones de una empresa se opone al art. 119 TCE cuando dicha medida afecte a un número más elevado de mujeres que de hombres. No existe tal vulneración cuando la empresa, por razones objetivas justificadas y con independencia del sexo, pretenda fomentar el trabajo a jornada completa excluyendo de los planes de pensiones a los trabajadores a tiempo parcial», sentencia de 13.5.1986, Bilka-Kaufhof, asunto C-170/84.

<sup>39</sup> Sentencia de 13.7.1989, Rinner-Kühn asunto 171/88

po completo en caso de finalización de la relación laboral<sup>40</sup>.

### DISPOSICIONES CON CONTENIDO SOCIAL DE LOS TRATADOS CONSTITUTIVOS QUE NO PRODUCEN EFECTO DIRECTO

Como hemos indicado, la jurisprudencia del TJUE se ha centrado en la aplicación de los Reglamentos y, sobre todo, de las Directivas, al ser estas normas sobre las que se teje la trama del derecho social comunitario. Aunque importante, la presencia de los tratados constitutivos en los pronunciamientos del Tribunal de Justicia tiene un papel secundario. Sobre todo porque, volviendo al comienzo de esta crónica, las disposiciones sociales de los tratados delimitan competencias y procedimientos de la política social pero están, en su mayor parte, desprovistas de efecto directo.

A pesar de que esta idea se sigue lógicamente de la propia estructura normativa de casi todas las disposiciones sobre política social recogidas en el derecho originario, el TJUE se ha visto obligado a explicitarla en varias sentencias. Valga como ejemplo de

esta práctica la sentencia Giménez Zaera en la que el Tribunal negó la aplicabilidad del artículo 151 TFUE (que, en anteriores versiones, fue artículo 117 del TCEE y artículo 136 del TCE), en el que se establece que «la Unión y los Estados miembros (...) tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones».

De forma inequívoca el Tribunal de Justicia tuvo que precisar que los mandatos de esta disposición carecen de efecto directo por tener un «carácter esencialmente programático», si bien ha indicado que ese carácter «no implica que carezcan de todo efecto jurídico [puesto que] constituyen elementos importantes, especialmente para la interpretación de otras disposiciones del Tratado y del Derecho comunitario derivado en el ámbito social [si bien] la realización de estos objetivos debe ser resultado de una política social cuya definición corresponde a las autoridades competentes»<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> Como señaló el Tribunal es contraria al principio de discriminación «una disposición de un contrato colectivo que excluía a trabajadores a tiempo parcial del pago de subsidio por término de su contrato (...) cuando se demuestra que, en realidad, el porcentaje de personal masculino que trabaja a tiempo parcial es mucho menor que el femenino», sentencia Kowalska, cit. supra. Para el TJCE, en todo caso, estas discriminaciones indirectas pueden, en ciertos casos, ser compatibles con el tratado cuando son adoptados por motivos justificados dignos de protección (situación del mercado de trabajo, dureza física del trabajo, etc.), independientes de consideraciones inherentes al sexo, si responden a una verdadera necesidad de la empresa y si la medida respeta el principio de proporcionalidad, sentencia de 31.05. 95, Dansk Industri, asunto C-400/93; de 14.12.95, Megner y Scheffel, asunto C-444/93).

<sup>41</sup> Sentencia de 29.9.1987, Giménez Zaera, C-126/86, párrafos 13 y 14.

## IV. Documentación e Informes





# La reforma de Europa para el siglo XXI: el proceso de adopción del Tratado de Lisboa

MIGUEL COLINA ROBLEDO\*

---

**SUMARIO:** CONSIDERACIONES GENERALES: SOBRE EL PROCEDIMIENTO Y EL MÉTODO PARA LA REVISIÓN DE LOS TRATADOS.—EL PUNTO DE PARTIDA: EL TRATADO DE NIZA Y LAS DECLARACIONES SOBRE EL FUTURO DE LA UNIÓN.—EL DESARROLLO DEL PROCESO DE REFORMA DE LOS TRATADOS: EL PROYECTO DEL TRATADO POR EL QUE SE ESTABLECE UNA CONSTITUCIÓN PARA EUROPA.—LA CONCLUSIÓN DEL PROCESO DE REFORMA DE LOS TRATADOS: EL TRATADO DE REFORMA O DE LISBOA.

## CONSIDERACIONES GENERALES: SOBRE EL PROCEDIMIENTO Y EL MÉTODO PARA LA REVISIÓN DE LOS TRATADOS

**E**l proceso de adopción del Tratado de Lisboa, compuesto por el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que representa la cuarta reforma de los Tratados fundacionales, tras las producidas por el Acta Única Europea, de 17 y 28 de febrero de 1986, en vigor desde el 1 de julio de 1987, fruto de la CIG celebrada entre el 9 de septiembre de 1985 y el 18 de febrero de 1986, por el Tratado de Maastricht, de 7 de febrero de 1992, resultado de las dos CIG, iniciadas el 15 de diciembre de 1990 para debatir las condicio-

nes para el establecimiento de una Unión Económica y Monetaria y el proyecto de unidad política, por el Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997, en vigor desde el 1 de mayo de 1999, tras los trabajos de la CIG convocada el 29 de marzo de 1996, y por el Tratado de Niza, de 16 de febrero de 2001, en vigor a partir del 1 de febrero de 2003, resultado de la CIG iniciada el 15 de febrero de 2000 y concluida en el Consejo Europeo de 7 a 10 de diciembre de 2000, se ha desarrollado de conformidad con lo dispuesto en el art. 48 del TUE, del Tratado de Niza, relativo a la revisión de los Tratados sobre los que se funda la Unión.

Así pues, el resultado final es el fruto de los trabajos de la Conferencia de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, más comúnmente conocida como Conferencia Intergubernamental (CIG), convocada por el Presidente del Consejo, tras el

---

\* Vocal Asesor de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo e Inmigración.

dictamen favorable de éste para su constitución, después de la consulta al Parlamento Europeo y, en su caso, a la Comisión Europea, que por primera vez se va a plantear una reforma global y no sólo una adaptación posible de los Tratados vigentes.

Además, más allá del cumplimiento del procedimiento legalmente establecido, en el caso del Tratado de Lisboa, el método aplicado para su adopción, a diferencia del utilizado hasta el Tratado de Niza, las CIG, exclusivamente con participación de los Gobiernos de los Estados miembros, supone la consolidación del método de la Convención, inaugurado con ocasión del debate, celebrado con vistas a la adopción de la Carta Comunitaria de los Derechos Fundamentales en 2000. Este método, calificado por la doctrina como método federal, debido al resultado positivo de éste, incorpora una fase previa de reflexión, y se caracteriza porque pone en pié de igualdad a las distintas legitimidades presentes en la construcción europea, la estatal y la ciudadana, superando así la exclusividad del método diplomático empleado hasta entonces, en el que los Gobiernos de los Estados miembros eran los únicos actores del proceso de revisión y reforma de los Tratados, a través de la Conferencia Intergubernamental.

#### EL PUNTO DE PARTIDA: EL TRATADO DE NIZA Y LAS DECLARACIONES SOBRE EL FUTURO DE LA UNIÓN

La CIG, convocada en Bruselas el 14 de febrero de 2000, para la elaboración del Tratado de Niza, que vino a modificar el Tratado de la Unión Europea, los Tratados de las Comunidades Europeas y determinados Actos anexos, adoptaba una Declaración relativa al futuro de la Unión, aneja al acta final, el 26 de febrero de 2001, más allá de las importantes reformas logradas en este Tratado y de la apertura a la ampliación de la UE, junto con los cambios institucionales necesarios

para la adhesión de nuevos Estados miembros, apelaba a un debate más amplio y profundo sobre el futuro de la UE, a desarrollar en 2001, bajo las presidencias sueca y belga, con la participación de todas las partes interesadas (representantes de los Parlamentos nacionales y del conjunto de la opinión pública, tales como los círculos políticos, económicos y universitarios, y los representantes de la sociedad civil), asociando al proceso a los Estados candidatos, de cuyo resultado se habría de presentar un informe al Consejo Europeo de Gotemburgo, de junio de 2001, para que el Consejo Europeo, en su sesión de diciembre, a celebrar en Laeken, adoptara una Declaración con las iniciativas adecuadas para dar continuidad al proceso, en el que se deberían abordar, entre otras, las cuestiones referidas a: la forma de establecer y supervisar la delimitación de las competencias entre la UE y los Estados miembros, con respeto del principio de subsidiariedad; el estatuto de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, a tenor de las Conclusiones del Consejo Europeo de Colonia; la simplificación de los Tratados, para clarificarlos y facilitar su comprensión, sin modificarlos; y la función de los Parlamentos nacionales en la arquitectura europea. La Declaración concluía reconociendo la necesidad de mejorar y supervisar permanentemente la legitimidad democrática y la transparencia de la Unión y de sus instituciones, para aproximarlas a los ciudadanos de los Estados miembros, y acordaba que, una vez terminado este trabajo preparatorio, se habría de convocar una Conferencia de representantes de los Gobiernos de los Estados miembros en 2004 para introducir modificaciones en los Tratados.

*La Declaración del Consejo Europeo de Laeken, de 14 y 15 de diciembre de 2001, sobre el futuro de la Unión Europea, tras constatar la realización progresiva de la Unión, partiendo de la cooperación económica y técnica inicial, pasando por el fortalecimiento de la legitimidad democrática, materializado en la primera elección directa del Parlamento*

Europeo en la década de los 80, hasta llegar a la última década del siglo XX, cuando se ha comenzado a construir una unión política y se ha establecido una cooperación en los ámbitos de la política social, el empleo, el asilo, la inmigración, la justicia y la política exterior, así como una política común de seguridad y defensa, y poner de manifiesto el éxito de ésta, traducido entre otros resultados en el aumento del nivel de vida de las regiones más retrasadas de la Unión, ante la encrucijada en la que se encontraba la Unión Europea como consecuencia del proceso de ampliación abierto para incorporar a los nuevos Estados de la Europa del Este, vino a plantear la necesidad de un enfoque diferente para responder al doble reto democrático de, por una parte, aproximar las instituciones a los ciudadanos, hacerlas más eficientes y transparentes y que presten mayor atención a las preocupaciones concretas de éstos (en relación con los asuntos de la justicia y la seguridad, la lucha contra la delincuencia transfronteriza, el control de los flujos migratorios, la acogida de solicitantes de asilo y de refugiados, y con resultados tangibles en el ámbito del empleo y la lucha contra la pobreza y la exclusión social, y en el ámbito de la cohesión económica y social, en el contexto del mercado interior y de la moneda única, respetando las diferencias y particularidades nacionales y regionales, que pueden ser enriquecedoras), y someterlas a un mayor control democrático; y por otra, del nuevo papel de Europa en un entorno mundializado, en rápida mutación y de su responsabilidad en la gobernanza de la globalización, ligada a la solidaridad y al desarrollo sostenible, para conseguir resultados concretos en términos de más empleo, más calidad de vida, educación de calidad y mejores servicios sanitarios, y de creación de nuevas oportunidades, lejos de un superestado europeo y unas instituciones europeas que se inmiscuyan en todo.

Ante los retos enunciados, la Declaración de Laeken propuso un camino de reformas (un mejor reparto y definición de las competencias

de la UE, clarificando las que sean exclusivas de la Unión, las propias de los Estados miembros, y las compartidas por aquélla y por éstos, y determinando a qué nivel se ejercitan de forma más eficaz, en alusión a la aplicación del principio de subsidiariedad, reflexionando y considerando sobre si hay que proceder a un reajuste en el reparto de competencias, entre las que menciona el refuerzo de la coordinación de las políticas económicas, y el modo de garantizar el reparto renovado de competencias, de manera que no suponga una ampliación de la Unión ni afecte a las exclusivas de los Estados miembros; la simplificación de los instrumentos de la Unión, distinguiendo entre las medidas legislativas y las de aplicación, cuestionándose la reducción del número de instrumentos legislativos y no vinculantes, el recurso al método de coordinación abierta y al reconocimiento mutuo, y la operatividad del principio de proporcionalidad; el aumento de la legitimidad y la transparencia de las instituciones democráticas para hacerlas más eficaces, lo que lleva a suscitar la cuestión del papel y de las funciones de las instituciones europeas, singularmente del Parlamento Europeo y del Consejo, en relación con las competencias legislativas y de ejecución, el papel de los Parlamentos de los Estados miembros, y los medios para mejorar la eficacia del proceso de la toma de decisiones y el funcionamiento de las instituciones en una Unión con treinta Estados miembros, especialmente en cuanto a las decisiones por mayoría cualificada, al procedimiento de codecisión entre el Consejo y el Parlamento Europeo, la función y estructura de las distintas formaciones del Consejo, y el refuerzo de la representación de la Unión en los foros internacionales) para establecer una Unión renovada que condujera, a través de la simplificación y reorganización de los actuales Tratados, a la posible adopción de una Constitución para los ciudadanos europeos, planteando también reflexionar sobre la integración en ella de la Carta de los Derechos Fundamentales y la adhesión al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos.

## EL DESARROLLO DEL PROCESO DE REFORMA DE LOS TRATADOS: EL PROYECTO DEL TRATADO POR EL QUE SE ESTABLECE UNA CONSTITUCIÓN PARA EUROPA

El resultado del mandato político del Consejo Europeo de Laeken será el *non nato* Tratado de Roma, por el que se establece una Constitución para Europa, firmado el 29 de octubre de 2004, como conclusión de los trabajos de la Convención y de la Conferencia Intergubernamental, por el que se establece una Constitución para Europa.

La Convención, dirigida por un Presidium de 13 miembros, presididos por el Sr. Valérie Giscard d'Estaing, compuesta por 108 miembros (quince representantes de los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros, trece representantes de los Jefes de Estado y de Gobierno de los países candidatos a la adhesión, treinta representantes de los Parlamentos nacionales de los Estados miembros, veintiséis representantes de los Parlamentos nacionales de los países candidatos, dieciséis representantes miembros del Parlamento Europeo, dos representantes de la Comisión Europea), y 13 observadores, (tres representantes del Comité Económico y Social Europeo, seis representantes del Comité de las Regiones, tres representantes de los interlocutores sociales y el Defensor del Pueblo), desarrolló sus trabajos entre el 28 de febrero de 2002 y el 10 de julio de 2003, período durante el cual se reunió en sesión plenaria en 27 ocasiones en las que se examinaron los resultados de los debates y las propuestas contenidas en los informes de los 11 grupos de trabajo constituidos para abordar los aspectos esenciales (la subsidiariedad; la Carta de los Derechos Fundamentales; la personalidad jurídica; el papel de los parlamentos nacionales; las competencias complementarias; la gobernanza económica; la acción exterior; la defensa; la simplificación; la libertad, la seguridad y la justicia; y la Europa social)

de las reformas pretendidas, de conformidad con el mandato específico para cada uno de ellos, y de los tres círculos de debate, dedicados al Tribunal de Justicia, los procedimientos presupuestarios, y los recursos propios. El Presidium, responsable del impulso político de la Convención, por su parte celebró 50 sesiones de trabajo, de las que salió el proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, de 18 de julio de 2003, presentado por su Presidente a la Presidencia del Consejo.

De los 11 grupos de trabajo constituidos en el seno de la Convención por el contenido temático de sus trabajos en relación con la dimensión social de los Tratados, dedicaremos atención especial a los que se han ocupado de a la Carta de los Derechos Fundamentales y la adhesión al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos (CEDH), de la libertad, la seguridad y la justicia y de la Europa Social.

El mandato del Grupo dedicado a «La integración de la Carta de los Derechos Fundamentales en el Tratado y a la adhesión de la Comunidad o de la Unión al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos (CEDH)», se centra en las modalidades y consecuencias de la posible integración de la Carta, examinando las técnicas posibles de integración y determinados problemas relacionados con ellas, la cuestión de las vías de recurso ante el TJUE y en las consecuencias de la posible adhesión al Convenio.

Sobre la base de este mandato y tras siete reuniones, entre el 23 de julio y el 28 de octubre de 2002, el informe final concluía con el apoyo firme a la incorporación de la Carta mediante una fórmula que permitiera que fuera jurídicamente vinculante y que tuviera estatuto constitucional, proponiendo como alternativas concretas para la integración en el Tratado: la inclusión del texto de los artículos de la Carta al principio en un título o capítulo del Tratado Constitucional; la inclusión de una referencia adecuada a la Carta en

un artículo, combinada con su inclusión como anexo o añadido en el Tratado Constitucional; la realización de una referencia indirecta a la Carta para que fuera jurídicamente vinculante sin reconocerle estatuto constitucional, respetando su contenido íntegro con algunos ajustes técnicos de redacción, sin que en ningún caso la incorporación de la Carta viniera a suponer modificación en el reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros, garantizando la compatibilidad total entre los derechos fundamentales del Tratado CE y los artículos de la Carta que los reafirman, que los derechos de la Carta que corresponden a derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos tienen el mismo alcance; la inclusión de una manera de interpretación acorde con las tradiciones constitucionales comunes; y la distinción entre los derechos y los principios de la Carta; el mantenimiento en todo caso del preámbulo de la Carta en el marco del futuro Tratado constitucional; el mantenimiento de la referencia a las dos fuentes externas de inspiración de los derechos fundamentales, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros; la importancia de las explicaciones interpretativas elaboradas a petición del Presidium de la Convención de la Carta que deberían ser actualizadas.

Respecto de la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos, el informe final se manifestó a favor de introducir en el nuevo Tratado una disposición constitucional que facultara a la Unión para adherirse al Convenio, como un paso complementario para garantizar el respeto pleno de los derechos fundamentales por parte de la Unión, sin que, como en el caso de la Carta, se debiera modificar el reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros, como tampoco se viera afectada la posición de cada uno de los Estados miembros respecto del Convenio por la adhesión de la Unión, rechazando las posibles alternativas (procedimiento especial de remisión o consulta al TJ de Estrasburgo,

recurso especial contra las instituciones ante este Tribunal sin adhesión al Convenio o una sala colegiada compuesta por jueces del TJUE y del Tribunal de Estrasburgo) al mecanismo de la adhesión, así como la idea de establecer un procedimiento especial ante el TJUE para la protección de los derechos fundamentales.

El mandato para el grupo de trabajo responsable del capítulo sobre «libertad, seguridad y justicia», incluía reflexionar y proponer mejoras a introducir en los Tratados para favorecer una creación verdadera, plena y exhaustiva, de un espacio de libertad, seguridad y justicia, entre otros aspectos en los relativos a la política europea en materia de asilo e inmigración, que se considera excesivamente limitada, así como en los instrumentos y procedimientos actuales del tercer pilar, contemplando la posibilidad de incluir todos los aspectos del espacio de libertad, seguridad y justicia en el marco jurídico general común, superando el principio de la unanimidad, y qué modificaciones se podrían introducir en el texto de las disposiciones del Tratado que definen la competencia comunitaria, en particular en materia de inmigración y asilo.

Tras nueve reuniones de trabajo, desarrolladas entre el 16 de septiembre y el 4 de diciembre de 2002, el informe final del grupo concluía poniendo de manifiesto que las disposiciones actuales del tercer pilar debían inscribirse en un marco jurídico general común que reconociera las particularidades de este ámbito, planteando la posibilidad de que el Consejo Europeo estableciera un programa estratégico plurianual, y la distinción entre la legislación y una mayor coordinación de la colaboración operativa en la Unión.

Así pues, a propósito de los procedimientos legislativos y de la creación de un sistema europeo común de asilo, se recomendaba: que el Tratado haga aplicables el voto por mayoría cualificada y la codecisión a la legislación sobre asilo, refugiados y personas desplazadas; que se reformulen los artículos del TCE

para crear una base jurídica general que permita adoptar las medidas necesarias para implantar un sistema común de asilo y una política común en materia de refugiados y personas desplazadas; y que se consagre en el Tratado el principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros, como principio general de las políticas de asilo, inmigración y control de fronteras de la Unión, aún cuando se reconozcan las responsabilidades de los Estados miembros.

En cuanto al objetivo de la política común de inmigración, se recomendaba su consagración en el Tratado y el establecimiento de una base jurídica que permita a la Unión la adopción de medidas de incentivo y de apoyo para asistir a los Estados miembros en sus esfuerzos por fomentar la integración de los nacionales de terceros países que residen legalmente en ellos, y pasar al voto por mayoría cualificada y a la codecisión para la adopción de la legislación de la Unión en estos ámbitos, sin entrar en el procedimiento relativo a las cuestiones de seguridad social, que se tratarán en el contexto de otras políticas sociales.

El mandato dirigido al grupo de trabajo sobre la Europa Social, establecía que se debería ocupar de examinar y debatir sobre: la definición de los valores esenciales en el ámbito social de la Unión que deberían incluirse en el anteproyecto del Tratado constitucional, habida cuenta de los que ya recoge la Carta de Derechos Fundamentales; los objetivos generales de la Unión, para determinar en que medida y de que modo deberían incluir objetivos en materia social; la necesidad o no de modificar las competencias que se atribuyen a la Unión y la Comunidad en materia social, y en caso afirmativo las nuevas competencias a atribuirles y de qué categoría; el papel a desempeñar por el método abierto de coordinación y el lugar que ocuparía dentro del Tratado constitucional; la relación que podría establecerse entre la coordinación de la política económicas y la de la política social; en qué medida deberían

ampliarse la codecisión y el voto por mayoría cualificada a materias en las que se requiere la unanimidad; y la posible inclusión del cometido de los interlocutores sociales y del alcance de éste en el título del anteproyecto de Tratado constitucional relativo a la vida democrática de la Unión.

El Grupo Europa Social, que desarrolló su trabajo durante seis sesiones, entre el 6 de diciembre de 2002 y el 27 de enero de 2003, concluía en su informe final que: entre los valores del futuro Tratado constitucional debería incluirse la referencia a la dignidad humana, recomendando también los de la justicia social, la solidaridad y la igualdad, en particular la igualdad entre hombres y mujeres; respecto de los objetivos sociales de la Unión, el Tratado debería incluir la promoción del pleno empleo, la justicia social, la paz social, el desarrollo sostenible, la cohesión económica, la cohesión social y territorial, la economía social de mercado, la formación permanente, la inclusión social, la lucha contra la exclusión social y la pobreza, un nivel elevado de protección social, la igualdad entre hombres y mujeres, los derechos del niño, un nivel elevado de sanidad pública y el acceso a unos servicios sociales y servicios de interés general eficaces y de calidad, y la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, además de una referencia al modelo social europeo y a la economía social de mercado; en cuanto a las competencias de la Unión en materia social, si bien se consideraría que las establecidas en el Tratado de Niza eran adecuadas y suficientes, sugería que podrían definirse más y que podrían preverse ampliaciones específicas en el ámbito de la sanidad pública y de los servicios públicos; se apoyaría la inclusión del método abierto de coordinación en el Tratado, entre los instrumentos no legislativos, mediante una disposición horizontal que lo defina así como su procedimiento, indicando claramente que no podría utilizarse para socavar las actuales competencias de la Unión o de los Estados miembros; la necesidad de aplicar los diferentes

procedimientos de coordinación económica y social, de cuya coherencia debe responsabilizarse el Consejo Europeo de primavera, recomendando su formalización en la totalidad de los procedimientos necesarios para alcanzar este objetivo; sobre el voto por mayoría cualificada, el mantenimiento del acuerdo transaccional del Tratado de Niza de autorizar al Consejo para que decida por unanimidad para la codecisión y a esta modalidad de voto respecto de la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral, la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión y las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Comunidad, poniendo de manifiesto una opinión minoritaria opuesta a la extensión automática del voto por mayoría cualificada a la seguridad social y a las relaciones laborales, y que podría estudiarse una mejor clarificación del alcance de la acción a escala europea para facilitar el uso generalizado de esta modalidad de votación, señalando que numerosos miembros del grupo abogaron por aplicar la codecisión con voto por mayoría cualificada a las acciones para luchar contra la discriminación por cuestiones de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y a las medidas en materia de seguridad social necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores; el papel de los interlocutores sociales queda reconocido, introduciendo en el Tratado constitucional disposiciones en materia de consultas adecuadas y que se potencien las actuales disposiciones sobre negociación de acuerdos sociales, y el de las organizaciones representativas de la sociedad civil, especialmente para luchar contra la exclusión social, y la posición en que se encuentran los interlocutores sociales en el proceso de diálogo social, subrayando el papel esencial de las cumbres sociales tripartitas previas a los Consejos Europeos de primavera.

El resultado de los trabajos de la Convención traducido en el proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, recoge los acuerdos sobre la fusión y la reorganización de los Tratados existentes y la dotación de personalidad jurídica única a la Unión Europea, con una importante mejora de la naturaleza democrática de la Unión al incorporar y reclamar una considerable expansión del papel del Parlamento Europeo, duplicar el ámbito de la legislación por codecisión, que se convierte en el procedimiento legislativo normal, y una simplificación sustancial de los procedimientos legislativos, estableciendo al tiempo nuevos mecanismos para garantizar un mejor flujo de información hacia los parlamentos nacionales y su participación en estos procedimientos, y aclarando las competencias de la Unión y reduciendo el repertorio de los instrumentos jurídicos; la incorporación como parte segunda del proyecto de Tratado de la Carta de los Derechos Fundamentales, complementada a efectos de su interpretación por las explicaciones elaboradas por el Presidium de la Convención; la elaboración de nuevos protocolos referidos al papel de los parlamentos nacionales en la Unión Europea y a la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad; la obligación de las instituciones de adoptar normas sobre transparencia, a diferencia de lo utilizado hasta el Tratado de Niza, exclusivamente con participación de los Gobiernos a los Estados miembros. Además, en su informe final, llama la atención el Consejo Europeo sobre la necesidad de establecer un enfoque más ambicioso del tema de la transparencia, así como de la posición minoritaria de algunos miembros respecto de la falta de respuesta apropiada al mandato de Laeken sobre el aumento de la legitimidad democrática, y la de otros miembros partidarios de un planteamiento con mayores cambios respecto de la ampliación por mayoría cualificada y de los procedimientos para futuras reformas de la Constitución.

La CIG inició sus actividades el 4 de octubre de 2003, en la reunión de Roma de los



Jefes de Estado y de Gobierno, contando con los dictámenes favorables de la Comisión, del BCE y del Parlamento Europeo, y los dictámenes de propia iniciativa del Comité de las Regiones y del Comité Económico y Social, tomando como base de sus trabajos el proyecto de Tratado Constitucional presentado al Consejo Europeo de Salónica, de 10 de junio de 2003, calificado en las Conclusiones de la Presidencia de paso histórico para promover los objetivos de la integración europea: aproximar la Unión a los ciudadanos, reforzar el carácter democrático de la Unión, facilitar su capacidad de adoptar decisiones especialmente tras la ampliación, incrementar su capacidad de actuar como una fuerza unificada y coherente en el sistema internacional, y afrontar con eficacia los retos que plantean la mundialización y la interdependencia.

A lo largo de las seis sesiones de trabajo ministeriales, a nivel político, con la participación del Parlamento Europeo, celebradas durante los meses de octubre y noviembre de 2003, y en los Consejos Europeos de 16 y 17 de octubre y de 12 y 13 de diciembre de 2003, bajo presidencia italiana, la CI prosiguió el desarrollo de sus trabajos, centrados en temas relacionados con aspectos institucionales, tales como la Presidencia del Consejo, las diferentes formaciones de éste y las presidencias rotativas de ellas, la Comisión y el futuro Ministro de Asuntos Exteriores y su doble mandato, la composición del Parlamento Europeo, el Consejo Europeo y su Presidente, y la definición y el ámbito de aplicación del voto por mayoría cualificada; y con aspectos no institucionales, entre ellos los referidos al preámbulo, los valores y objetivos de la Unión, la Carta de los Derechos Fundamentales, las finanzas y procedimientos presupuestarios, la política económica y financiera, la justicia y los asuntos de interior, las relaciones exteriores, la revisión de los Tratados, la cohesión económica, social y territorial, y a los aspectos relativos a las políticas sectoriales de la Unión, concluidos, a partir del llamamiento al compromiso formulado por el

Presidente de la Convención el 5 de diciembre de 2003 de que sería preferible no tener una Constitución a tener una mala Constitución y de la declaración de la Presidencia del Consejo de no aceptar un compromiso a la baja y de continuar apostando por el proyecto de la Convención, con la constatación del estancamiento en la negociación y de la imposibilidad de alcanzar un acuerdo global sobre un proyecto de Tratado constitucional, fundamentalmente por la cuestión del voto por mayoría cualificada en el Consejo, dadas las posiciones irreconciliables de los partidarios de la propuesta del texto de la Convención y de los defensores del sistema establecido en el Tratado de Niza.

Bajo la Presidencia irlandesa, durante el primer semestre de 2004, a partir de un nuevo enfoque centrado en contactos informales y en el tratamiento de las cuestiones pendientes una a una y con el respaldo de la Resolución del Parlamento Europeo de enero de 2004, en la que manifestaba su apoyo a las propuestas de la Convención Europea, el Consejo Europeo de 25 y 26 de marzo de 2004 adoptó el compromiso político de reanudar formalmente los trabajos de la CIG para alcanzar un acuerdo sobre el Tratado constitucional a más tardar en el Consejo Europeo de 17 y 18 de junio de 2004, constatando que los puntos más sensibles seguirán siendo el tamaño y composición de la Comisión, la definición del voto por mayoría cualificada y su ámbito de aplicación, así como el número mínimo de escaños del Parlamento Europeo.

En base a este acuerdo las sesiones formales de la CIG a nivel ministerial se reanudaron el 17 y 18 de mayo de 2004, abordando de nuevo los temas de las formaciones del Consejo y el ejercicio de la Presidencia de éste en el marco financiero plurianual y el procedimiento presupuestario, la Carta de los Derechos Fundamentales, el voto por mayoría cualificada, y la composición de la Comisión, continuaron el 24 de mayo y el 14 de junio de 2004, y pusieron el punto final con el acuerdo definitivo sobre el Tratado por el que se esta-

blece la Constitución en la sesión del Consejo Europeo de 17 y 18 de junio de 2004.

El texto resultante de este acuerdo se estructura en un Preámbulo y cuatro partes. La primera, se dedica a la definición y los objetivos de la Unión, los derechos fundamentales y la ciudadanía de la Unión, las competencias, las instituciones y órganos, el ejercicio de las competencias de la vida democrática, las finanzas de la Unión, a la Unión y su entorno próximo y a la pertenencia a la Unión; la segunda incluye el texto de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión; la tercera trata de las políticas y el funcionamiento de la Unión, y dentro de ellas las disposiciones de aplicación general, la no discriminación y la ciudadanía, las políticas y acciones internas (mercado interior; política económica y monetaria; políticas en otros ámbitos; espacio de libertad, seguridad y justicia; los ámbitos en los que la Unión puede decidir realizar una acción de apoyo, coordinación o complemento), la asociación de los países y territorios de ultramar, la acción exterior de la Unión, el funcionamiento de la Unión, y las disposiciones comunes; y la cuarta, contiene las disposiciones generales y finales; y se complementa con 36 protocolos y 49 declaraciones.

En paralelo a los debates políticos se creó un grupo de expertos jurídicos encargado de realizar una revisión jurídica del proyecto elaborado por la Convención y de redactar la versión definitiva, que se hizo pública el 6 de agosto de 2004 y que sería firmada en Roma el 24 de octubre de 2004, iniciándose a partir de ese momento el procedimiento de ratificación por parte de los 25 Estados miembros, de acuerdo con sus normas constitucionales, a fin de que pudiera entrar en vigor el 11 de noviembre de 2006, o en su defecto el primer día del segundo mes siguiente al de la finalización total del proceso de ratificación. Este proceso abierto por Lituania el 11 de noviembre de 2004, se verá frustrado por el rechazo al texto del Tratado en los referendos de Francia y de los Países Bajos, de 29 de mayo y

de 1 de junio de 2005, respectivamente, y aplazado sine die, a la vista de esta circunstancia en ocho Estados miembros (Reino Unido, Dinamarca, Portugal, Polonia., Finlandia, Irlanda, República Checa y Suecia), a pesar del voto favorable de los todavía en ese momento países candidatos Bulgaria y Rumania, además de los restantes Estados miembros.

### LA CONCLUSIÓN DEL PROCESO DE REFORMA DE LOS TRATADOS: EL TRATADO DE REFORMA O DE LISBOA

El fracaso del proceso de ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa determinará *la Declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la Unión Europea, adoptada en el Consejo Europeo de 16 y 17 de junio de 2005*, en la que se concluye que los resultados no cuestionan la adhesión de los ciudadanos a la construcción europea, aunque han manifestado sus preocupaciones e inquietudes que hay que tener en cuenta, por lo que resulta necesario emprender una reflexión común a este respecto, periodo durante el cual se debe aprovechar para hacer posible en cada uno de los Estados miembros un amplio debate en el que participen los ciudadanos, la sociedad civil, los interlocutores sociales, los parlamentos nacionales y los partidos políticos, y al que contribuirían las instituciones europeas, en el caso de la Comisión Europea a partir de un documento titulado «Contribución al periodo de reflexión y más allá: Plan D de democracia, diálogo y debate», de 13 de octubre de 2005, y volver a examinar la cuestión de la ratificación del Tratado Constitucional durante el primer semestre de 2006, considerando que no pone en cuestión la validez de la continuación del proceso de ratificación, cuyo calendario deberá adaptarse en función de las circunstancias de los Estados miembros que restan por pronunciarse.

*El Consejo Europeo, de 15 y 16 de junio de 2006, en las Conclusiones de la Presidencia, bajo el epígrafe «Mirando al futuro», recuerda la citada Declaración de los Jefes de Estado o de Gobierno de junio de 2005, y que la Comisión Europea, tras obtener el apoyo del Consejo Europeo informal, celebrado en Hampton Court, el 27 de octubre de 2005, puso en marcha la aplicación de una nueva agenda; constata que en los últimos doce meses otros cinco Estados miembros han ratificado el Tratado Constitucional con lo que el número total de ratificaciones asciende a quince, a dos Estados no les ha sido posible ratificar y otros ocho deben completar todavía el proceso de ratificación; acoge con satisfacción las distintas iniciativas adoptadas en el marco de los debates nacionales y las contribuciones de la Comisión y el Parlamento al periodo de reflexión, lo que ha servido fundamentalmente para hacer balance de las inquietudes y preocupaciones puestas de manifiesto durante el proceso de ratificación, considerando que en paralelo con él hay que seguir trabajando, antes de que se puedan adoptar nuevas decisiones sobre el futuro del Tratado Constitucional, de acuerdo con un planteamiento dual, establecido en la Comunicación de la Comisión Europea, de 10 de mayo de 2005, sobre «una Agenda de los ciudadanos: logrando resultados para Europa», aprovechando mejor las posibilidades que ofrecen los tratados en vigor y ofrecer a los ciudadanos los resultados concretos que esperan, de una parte, y de otra presentar al Consejo Europeo, durante el primer semestre de 2007, un informe que recoja la evaluación del estado de los debates en relación con el Tratado Constitucional y estudiar posibles evoluciones futuras, informe que el Consejo Europeo examinará ulteriormente y cuyo resultado servirá de base para nuevas decisiones sobre la continuidad del proceso de reforma, entendiéndose que durante el segundo semestre de 2008 a más tardar deberán adoptarse las medidas necesarias a tal efecto, subrayando la responsabilidad especial de cada Presidencia en ejercicio de garantizar la continuidad del pro-*

ceso; y pide que, con ocasión de la convención del 50º aniversario de los Tratados de Roma, a celebrar en Dublín el 25 de marzo de 2007, se adopte una declaración política por parte de los mandatarios de la UE, en la que expongan los valores y aspiraciones de Europa y confirmen su compromiso común de alcanzarlos.

Antes de la Declaración de Berlín, para reactivar el Tratado Constitucional, los representantes de 20 Estados miembros se reunieron el 26 de enero de 2007 para asistir a la Cumbre de «Amigos de la Constitución Europea. Por una Europa mejor», convocada por España y Luxemburgo, y hacer oír la voz de los países que habían ratificado el Tratado y que representaban a las dos terceras partes de la UE y a 270 millones de ciudadanos europeos.

Así pues, *la Declaración de Berlín* destaca los ideales comunes que actúan de fundamento de la UE (la dignidad de las personas, la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres, la paz y la libertad, la democracia y el Estado de Derecho, el respeto mutuo y la responsabilidad recíproca, el bienestar y la seguridad, la tolerancia y la participación, la justicia y la solidaridad), con el ser humano en el centro de todas las cosas, que hacen posible el equilibrio justo entre los intereses de los Estados miembros, cuya diversidad de tradiciones, lenguas y culturas se preservan, y las metas a alcanzar juntos, para lo que se reparten las tareas entre la Unión Europea, los Estados miembros, sus regiones y municipios, y menciona los grandes desafíos a los que nos enfrentamos derivados de la creciente interdependencia mundial y de la competencia de los mercados internacionales, para lo que la UE dispone del modelo europeo, basado en el conocimiento y las capacidades de los ciudadanos europeos, como clave del crecimiento económico, el empleo y la cohesión social, de los mecanismos de defensa de las libertades y de los derechos ciudadanos para combatir el racismo, la xenofobia y la inmigración ilegal, y de la promoción en el

mundo de la libertad y el desarrollo, frente a la pobreza, el hambre y las enfermedades, aportando también nuestra contribución a la lucha contra la amenaza mundial del cambio climático.

La Declaración de Berlín concluía señalando que el futuro de la UE pasa por la voluntad de sus Estados miembros de consolidar su desarrollo interno, para lo que habrá que seguir adaptando la estructura política de Europa a la evolución de los tiempos, y dotar a la UE de fundamentos comunes renovados de aquí a las elecciones del Parlamento Europeo de 2009, además de seguir promoviendo la democracia, la estabilidad y el bienestar allende sus fronteras.

Por otra parte, en *las Conclusiones del Consejo Europeo, de 23 de junio de 2007*, en relación con el proceso de reforma del Tratado, puede leerse que «tras dos años de incertidumbre en relación con este proceso, ha llegado el momento de resolver la cuestión y de que la Unión siga avanzando, (teniendo en cuenta que) el periodo de reflexión ha brindado la oportunidad de un amplio debate público, y ha contribuido a allanar el terreno para una solución», que «el Consejo Europeo acoge favorablemente el informe elaborado por la Presidencia a raíz del mandato de junio de 2006, y acuerda que la rápida resolución de esta cuestión constituye una prioridad, por lo que decide convocar una Conferencia Intergubernamental, que se desarrollará bajo la responsabilidad global de los Jefes de Estado o de Gobierno, asistidos por los miembros del Consejo de Asuntos Generales y Relaciones Exteriores (CAGRE), con la participación del representante de la Comisión, y la asociación estrecha del Parlamento Europeo, a través de tres representantes, asegurando las tareas de secretaría la Secretaría General del Consejo, e invita a la Presidencia a que adopte sin demora las medidas necesarias para que la CIG se inaugure antes del final de julio y lleve a cabo sus trabajos de acuerdo con el mandato que se establece al efecto, como base y marco exclusivos de su labor de la CIG, a par-

tir del proyecto de texto redactado por la Presidencia en consonancia con éste, e insta a que la Conferencia complete sus trabajos antes del final de julio de 2007, a fin de que exista margen temporal suficiente para ratificar el Tratado resultante antes de las elecciones al Parlamento Europeo de junio de 2009».

*El Informe sobre la prosecución del proceso de reforma del Tratado*, elaborado por la Presidencia alemana del Consejo para el Consejo Europeo de 21 y 22 de junio de 2007, en respuesta a la solicitud del Consejo Europeo, de junio de 2006, contiene la evaluación de las consultas bilaterales celebradas con los Estados miembros, con el Parlamento Europeo y con la Comisión Europea y de las sesiones del CAGRE en relación con los temas abordados, referidos fundamentalmente a un planteamiento diferente sobre la estructura y al refuerzo de la capacidad de la Unión para actuar, preservando al tiempo la identidad de los Estados miembros.

En cuanto al planteamiento diferente sobre la estructura, dada la importancia de evitar la impresión de que la naturaleza de la Unión estaba sufriendo un cambio radical, debido al simbolismo del término Constitución, se propone volver a la nomenclatura y al método tradicional de la modificación de los tratados mediante un Tratado modificadorio, eliminando la denominación de Constitución, sin perjuicio de la conservación de la mayor parte posible de aspectos sustanciales y lo fundamental de las innovaciones del Tratado Constitucional, acordadas en la CIG de 2004, garantizando en la mayor medida la legitimidad y simplicidad del nuevo Tratado, dado el número de Estados miembros que ya habían procedido a su ratificación.

Por lo que se refiere al refuerzo de la capacidad de la Unión para actuar, preservando la identidad de los Estados miembros, el Informe reconoce que el fortalecimiento de las instituciones contribuirá a alcanzar este objetivo, por lo que debería garantizarse la incorpo-

ración a los Tratados vigentes de las reformas institucionales acordadas en la CIG de 2004, habiéndose detectado la preocupación por destacar el respeto de la identidad de los Estados miembros e introducir más claridad en la delimitación y definición de competencias de la Unión y de los Estados miembros, y el interés por el incremento del papel de los parlamentos nacionales.

Mención especial merece el estatuto de la Carta de los Derechos Fundamentales, que ha puesto de manifiesto posiciones enfrentadas, entre quienes pretendían su eliminación del Tratado y quienes apoyaban su presencia en él, aunque podían aceptar finalmente su supresión siempre que se garantizara la conservación de su carácter jurídicamente vinculante por medio de una referencia en la parte dispositiva del Tratado.

Otras cuestiones a las que alude el Informe reflejan la posición de quienes proponían modificar los tratados para reflejar en ellos la evolución más reciente, abordando aspectos nuevos como la seguridad energética y el cambio climático, y resaltar la importancia de aspectos relacionados con la ampliación, sugerencias que podrían ser examinadas, en caso de considerarlas útiles y siempre que no atribuyeran nuevas competencias a la Unión.

El Informe finaliza con una recomendación al Consejo Europeo para que convoque rápidamente la CIG, con un mandato preciso y detallado, volviendo al método clásico de modificación de los tratados, adoptando un Tratado de reforma, que supondría mantener la denominación actual del Tratado de la Unión Europea, cambiando el nombre del Tratado de la Comunidad Europea por el de Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, reconociendo a ambos el mismo valor jurídico y estableciendo una personalidad jurídica única para la Unión, y especificando el modo de incorporar e insertar en ellos las medidas acordadas en la CIG de 2004 para aumentar las capacidades y la democracia de la Unión, sin perjuicio de pro-

seguir los debates sobre otros temas, tales como: los símbolos y la primacía del Derecho de la UE, los posibles cambios terminológicos, el tratamiento de la Carta de los Derechos Fundamentales, la delimitación de competencias entre la UE y los Estados miembros, y el papel de los parlamentos nacionales, de modo que los trabajos terminen antes de final de 2007.

De acuerdo con estas previsiones, el 27 de junio de 2007, el Gobierno de la República Federal de Alemania presentó al Consejo su propuesta de revisión de los Tratados en los que se fundamenta la Unión, que incorporaba a los Tratados de la Unión Europea y de la Comunidad Europea, que siguen vigentes, las innovaciones derivadas de los trabajos de la Convención y de la CIG de junio de 2004, iniciándose la fase de consulta al Parlamento Europeo, a la Comisión Europea, y al Banco Central Europeo, en razón a las modificaciones institucionales a introducir en el ámbito monetario, que evacuaron sus dictámenes los días 11, 10 y 5 de julio de 2007, respectivamente.

El Consejo emitió el 16 de julio de 2007 su Dictamen, favorable a la convocatoria de la CIG, tras finalizar el periodo de reflexión sobre el futuro de Europa puesto en marcha por el Consejo Europeo de 16 y 17 de junio de 2005, a la vista de las dificultades de ratificación del Tratado de Roma, reflejadas en la Declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros sobre la ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, en el que da un repaso general a la marcha del proceso, constata que diez Estados miembros han concluido con éxito los procesos de ratificación, y toma nota de los resultados de los referendos celebrados en Francia y Países Bajos, que no cuestionan la adhesión de los ciudadanos a la construcción europea si bien ponen de manifiesto sus preocupaciones e inquietudes, que han de ser tenidas en cuenta en el proceso abierto para la reforma de los Tratados.

La acogida favorable del Informe de la Presidencia sobre la prosecución del proceso de reforma del Tratado por parte del Consejo Europeo, en su reunión de 21 y 22 de junio de 2007, se traduce, además de en la convocatoria de la CIG, que iniciará sus trabajos el 23 de julio de 2007, en la elaboración por parte de aquella de un mandato que lleva implícito el resultado de la renegociación del Tratado constitucional, desarrollada durante la fase de consultas realizadas por la presidencia alemana como base y marco exclusivo para el trabajo a desarrollar por la Conferencia para la redacción del nuevo Tratado, que tiene como referente el resultado final de la CIG de 2004 y en definitiva el texto del fallido Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, que se concreta en los términos siguientes:

- Elaboración de un Tratado de Reforma que modifique los Tratados existentes adoptados en Niza con el fin de aumentar la eficacia y la legitimidad democrática de la Unión ampliada y la coherencia de la acción exterior, abandonando el concepto constitucional y la pretensión de sustituirlos por un texto único denominado Constitución, que contenga dos cláusulas sustantivas que modificarán, respectivamente, al Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que pasará a llamarse Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), sustituyéndose en todo el texto la palabra «Comunidad» por «Unión», que tendrá una única personalidad jurídica. Las modificaciones técnicas del Tratado EURATOM y de los actuales protocolos se efectuarán mediante protocolos anejos al Tratado de reforma.
- El TUE y el TFUE no tendrán carácter constitucional y se abandonarán las denominaciones ley y ley marco, conservando las de reglamento, directiva y decisión respecto de los instrumentos legislativos, y desaparecerá de su articulado la referencia a los símbolos de UE, trasladando la relativa a la primacía a una declaración en la que se recuerda la jurisprudencia del TJUE.
- El contenido de las modificaciones de los Tratados de Niza, referidas a las competencias respectivas de la UE y de los Estados miembros, y su delimitación, el carácter específico de la política exterior y de seguridad común, el mayor papel de los parlamentos nacionales, el tratamiento de la Carta de los Derechos Fundamentales, y el establecimiento de un mecanismo de geometría variable que permita avanzar en un determinado acto a los Estados miembros que lo deseen, dejando la posibilidad de no participar a los que no quieran hacerlo, en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal, que darán como resultado:
  - Un TUE, estructurado en 6 títulos dedicados a:
    - las *disposiciones comunes*, que incluirán los artículos referidos a los valores (respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estados de Derecho, respeto de los derechos humanos, incluidos los de las personas pertenecientes a minorías, valores comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres) y objetivos (promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos; ofrecer a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de las personas junto con medidas adecuadas de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración; establecer un mercado interior y obrar en favor del desarrollo sostenible de Europa, basado en un crecimiento económico equilibra-

do, en la estabilidad de precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección; combatir la exclusión social y la discriminación y fomentar la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño, fomentar la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros; y en sus relaciones exteriores, afirmar y promover sus valores e intereses y contribuir a la protección de sus ciudadanos, a la paz, la seguridad, el desarrollo sostenible del planeta, la solidaridad y el respeto mutuo entre los pueblos, el comercio libre y justo, la erradicación de la pobreza y la protección de los derechos humanos, especialmente los derechos de la infancia, respetando el Derecho internacional y en particular los principios de la Carta de las Naciones Unidas) de la Unión; a las relaciones entre la Unión y los Estados miembros y la suspensión de los derechos de éstos; a la Carta de los Derechos Fundamentales, a la que confiere carácter jurídico vinculante y al establecimiento de su ámbito de aplicación, pero sin incluir su texto; y a los principios fundamentales relativos a las competencias, de modo que la Unión actuará exclusivamente dentro de los límites de las que le atribuyen los Tratados;

*las disposiciones relativas a los principios democráticos*, en materia de igualdad democrática, democracia representativa, participativa y ciudadana, con especial mención a la función de los parlamentos nacionales y a su desarrollo, mayor que la acordada en la CIG de 2004 (información por las instituciones y notificación de los proyectos de actos legislativos según el protocolo correspondiente; velar por el respeto del prin-

cipio de subsidiariedad, según el protocolo relativo a la aplicación de este principio y del de proporcionalidad, ampliando la duración del periodo para examinar los proyectos legislativos y para formular su dictamen motivado en materia de subsidiariedad hasta ocho semanas, e incorporando un mecanismo de control reforzado de subsidiariedad y un procedimiento específico; participación en los mecanismos de evaluación de las políticas de la Unión en el marco del espacio de libertad, seguridad y justicia; participación en los procedimientos, ordinario y simplificado, de revisión de los Tratados; información de las solicitudes de adhesión a la Unión, y participación en la cooperación interparlamentaria, entre parlamentos nacionales y con el Parlamento Europeo);

*las disposiciones relativas a las instituciones*, que incluirán: la nueva composición del Parlamento Europeo; la transformación del Consejo Europeo en institución y la creación del cargo de Presidente; la introducción del sistema de votación por doble mayoría con efectos a partir del 1 de noviembre de 2014, y los cambios en el sistema semestral de turnos de Presidencia en el Consejo; la nueva composición de la Comisión Europea, que reducirá el número de Comisarios a dos tercios de los Estados miembros, incluido el Presidente y el Alto Representante para Asuntos Exteriores; el fortalecimiento del papel de su Presidente y la creación del nuevo cargo de Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Políticas de Seguridad; y adaptaciones en las disposiciones sobre el TJUE;

*las disposiciones sobre la cooperación reforzada*, entre ellas la fijación en nueve del número mínimo de Estados miembros que se requiere para su inicio;

*las disposiciones generales sobre la acción exterior de la Unión y las disposiciones específicas relativas a la política exterior y de seguridad común*, incluyendo los principios y objetivos de aquella y el cometido del Consejo Europeo en el establecimiento de los intereses y objetivos estratégicos de esta acción, la creación del Servicio Europeo de Acción Exterior y la cooperación estructurada permanente en el ámbito de la defensa; y

*las disposiciones finales* con referencia a la personalidad jurídica de la Unión; la retirada voluntaria de ésta y los procedimientos de revisión de los Tratados, reagrupando el procedimiento ordinario y los dos procedimientos simplificados, y sustituyendo la referencia a los principios por los valores de la Unión, al aludir a los requisitos de pertenencia y al procedimiento de adhesión a la Unión.

- Un TFUE, que recogerá las innovaciones acordadas en la CIG de 2004 en relación con las categorías de competencias; los ámbitos de competencias y su delimitación, que se completará con una declaración según la cual las competencias que los Tratados no hayan atribuido a la Unión seguirán siendo de los Estados miembros, y en el caso de competencias compartidas éstos ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya o haya decidido dejar de ejercerla, y un protocolo, según el cual cuando la Unión haya realizado una acción en una determinada área, el ámbito de ejercicio de esta competencia sólo incluirá los elementos regidos por el acto de la Unión de que se trate, y no toda el área; el ámbito de aplicación de la votación por mayoría cualificada y de la codecisión con referencia a la cláusula de flexibilidad, para cuando sea necesaria una acción de la Unión sin que el Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al res-

pecto, que no podrá servir de base para alcanzar objetivos del ámbito de la política exterior y de seguridad común, completadas por dos declaraciones, ni para ampliar el alcance de las competencias de la Unión más allá del marco general que establecen las disposiciones de los Tratados en su conjunto ni aquellas que definen las funciones y actividades de la Unión, de modo que el artículo correspondiente no podrá servir de base para adoptar disposiciones que tengan por efecto modificar los Tratados sin seguir el procedimiento establecido al efecto, y a la aplicación de la regla de la unanimidad en el artículo relativo al procedimiento para celebrar acuerdos internacionales respecto del acuerdo de adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos; la distinción entre actos legislativos y no legislativos, redefiniendo la decisión, en la sección dedicada a los actos legislativos de la Unión, y adaptando nuevas disposiciones, tras el abandono de las denominaciones «ley» y «ley marco», referidas a los actos adoptados de conformidad con un procedimiento legislativo, los actos delegados y los actos de ejecución, mientras que el articulado dedicado a los actos legislativos establecerá que serán de este tipo todos aquellos (reglamentos, directivas o decisiones) adoptados según un procedimiento legislativo, ordinario o especial; las disposiciones sobre el espacio de libertad, seguridad y justicia, que serán incluidas en un mismo título que contenga las disposiciones generales y específicas relativas a las políticas sobre controles fronterizos, asilo e inmigración, la cooperación judicial en materia civil y penal, y la cooperación policial; la cláusula de solidaridad, extendiendo el mecanismo de la mayoría cualificada para acordar medidas adecuadas a la situación económica si surgieran dificultades graves en el suministro de



determinados productos en el ámbito de la energía; las disposiciones horizontales, tales como la cláusula social, las disposiciones específicas sobre temas diversos, entre ellos los de los servicios públicos, y las disposiciones financieras, y en el que se reubicarán las disposiciones relativas, entre otros temas, a la ciudadanía de la Unión, a la base jurídica para la adopción de disposiciones aplicables a la presentación de una iniciativa ciudadana, a la transparencia del trabajo de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, a los interlocutores sociales y el diálogo social, a las bases jurídicas para adoptar la lista de formaciones del Consejo y para la adopción del sistema de rotación aplicable a la composición de la Comisión, a los órganos consultivos de la Unión, a las disposiciones sobre cooperación reforzada y a los pormenores de los procedimientos de votación.

El Tribunal de Cuentas, el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones realizaron sus aportaciones al proceso de elaboración del Tratado de Lisboa con fecha 16 de julio, 3 de octubre y de 6 y 7 de junio de 2007, respectivamente.

La CIG 2007, que desarrolló sus trabajos a lo largo de 18 sesiones bajo la responsabilidad de los Jefes de Estado y de Gobierno con la asistencia de los Ministros de Asuntos Exteriores, y con la participación de un representante de la Comisión, del Presidente del Parlamento Europeo, que estará presente en las deliberaciones a nivel de Jefes de Estado o de Gobierno, mientras que tres representantes del Parlamento Europeo lo harán en las sesiones de trabajo a nivel ministerial, participando igualmente en los trabajos de los representantes personales y de los expertos juristas, desarrollados éstos últimos entre el 24 de julio y el 13 de septiembre de 2007, se fijó como objetivo concluir las negociaciones los días 18 y 19 de octubre de 2007 en Lisboa.

El resultado final de los trabajos de la CIG 2007, el 15 de octubre de 2007, con el acuerdo político del Consejo Europeo, ha sido la modificación de los Tratados existentes y se traduce en una UE más democrática y transparente (debido al aumento de la cohesión, que sitúa al Parlamento Europeo en pie de igualdad con el Consejo en el proceso de elaboración de la mayor parte de la legislación, y con nuevos poderes en materia de presupuesto y de acuerdos internacionales; al reconocimiento de una mayor participación y protagonismo de los parlamentos nacionales en el trabajo de la UE, lo que incluye un procedimiento en dos fases para supervisar la aplicación del principio de subsidiariedad, que puede producir como efecto la modificación o incluso la retirada de la propuesta de la Comisión e influir en la decisión definitiva de forma decisiva; la mejora del conocimiento por los ciudadanos y los parlamentos nacionales, a través de la apertura al público de los debates legislativos en el seno del Consejo de Ministros; la creación de la iniciativa ciudadana para que la Comisión presente una nueva propuesta; la relación más perfilada entre los Estados miembros y la UE por la clasificación prevista de las competencias), más eficaz en sus instituciones y métodos de trabajo, de modo que la Unión ampliada adapte sus políticas a un mundo cambiante (con decisiones más fluidas y coherentes en los ámbitos de libertad, seguridad y justicia; mayor capacidad para actuar en áreas prioritarias gracias a nuevas bases jurídicas; la racionalización de los procedimientos de gobernanza económica con la consiguiente mejora en la coordinación; la ampliación del voto por mayoría cualificada frente a la unanimidad en la toma de decisiones por el Consejo de Ministros y el establecimiento de cláusulas pasarela para cambiar una decisión de unanimidad a mayoría cualificada; el cálculo simplificado del voto por mayoría cualificada, de modo que las decisiones del Consejo deberán ser aprobadas por el 55% de los Estados miembros que reúnan como mínimo el 65% de la población de la Unión, reforzando la eficacia del Consejo y

ofreciendo un equilibrio entre el número de los Estados miembros y el tamaño de la población, cuando se aplique a partir de noviembre de 2014; la mayor facilidad para aplicar los procedimientos de cooperación reforzada; la mejor preparación y continuidad del trabajo del Consejo Europeo tras la creación de la Presidencia permanente de éste en cooperación con el Presidente de la Comisión; la mayor racionalización de la Comisión, con mayores poderes del Presidente; la fijación de un límite máximo y mínimo de parlamentarios para los Estados miembros, con la consiguiente estabilización de la representación; la introducción del voto por mayoría cualificada y la codecisión para las reformas futuras del sistema judicial; la posibilidad de cambios de políticas dentro de las competencias existentes, de ampliación del voto por mayoría cualificada y de la utilización de la codecisión sin pasar por una nueva CIG, garantizando la necesidad de la unanimidad; la eliminación de la distinción entre Comunidad Europea y Unión Europea), de derechos y valores, solidaridad y seguridad (mediante el establecimiento con más claridad de los valores y objetivos de la Unión, que servirán de referencia a los ciudadanos europeos y como señal de identidad de la UE; la garantía de la Carta de Derechos Fundamentales con el mismo rango legal que los Tratados y su plena aplicación a los actos de ejecución del Derecho de la Unión, aunque con la excepción de algunos Estados miembros y la competencia para que la Unión se adhiera al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales; la nueva cláusula social horizontal en la que se destaca el compromiso de la Unión con el empleo y la protección social, y el papel de las regiones y los interlocutores sociales en el entramado político, económico y social de la Unión), y actora en la escena glo-

bal, asociando los instrumentos de política exterior en materia de desarrollo estratégico y de puesta en marcha de las políticas y situando a la UE en disposición de desempeñar un papel más adecuado y eficaz en los asuntos mundiales (a través del reconocimiento de la personalidad jurídica única; de la atribución al Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política Social de la condición de vicepresidente de la Comisión; la creación del Servicio Europeo de Acción Exterior; y el mantenimiento de procedimientos decisorios específicos en el ámbito de la Política Exterior y de Seguridad Común).

El Tratado de Lisboa, aprobado en el Consejo Europeo informal del 18 y 19 de octubre de 2007, celebrado en Lisboa, con el contenido señalado, supone la consolidación y Constitucionalización de facto de la Unión, no obstante la supresión formal del término Constitución y de cualquier otra referencia al mismo, de las que pudieran deducirse avances en la ratificación política de su texto, y un fuerte impulso al modelo social europeo, derivado de la adopción de valores, objetivos e instrumentos y de la obligatoriedad de la Carta de los Derechos Fundamentales, a pesar de las excepciones acordadas respecto de su aplicación en algunos Estados miembros (Reino Unido y Polonia inicialmente, y la República Checa posteriormente), tras la firma por los Jefes de Estado el 13 de diciembre de 2007, y la finalización del trámite de la ratificación por parte de los Estados miembros, iniciado por Hungría y Malta, el 6 de febrero de 2008, desarrollado durante este año y finalizado por la República Checa el 3 de noviembre de 2009, entró en vigor finalmente el 1 de diciembre de 2009, poniendo así término a una nueva etapa en el proceso de reforma de los Tratados y en el de la reforma de Europa para el siglo XXI.



# Conclusiones del Consejo sobre la gobernanza de la Estrategia Europea de Empleo en el contexto de Europa 2020 y el semestre europeo

PAULA DE LA VILLA DE LA SERNA\*

---

Estas importantes y breves Conclusiones, fueron adoptadas por el Consejo (EPSCO), el 21 de octubre de 2010<sup>1</sup>. Se refieren y van destinadas a la totalidad de las Delegaciones.

Las conclusiones se enmarcan, lógicamente, en la política del empleo vinculada a la *Estrategia para el Empleo y el Crecimiento* (2020), pero adquieren una nueva dimensión tras la reforma del ahora llamado Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), debida al Tratado de Lisboa, cuyo título IX fue ya añadido por el Tratado de Ámsterdam. Pues bien, dentro de dicho título (*Empleo*), se compromete a los Estados miembros y a la UE a desarrollar una estrategia coordinada para el empleo, en particular para potenciar una mano de obra cualificada,

formada y adaptable y mercados de trabajo con capacidad de respuesta al cambio económico, a efectos de obtener los objetivos del Tratado de la Unión Europea (TUE).

Habrà que recordar que esos objetivos básicos se refieren antes que nada a la promoción de la paz, sus valores y el bienestar de los pueblos (art. 3.1), y es claro que no podrá haber paz y bienestar algunos sin empleo, pues, aparte de otros daños y lacras, el desempleo masivo es un magnífico caldo de cultivo para la conflictividad laboral.

El mercado interior de la Unión, reforzado al menos «voluntariamente» por el Tratado de Lisboa, ha de basarse en el crecimiento equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva ... *y tendente al pleno empleo y al progreso social* (art. 3.3). Ni este propósito, ni los más genéricos, que también acoge el TUE, de combatir la exclusión social y la discriminación, fomentar la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y

---

\* Abogada, Asociada de Roca Junyent.

<sup>1</sup> Se localizan en el documento Bruselas, 27 de octubre de 2010, 15590/10, SOC 711, ECOFIN 659, EDUC 183.

hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño, pasarán de ser papel mojado sin la adopción de medidas eficaces que eviten el paro de un alto porcentaje de la población de cada uno de los Estados-miembros, no estando de más traer a la memoria que España ostenta el récord negativo en esta materia, lo que le obliga, más que a ninguno otro, a tener bien en cuenta que los Estados miembros de la Unión están obligados a considerar el fomento del empleo no sólo como un asunto privativo, sino ... *como un asunto de interés común*, lo que significará la exigencia de coordinar sus actuaciones en el seno del Consejo (art. 146.2 TFUE).

El art. 3 TUE se cierra con el precepto que incluye su número 6 y último, afirmándose en él que la Unión perseguirá sus objetivos ... *por los medios apropiados*, de acuerdo con las competencias que se le atribuyen en los Tratados. De ahí la importancia de las Conclusiones del Consejo que se comentan sucintamente antes de pasar a su reproducción, uno de los «medios adecuados», sin duda, aunque no único ni siquiera principal, para contribuir a los fines inseparables de la UE.

Concuera con cuanto queda expuesto, que la contribución de la UE a un alto nivel de empleo debe estar basada en ... *el fomento de la cooperación entre los Estados miembros ... apoyando y complementando sus respectivas actuaciones* (art. 147.1 TFUE), lo que convierte a la UE en un protagonista activo y no en un mero espectador de la evolución del empleo comunitario.

Sobre las recomendaciones del Consejo Europeo, el Consejo de la UE debe examinar anualmente la situación del empleo en la Unión y, a consecuencia de ello, adoptar las conclusiones que correspondan, a la vista del informe anual conjunto del Consejo y de la Comisión (art. 148.1 TFUE). De manera que, basándose en aquellas conclusiones, y a propuesta de la Comisión, previa consulta al Parlamento Europeo, el Comité Económico y

Social, el Comité de las Regiones y el Comité del Empleo, el Consejo Europeo elaborará anualmente orientaciones que los Estados miembros deben tener en cuenta en sus respectivas políticas de empleo (art. 148.2 TFUE).

Consta en el documento de conclusiones, que seguidamente se reproduce, la intervención del *Comité de Empleo*, cuya constitución venía prevista en el art. 150 TFUE, un órgano consultivo especializado –que, a su vez, debe consultar vez a vez a los interlocutores sociales– para coordinar entre los Estados miembros las materias de políticas de empleo y mercado laboral. Cada uno de los Estados miembros y la Comisión designan dos vocales para la formación del mismo.

Las funciones o tareas encomendadas a este Comité de Empleo son las tres siguientes:

- 1ª) Supervisar la situación del empleo y de las políticas en materia de empleo de los Estados miembros y de la Unión.
- 2ª) Elaborar dictámenes a petición del Consejo, de la Comisión o por propia iniciativa.
- 3ª) Contribuir a la preparación de las medidas de la competencia del Consejo de la UE.

Un Comité de Empleo que, en ningún caso, debe confundirse con el Comité compuesto por representantes permanentes de los Gobiernos de los Estados miembros con funciones de preparar los trabajos del Consejo, conforme a lo dispuesto en el art. 240 TFUE.

He aquí, pues, las Conclusiones del Consejo de la Unión Europea, que mantiene lo que podría denominarse formato y estilo tradicional de este tipo de documentos.

*El Consejo de la Unión Europea,*

*HACIENDO HINCAPIÉ en su plena disposición para poner la experiencia del Conse-*

jo en políticas de empleo y del mercado laboral al servicio del Consejo Europeo y contribuir activamente a una correcta aplicación de la Estrategia Europa 2020 para el empleo y el crecimiento y del semestre europeo, y en particular de su principal característica: la gobernanza económica reforzada;

*DESTACANDO* que las políticas de empleo y del mercado laboral constituyen una parte esencial de las reformas que han de llevarse a cabo tanto bajo la vertiente de la vigilancia macroeconómica como bajo la del control de las reformas orientadas a mejorar el crecimiento (coordinación temática) de la Estrategia Europa 2020 para el empleo y el crecimiento;

*RECORDANDO* que el Título IX del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y en particular las orientaciones para el empleo que establece, constituyen un marco político pertinente para las reformas del empleo y del mercado laboral a escala nacional y europea;

*RECONOCIENDO* la necesidad de adecuar la aplicación de estas disposiciones, en particular del artículo 148 del TFUE, a la gobernanza del semestre europeo con el fin de garantizar una mayor integración entre la política de empleo y las políticas económicas;

*ACOGIENDO CON SATISFACCIÓN* los proyectos de la Comisión de proponer un paquete coherente de recomendaciones específicas por país basadas en las orientaciones integradas, que cubran las dos vertientes de la Estrategia e identifiquen los ámbitos políticos en los que es necesario concentrar los esfuerzos;

*RECORDANDO* que la identificación de los problemas que obstaculizan el crecimiento a escala nacional, en particular los relacionados con las políticas de empleo, es una prerrogativa de cada Estado miembro;

*RECORDANDO* que el Consejo Europeo destaca la competencia de los Estados miem-

bros a la hora de definir y aplicar objetivos cuantitativos en el ámbito de la educación;

*DESTACANDO* la importancia de implicar a los interlocutores sociales en la aplicación de la Estrategia Europea de Empleo;

1. *SUBRAYA* la importancia de:

- a) pasar revista, antes de cada semestre europeo, a los avances realizados en la consecución de los objetivos principales y nacionales de la Estrategia Europa 2020 en materia de empleo, definir posibles temas de política comunes a una serie de Estados miembros que merezcan una vigilancia temática más estrecha, y analizar el impacto del empleo en la situación macroeconómica, por ejemplo, sobre los posibles desequilibrios macroeconómicos y viceversa;
- b) con vistas a contribuir al Consejo Europeo de primavera, determinar en el Informe conjunto sobre el empleo las principales orientaciones en este ámbito que requieren una orientación estratégica del Consejo Europeo;
- c) al final del semestre europeo, estudiar y adoptar recomendaciones por países para los Estados miembros en el ámbito del empleo;

2. *ACOGE CON AGRADO* el informe conjunto inicial del Comité de Empleo, el Comité de Protección Social y la Comisión, que establece los cimientos y la estructura del marco de asesoramiento conjunto<sup>2</sup> y les ANIMA a presentar para diciembre de 2010 un informe conjunto pormenorizado que incluya un indicador claro y conciso de los resultados en materia de empleo que sirva para apreciar de una ojeada los principales desafíos en materia de empleo que se plantean a la Unión Europea y a cada Estado miembro;

<sup>2</sup> Doc. 14567/10 ADD 1.

3. *ACOGES CON SATISFACCIÓN* los trabajos del Comité de Empleo sobre la lista indicativa de los posibles estrangulamientos del mercado laboral<sup>3</sup> *INVITA* a los Estados miembros a considerar, en su caso, dicha lista cuando elaboren sus proyectos de programas nacionales de reforma e *INSTA* al Comité de Empleo a informar al Consejo, a más tardar en diciembre de 2010, sobre los ámbitos de actuación (temas) que afectan a la mayoría de los Estados miembros.

4. *INSTA* al Comité de Empleo a que asesore al Consejo sobre las actividades que destaca el punto 1:

- a) *informando* anualmente de los avances realizados hacia los objetivos principales y nacionales en materia de empleo de *Europa 2020*;
- b) *proponiendo* cada año, a partir del marco de asesoramiento conjunto y del indicador de los resultados en materia de empleo, temas de política pertinentes para la vigilancia temática del Consejo en el ámbito del empleo;
- c) *informando*, una vez al año, sobre el modo en que las medidas tomadas en materia de empleo pueden repercutir en la situación macroeconómica y generar desequilibrios macroeconómicos y viceversa;
- d) *con el fin* de preparar el informe conjunto sobre la situación del empleo, según se establece en el artículo 148, apartado 5, del *TFUE*, examinando la aplicación de las orientaciones para el Empleo, teniendo en cuenta las opiniones del Comité de Protección Social sobre la aplicación de la orientación integrada n.º 10 en relación con el objetivo principal en el ámbito de la inclusión social y la pobreza de *Europa 2020*, de acuerdo con su mandato basa-

*do en el Tratado*, y consultando, según proceda, con los comités de Educación y del Fondo Social Europeo;

- e) *reforzando* la cooperación con el Comité de Política Económica para contribuir a la coherencia del paquete de recomendaciones específicas para cada país que el Consejo adoptará en paralelo al amparo de los artículos 121 y 148 del *TFUE*. Ambos Comités, dentro del respeto de sus distintas competencias, buscarán sinergias en sus análisis de las condiciones marco relacionadas con el empleo y el mercado laboral que repercutan en los desequilibrios macroeconómicos;
- f) *durante* el estudio por países mencionado en el artículo 148, apartado 4, del *TFUE*, tomando posición y decidiendo, sobre una base multilateral, respecto a los avances concretos que cada año haga cada Estado miembro, una vez informado de las opiniones de los otros comités antes mencionados.

5. *INVITA* a la Comisión a que:

- *presente* cada año al Consejo, sobre la base del artículo 148, apartado 4, del *TFUE*, recomendaciones específicas para cada país que sean claras, concretas y fundamentadas, con el fin de que el Consejo adopte recomendaciones dirigidas a los Estados miembros, en paralelo con las recomendaciones específicas para cada país propuestas de acuerdo con el artículo 121, apartado 4, del *TFUE*. Para ello, la lista de estrangulamientos del mercado laboral y los resultados del marco de asesoramiento conjunto podrían ser decisivos para aumentar la transparencia de la evaluación realizada;
- *fomente* el trabajo del Comité de Empleo mediante análisis en profundidad de las reformas estructurales en el

<sup>3</sup> Doc. 14567/10 ADD 2100.

*ámbito del empleo y del mercado de trabajo en la UE en general y en los Estados miembros;*

- *concentre las actividades anuales del programa de aprendizaje mutuo sobre*

*los ámbitos y temas que ha puesto de relieve la orientación estratégica dada por el Consejo y el Consejo Europeo e informe anualmente al Consejo y a los Estados miembros de los resultados de las actividades.*





## V. Recensiones y Bibliografía



# Recensiones

## EL TRATADO DE LISBOA. LA SALIDA DE LA CRISIS CONSTITUCIONAL

AA.VV. (COORD. JOSÉ MARTÍN  
Y PÉREZ DE NANCLARES)

Asociación Española de Profesores  
de Derecho Internacional y Relaciones  
Internacionales. Iustel  
2008, 703 páginas

1. Dentro de las reuniones periódicas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional –AEPDIRI–, entidad con más de treinta años a sus espaldas, se encuentran las Jornadas destinadas a temas actuales de su especialidad, que se dedicaron, en el año 2007, al Tratado de Lisboa y cuyos trabajos recopilados –Ponencias y Comunicaciones– dan lugar a este libro imprescindible sobre la materia.

En su *Presentación* a la obra, el Presidente de AEPDIRI, destaca que la importancia principal radica no solo en la calidad de las aportaciones científicas, sino en su inmediatez, al ser uno de los primeros esfuerzos doctrinales colectivos en el examen del Tratado de Lisboa, recién salido del horno: de solo cuatro días posteriores al Tratado (!!) habla el profesor Aldecoa Luzarraga. Como siempre ocurre en estos casos, con el tiempo se revisan y hasta se corrigen algunas de las impresiones y opiniones mantenidas, pero el valor de la espontaneidad propia de esas elaboraciones alcanza en sí misma el alto valor de precedente.

El *Prólogo*, a cargo del coordinador de los trabajos y de la edición, el profesor Martín y

Pérez de Nanclares, destaca algunos aspectos que, hablando del Tratado de Lisboa, no conviene olvidar por los estudiosos, a saber:

- 1º) El Tratado de Lisboa –un tratado simplificado muy complejo– ha cubierto históricamente la misión de sacar a la Unión Europea (UE) del atolladero en que la había situado el fracaso del Proyecto de Constitución Europea, tras los *referenda* negativos de Francia (29 de mayo de 2005) y de Holanda (1 de junio de 2005). Quedan, naturalmente, pelos en la gatera, cuales son los de la desaparición de cualquier vestigio constitucional.
- 2º) El Tratado de Lisboa reorganiza el derecho originario de la UE en dos tratados, uno básico, denominado Tratado de la Unión Europea (TUE) y otro de desarrollo, denominado Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).
- 3º) El Tratado de Lisboa ofrece la novedad sustancial de conferir personalidad jurídica a la Unión Europea, lo que abre expectativas imposibles con las anteriores Comunidades.

Todavía cuando el libro se publicó se albergaban tibias dudas sobre el éxito o fracaso del nuevo Tratado, apostándose en general por el resultado positivo por las gravísimas consecuencias que habría tenido, en el proceso de consolidación (*establishment* de los Estados) de la UE otro revés de esas dimensiones. No se podía aventurar, aún, sin embargo, la historia de desamor de Irlanda, cuya incorporación final fue entonces casi tan costosa como lo sería luego, una vez incorporada al Tratado.

2. Un libro de tan amplia extensión no puede ser, lógicamente, resumido con el detalle que merece, en una reseña de estas características, en la que lo importante es dar cuenta a los lectores de la *Revista* de la existencia de publicación tan extraordinariamente valiosa para el conocimiento del Tratado de Lisboa. A mayor abundamiento, en un número, como es este, dedicado monográficamente al Tratado, el silencio frente a este libro habría resultado inexplicable.

Dicho lo cual, y recomendando vivamente la consulta de los distintos trabajos que componen la obra –primorosamente editada por Iustel, como es habitual en la corta pero fructífera vida de esa editorial jurídica– nos vamos a limitar seguidamente a dar cuenta esquemática de su contenido, empezando por sus grandes números que, salvo error u omisión, son estos: un total de treinta y ocho (38) estudios, divididos en veintidós (22) Ponencias y en dieciséis (16) Comunicaciones, a cargo de diecinueve (19) Catedráticos de Derecho Internacional Público, Privado o Relaciones Internacionales, un (1) Catedrático de Sociología, cinco (5) Profesores Titulares, doce (12) Profesores Doctores, Ayudantes o Colaboradores más un (1) Periodista y el ex Presidente del Parlamento Europeo. Una nómina indiscutiblemente de lujo, difícilmente repetible a la hora de unir esfuerzos para trabajar sobre el Tratado de Lisboa, plataforma que sin duda habrá servido de apoyo a los especialistas que han elaborado, asimismo, este valiosísimo monográfico, número de orden 92, de la reconocida *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nacida en el año 1997 como *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*.

Los treinta y ocho estudios (38) que integran el libro –naturalmente de dimensiones y empeño muy diversos, dentro de su importancia común–, se distribuyen en ocho grandes partes con unidades temáticas propias. A cada una de ellas se destina el brevísimo comentario que se refleja en los ocho números (3 a 10) siguientes.

3. La *Parte Primera* del libro lleva como título *Proceso y Contexto: El Tratado de Lisboa como salida de la crisis constitucional* y se compone de dos (2) Ponencias y de dos (2) Comunicaciones, cuyos títulos, autores –tal y como aparecen presentados en el libro– y situación dentro de aquel, son los siguientes:

*Ponencias:*

- *El Tratado de Lisboa como salida al laberinto constitucional* (Prof. Dr. Francisco Aldecoa Luzarraga), pp. 35-56.
- *De la ratificación fallida de la Constitución al Tratado de Lisboa* (Prof. Dr. Nicolás Mariscal Berastegui), pp. 57-86.

*Comunicaciones:*

- *El Tratado de Lisboa ¿menos Europa, más Estado?* (Dra. Amparo Alcoceba Gallego), pp. 87-98.
- *La Conferencia Intergubernamental de 2007 y la política constitucional de la Unión Europea: una conferencia técnica parte del proceso constitucional* (Dra. Mercedes Guinea Llorente), pp. 99-118.

4. La *Parte Segunda* del libro lleva como título *La Carta de Derechos Fundamentales y la adhesión de la Unión al CEDH* y se compone de dos (2) Ponencias y de dos (2) Comunicaciones, cuyos títulos, autores –tal y como aparecen presentados en el libro– y situación dentro de aquel, son los siguientes:

*Ponencias:*

- *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa. Limitaciones a su eficacia y alcance generadas por el Protocolo para la aplicación de la Carta al Reino Unido y Polonia* (Prof. Dr. Antonio F. Fernández Tomás), pp. 119-158.
- *La adhesión de la Unión Europea a la Convención Europea sobre derechos*

*humanos y libertades fundamentales* (Prof. Dr. José Antonio Pastor Ridruejo), pp. 151-158.

*Comunicaciones:*

- *La regla inclusio unius exclusio alterius y la Carta de los Derechos Fundamentales: Polonia, el Reino Unido y los otros* (Profesor Titular, Antonio Pastor Palomar), pp. 159-178.
- *La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales: evolución de la cuestión, previsiones y posibles consecuencias* (Profesora Titular, Nicole Stoffel Valloton), pp. 179-200.

5. La *Parte Tercera* del libro lleva como título *El sistema institucional de la Unión* y se compone de cuatro (4) Ponencias y de una (1) Comunicación, cuyos títulos, autores –tal y como aparecen presentados en el libro– y situación dentro de aquel, son los siguientes:

*Ponencias:*

- *El Tratado a la luz del refranero* (Don Xavier Vidal-Folch), pp. 201-204.
- *El sistema institucional en el Tratado de Lisboa: entre la continuidad y el cambio* (Prof. Dra. Paz Andrés Sáenz de Santa María), pp. 205-226.
- *El escoramiento intergubernamental de la Unión* (Prof. Dra. Araceli Mangas Martín), pp. 227-240.
- *La nueva regla de la mayoría cualificada y sus paliativos temporales* (Prof. Dr. Cesáreo Gutiérrez Espada), pp. 241-250.

*Comunicaciones:*

- *Parlamentos nacionales y ciudadanía en el funcionamiento institucional de la Unión* (Doña María José Cervell Hortal), pp. 251-268.

6. La *Parte Cuarta* del libro lleva como título *El sistema de competencias de la Unión y el principio de subsidiariedad* y se compone de tres (3) Ponencias y de dos (2) Comunicaciones, cuyos títulos, autores –tal y como aparecen presentados en el libro– y situación dentro de aquel, son los siguientes:

*Ponencias:*

- *El trípode constitucional* (Don José María Gil Robles), pp. 269-272.
- *La nueva regulación del régimen de competencia en el Tratado de Lisboa; especial referencia al control del principio de subsidiariedad* (Prof. Dr. José Martín y Pérez de Nanclares), pp. 273-294.
- *La incidencia del principio de subsidiariedad en las regiones* (Prof. Dr. Manuel Pérez González), pp. 295-308.

*Comunicaciones:*

- *El Tratado de Lisboa: la acentuación de los límites estatales a la política espacial europea* (Dra. María del Carmen Muñoz Rodríguez), pp. 309-318.
- *El EURATOM subsiste, invisible e incompatible con el tinglado comunitario* (Dr. Jordi Sellarés Serra), pp. 319-332.

7. La *Parte Quinta* del libro lleva como título *La dimensión exterior de la Unión* y se compone de tres (3) Ponencias y de tres (3) Comunicaciones, cuyos títulos, autores –tal y como aparecen presentados en el libro– y situación dentro de aquel, son los siguientes:

*Ponencias:*

- *La personalidad jurídica de la Unión Europea* (Prof. Dr. José Manuel Sobrino Heredia), pp. 333-348.
- *Visibilidad de la acción exterior europea en el nuevo Tratado de Lisboa* (Prof. Dr.

Carlos R. Fernández Liesa), pp. 349-360.

- *Los retos de la Unión Europea en materia de seguridad y defensa tras el Tratado de Lisboa* (Prof. Dr. Romualdo Bermejo), pp. 361-372.

*Comunicaciones:*

- *Los objetivos de la política comercial común a la luz del Tratado de Lisboa* (Don Miguel Ángel Cepillo Galvín), pp. 373-392.
- *¿Quién dijo que desaparecen los pilares? La configuración jurídica de la acción exterior de la Unión Europea en el Tratado de Lisboa* (Profesor Titular, Luis N. González Alonso), pp. 393-404.
- *La Unión Europea, vista desde fuera* (Dr. Pedro Lozano Bartolozzi), pp. 405-416.

8. La *Parte Sexta* del libro lleva como título *El espacio de libertad, seguridad y justicia* y se compone de tres (3) Ponencias y de cuatro (4) Comunicaciones, cuyos títulos, autores –tal y como aparecen presentados en el libro– y situación dentro de aquel, son los siguientes:

*Ponencias:*

- *Espacio de libertad, seguridad y justicia y Tratado de Lisboa* (Prof. Dr. Alejandro del Valle Gálvez), pp. 417-436.
- *La cooperación judicial en materia civil* (Prof. Dra. Alegría Borrás), pp. 437-450.
- *El Tratado de Lisboa y la amenaza terrorista en Europa* (Prof. Dr. Rafael Calduch Cervera), pp. 451-468.

*Comunicaciones:*

- *La lucha contra el terrorismo ante la reforma de los Tratados aprobada en Lisboa* (Dr. José Manuel Cortés Martín), pp. 469-498.

- *La posición del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca en el ELSJ: ¿cambiará con Lisboa?* (Dra. Laura García Gutiérrez), pp. 499-520.

- *Reconocimiento mutuo y principio de Estado de origen: su incidencia en el ámbito del Derecho aplicable* (Profesor Titular Miguel Gardeñes Santiago), pp. 521-538.

- *¿Por fin una política de inmigración de la Unión Europea en el Tratado de Lisboa?* (Profesora Titular Isabel Lirola Delgado), pp. 539-550.

9. La *Parte Séptima* del libro lleva como título *La dimensión económica, monetaria y social de la Unión Europea* y se compone de dos (2) Ponencias, cuyos títulos, autores –tal y como aparecen presentados en el libro– y situación dentro de aquel, son los siguientes:

*Ponencias:*

- *La Unión Económica y Monetaria en el Tratado de Lisboa* (Prof. Dr. Manuel López Escudero), pp. 551-580.
- *La dimensión social del Tratado de Lisboa* (Prof. Dr. Andreu Olesti Rayo), pp. 581-596.

10. La *Parte Octava*, y última, del libro lleva como título *Perspectivas futuras de la Unión: la potencialidad de las cooperaciones reforzadas y otros mecanismos de flexibilidad* y se compone de tres (3) Ponencias y de dos (2) Comunicaciones, cuyos títulos, autores –tal y como aparecen presentados en el libro– y situación dentro de aquel, son los siguientes:

*Ponencias:*

- *El Tratado de Lisboa: la consolidación definitiva de la Europas del establishment de los Estados* (Prof. Dr. Santiago Petschen), pp. 599-604.
- *Europa 2020/2030: retos e incógnitas sobre el futuro de la Unión* (Prof. Dr. Juan José Álvarez Rubio), pp. 605-626.

- *Las potencialidades de las cooperaciones reforzadas en la Unión* (Prof. Dr. Xavier Pons Rafols), pp. 627-658.

*Comunicaciones:*

- *El futuro de la Unión Europea: escenarios posibles* (Dra. Dolores Rubio García), pp. 661-686.
- *La efectividad del derecho de retirada, el sistema de reforma y las cooperaciones reforzadas. Una incógnita que condiciona el proceso de integración de la Unión* (Dra. Mariola Urrea Corres), pp. 687-703.

11. He ahí el riquísimo contenido del libro y de cada una de sus ocho partes. La viva recomendación que podría hacerse de una obra tan importante es seguramente innecesaria, pues el buen conocimiento de la Unión Europea forma parte del bagaje de conocimientos de cualquier jurista, sea la que sea su especialidad.

No me resisto a finalizar esta reseña con el entrañable recuerdo de la figura de Manuel Díez de Velasco, prestigiosísimo jurista, hombre de bien y amigo de nuestra familia, según nos contó mi padre en cuantas ocasiones tuvo oportunidad de hacerlo. Precisamente el *Prólogo* que encabeza esta obra se cierra también con otro sentido homenaje a su persona, por haber participado en el acto previo a la Clausura de las Jornadas en las que, tan brillantemente, se gestó el valiosísimo legado de unos comentarios tan extensos como intensos al Tratado de Lisboa, protagonista durante los años venideros de la suerte de la Unión Europea.

SONSOLES DE LA VILLA DE LA SERNA  
*Abogada. Tutora de la UNED*

## TRANSFORMACIONES EN LAS NORMAS SOCIALES DE LA UNIÓN EUROPEA

JAVIER GÁRATE CASTRO

Editorial Universitaria Ramón Areces  
2010, 125 páginas

En el presente libro el autor lleva a cabo una explicación pormenorizada de cómo en la Unión Europea se pretende lograr, a través de mecanismos como la unificación y la armonización, la adaptación y compatibilidad entre las normas reguladoras de los distintos países miembros.

En el mismo se realiza un análisis de las materias objeto de unificación normativa, así como un estudio detallado de la evolución que ha tenido el proceso de armonización en materia de política social europea, y de cómo en los últimos años, debido a la existencia de numerosos obstáculos de tipo político y técnico-jurídico (competencia, subsidiariedad o importante diversidad de ordenamientos nacionales a armonizar, entre otros), este proceso se ha visto disminuido tanto por el número de normas en la materia dictadas, como por el contenido armonizador de las mismas.

Dividido en dos capítulos, el libro analiza las dos modalidades de intervención clásicas de la Unión: por un lado la unificación normativa (a través de los Reglamentos) y, por otro, las normas sociales de armonización (a través de las Directivas):

- En el capítulo II del libro se recuerda que la Unión ha recurrido a la técnica de la unificación normativa, con la que pretende establecer un derecho único para todos los Estados miembros que sea incompatible con cualquier regulación diferente que pudiera tener alguno de ellos, y que es de aplicación directa en cada uno, sustituyendo a las normas internas que fuesen contrarias a sus disposiciones.



Limitada por el principio de proporcionalidad, el autor recuerda que la utilización de la unificación en materia social es cuantitativamente escasa, si bien su importancia es clara puesto que la libre circulación de trabajadores ha sido objeto de esta modalidad de intervención, y dicho principio constituye uno de los pilares básicos del Derecho Social de la Unión Europea.

Así, las materias objeto de estudio en este libro, sobre las que se han dictado normas unificadoras son las siguientes:

- Libre circulación de trabajadores: Tuvo un desarrollo casi inmediato y se materializó mediante la adopción de diferentes reglamentos, para la ordenación de las cuestiones centrales cuya regulación debe ser única para todos los Estados miembros, así como mediante directivas que tratan las materias complementarias que no requieren un Derecho único.

Con la finalidad de garantizar su funcionamiento, se han constituido diversos órganos especializados que asumen diferentes tareas, desarrollando actividades para favorecer la colaboración de las administraciones de los Estados miembros, y se ha creado la Oficina de coordinación de EURES, para lograr la mayor efectividad posible de la puesta en contacto de ofertas y demandas de empleo.

- Fondo Social Europeo: Es el instrumento de financiación de las acciones de la Unión en el campo de las políticas activas de empleo, y fue creado para mejorar las posibilidades de empleo de los trabajadores en el mercado común, elevando con ello el nivel de vida.

A partir del Tratado de Maastricht, sus objetivos son el fomento de oportunidades de empleo y movilidad geográfica y profesional de los trabajadores, así como facilitar la adaptación de estos a las transformaciones y cambios indus-

triales y de los sistemas de producción, especialmente mediante la formación y la reconversión profesionales.

- Competencia judicial internacional y Ley aplicable a las obligaciones contractuales.
- Determinados aspectos laborales de la actividad de los conductores de vehículos de transporte internacional por carretera.
  - El capítulo III está dedicado a la armonización de los sistemas sociales comunitarios y la correspondiente aproximación de las normas del ámbito social.

Como explica Garate Castro, mediante la armonización no se trata de crear un derecho único, sino de lograr que las normas de cada Estado miembro resulten equivalentes en su contenido, eliminando de las reglas nacionales aquellas diferencias que supongan un obstáculo para lograr el objetivo común de la Unión.

Entre otras cuestiones, la armonización contribuye de forma importante al desarrollo del Derecho social de la Unión, siendo abundantes las bases jurídicas que permiten su desarrollo, si bien considera el autor que no es completa debido, entre otras cuestiones, a que solo se proyecta sobre determinadas materias de seguridad social y relaciones laborales o a que en ocasiones requiere para su efectividad reducir la intensidad de las obligaciones de los Estados miembros.

Asimismo, se trata de una modalidad compleja de intervención, ya que los ordenamientos laborales de cada Estado miembro son muy dispares entre sí y evolucionan de forma continua y muy rápida, lo que hace muy complicado renovar los contenidos de las correspondientes directivas con esa exigencia.

Como explica el autor, la armonización en la política social presenta rasgos propios y no solo busca aproximar las legislaciones de los

Estados miembros, sino que pretende el progreso en las mismas, de forma que las normas de cada país deben tender al armonizarse a tomar como referencia aquellas que sean más protectoras para los trabajadores. No obstante, ello no parece impedir que el instrumento de armonización incluya una protección menos intensa que la establecida en otro anterior sobre esa materia al que sustituya, aunque siempre por encima de la más baja que se prevea en los ordenamientos de los Estados miembros.

Por otro lado, se analiza en este capítulo la evolución que ha tenido el proceso de armonización en la política social, no existiendo hasta 1986 ninguna previsión que contemplase la adopción de actos normativos de aproximación en esta materia. En el artículo 118 del TCEE aparecía la única previsión sobre instrumentos de armonización en este campo, limitándose a asignar a la Comisión la «*promoción de una estrecha colaboración entre los Estados miembros*», a desarrollar por medio de instrumentos que carecen de efecto vinculante (estudios, dictámenes y consultas), incluidos en la categoría de «*derecho débil*», utilizándose igualmente, con el mismo fin, distintas recomendaciones.

En 1974, la resolución del Consejo de 21 de enero, relativa a un «Programa de acción social», a su juicio, no solo desencadenó numerosos actos no normativos de armonización, sino que incluyó objetivos ambiciosos que ya contenían medidas de naturaleza normativa, dando lugar a la aparición de las primeras directivas en la materia.

A partir de ese momento, fue incrementándose la utilización de los instrumentos de «derecho débil», apareciendo otros nuevos de esta naturaleza como comunicaciones de la Comisión, conclusiones de la Presidencia de los Consejos Europeos, declaraciones solemnes, etc., en continuo crecimiento llegando también hasta la actualidad y que, en opinión de GARATE CASTRO, continuará creciendo en el futuro.

No obstante, con la aparición de las directivas, el uso de los instrumentos no normativos pasó a ser secundario, produciéndose un avance de las normas armonizadoras respecto a las unificadoras, y se sentaron las bases para que la armonización de legislaciones en el ámbito de la política social sea predominante en el Derecho social de la Unión Europea, calificándose, a juicio del autor de forma exagerada, la «edad de oro» de las intervenciones sociales comunitarias.

Esta etapa tan importante finalizó en 1980, con la Directiva 80/987/CEE, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, recuperando en ese momento los instrumentos de derecho débil el protagonismo en el ámbito de la armonización. Pese a esta pérdida de importancia del derecho fuerte, no se produjo una paralización total, ya que no afectó a la seguridad y salud laboral y se adoptó la Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social.

Con la modificación en 1986 del TCEE por el Acta Única Europea (AUE), se abrió de nuevo una etapa en la que las normas de armonización tuvieron relevancia. Este resurgir tuvo su base en tres pilares:

1. Establecimiento de bases jurídicas específicas del derecho armonizador fuerte, iniciado con el artículo 118 A del TCEE introducido por el AUE e incrementándose posteriormente, ampliándose con ello la adopción de directivas sobre otras materias importantes de la política social.

2. Determinación de las materias cubiertas por las bases jurídicas establecidas. Recogidas en el artículo 2 del *Acuerdo sobre la política social*, el cual pasó al TCE con la transferencia realizada por el Tratado de

Amsterdam de 1997, tras la reforma del Tratado de Niza de 2001 las materias sobre las que la Unión dispone de bases jurídicas específicas para la adopción de directivas son las siguientes: 1. *Mejora, en concreto, del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores*; 2. *Las condiciones de trabajo*; 3. *La información y consulta a los trabajadores*; 4. *La integración de las personas excluidas del mercado laboral*; 5. *La igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo*; 6. *La seguridad social y la protección social de los trabajadores*; 7. *La protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral*; 8. *La representación y defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión*; 9. *Las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Comunidad*.

En dichas materias es posible la intervención directa a través de normas de armonización legislativa que apoyen y completen la acción de los Estados miembros, respetando siempre los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

3. Refuerzo del diálogo social y modificación sustancial en el procedimiento de adopción de las directivas.

Por un lado, considera el autor que el diálogo social abre mas posibilidades a la armonización en los ámbitos de la política social, contribuye a que tenga menos obstáculos e introduce una nueva herramienta como es el acuerdo colectivo entre los interlocutores sociales.

Por otro, el artículo 118 A del TCEE no sólo amparó las directivas sobre seguridad y salud de los trabajadores, sino que vino a modificar la regla para su adopción de la unanimidad a la de mayoría cualificada del Consejo, manteniéndose la unanimidad para las directivas relativas al resto de materias

sociales. Posteriormente, el Tratado de Niza dejó al Consejo la posibilidad de ampliar las materias sometidas a la regla de la mayoría cualificada, quedando sujeta a la unanimidad únicamente la adopción de directivas sobre: «*La seguridad social y la protección social de los trabajadores, la protección de estos en caso de rescisión del contrato laboral, la representación y defensa colectiva de sus intereses y de los empresarios, incluida la cogestión, y las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión*», aunque el Consejo puede decidir si se sustituye por la regla de la mayoría cualificada, excepto para las relativas a seguridad social y protección social de los trabajadores.

Posteriormente, en 1989, la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio, sobre la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo («Directiva marco») supone una gran influencia sobre los ordenamientos nacionales, así como otras directivas complementarias a ésta que fueron dictadas, logrando un grado de armonización considerable.

En los años 90, comienza una nueva situación, apostándose por la coordinación de las políticas sociales de los Estados miembros y menos por la armonización legislativa. En el diseño de la política social comunitaria adoptada por el Tratado de Ámsterdam y el Tratado de Lisboa, algunas de las materias propias de la política social no consienten ningún tipo de armonización, pero no mencionan que no sea posible adoptar medidas de derecho débil mediante la coordinación.

El autor considera que lo anterior es un claro síntoma de que se está cuestionando que se deba continuar con la armonización legislativa como instrumento y modalidad de intervención principal en el terreno del Derecho social de la Unión Europea.

No obstante, también dispone que, en su opinión, no puede afirmarse que en los últi-

mos años se haya producido un retroceso en la función normativa de los órganos comunitarios para alcanzar la integración unificada de los ordenamientos de los Estados en materia social, ya que los resultados de la misma en este periodo son para él superiores a los de cualquier otra etapa anterior, habiéndose dictado Directivas y Acuerdos de gran importancia, en el campo tanto de las relaciones de trabajo individuales como colectivas.

Así, a modo de ejemplo, respecto a las relaciones individuales, menciona entre otras la Directiva 91/533/CEE del Consejo sobre la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral, la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008 relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994 relativa a la protección de los menores de 18 años en el trabajo o la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre, respecto de la aplicación de medidas para promover la mejora en la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada. Por otro lado, en el campo de las relaciones colectivas de trabajo, menciona entre otras 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 consulta de los trabajadores en la Comunidad

Europea o la 2009/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009 sobre la constitución de un comité de empresa europeo.

Finaliza el análisis con una reflexión acerca de la duda e incertidumbre existente sobre la evolución que va a tener la armonización legislativa, afirmando que existen elementos que ponen en duda que vaya a continuar avanzando como hasta ahora, profundizando en sus contenidos o extendiéndose a otros, y que, si bien surgirán otras modalidades de intervención en integración sin una finalidad directamente armonizadora, tales como la cooperación o la coordinación, ello en su opinión no debe poner en duda la necesidad y conveniencia existente de continuar con la armonización de los ordenamientos nacionales a través de directivas.

Garate Castro presenta una obra didáctica, imprescindible para el estudio detallado de la evolución que han tenido las normas sociales en la Unión Europea, destacando la importancia que continúe y avance el proceso de armonización de las legislaciones nacionales de los distintos Estados miembros, no solo mediante instrumentos de cooperación y/o coordinación, sino también, y de manera principal, mediante actos normativos.

MÓNICA MOYA GRANDE  
*Abogada. Roca Junyent*



# Bibliografía

## ÍNDICE DE REVISTAS APARECIDAS ENTRE 2008 Y 2010 SOBRE EL TRATADO DE LISBOA\*

MARTÍN VALVERDE, Antonio y MIRANDA BOTO, José María: «El Tratado de Lisboa y el Derecho Social de la Unión Europea» *Actualidad Laboral*, noviembre 2010, núm. 19, pp. 2246-2261.

El artículo explora la nueva realidad normativa configurada desde la entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009 del Tratado de Lisboa. Pese a que los objetivos perseguidos por el Tratado de Lisboa sean más discretos que los perseguidos por el proyecto de Constitución Europea es innegable que se han producido cambios de calado en las instituciones europeas, y que la consideración de derecho originario de la Carta de Derechos Fundamentales de Niza podrá traer novedades.

MILLÁN MORO, Lucía: «El ordenamiento jurídico comunitario: del Tratado Constitucional al Tratado de Lisboa» *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, mayo/agosto 2010, núm. 14, pp. 401-438.

Aunque desde una perspectiva no exclusivamente laboral el artículo repasa los cambios introducidos en el ordenamiento europeo por la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. El estudio se centra principalmente en las

reformas introducidas en los diferentes instrumentos jurídicos previstos en el Tratado, que siguiendo la línea del proyecto de Constitución Europea se han tratado de simplificar, procurando ordenar y explicar estos nuevos instrumentos jurídicos.

GUZMÁN ZAPATER, Mónica: «Cooperación judicial y Tratado de Lisboa: entre consolidación e innovación» *Revista General de Derecho Europeo*, junio 2010, núm. 21.

El Tratado de Lisboa supone un avance en el desarrollo de la Cooperación judicial en materia civil. El principio de reconocimiento mutuo de actas y decisiones, elevado a la categoría de Derecho originario, aunque reformulado, junto por ejemplo a la ampliación del ámbito material de la Cooperación civil, permite pensar en un nuevo sistema de Derecho internacional privado articulado principalmente en torno a las relaciones privadas intracomunitarias pero dotado de una base competencial amplia, que va a facilitar la proyección de las normas europeas en las relaciones con terceros Estados. Y por tanto afectará muy posiblemente a la competencia normativa de los Estados miembros en materia de Derecho internacional privado.

---

\* Elaborado por LUIS GORDO GONZÁLEZ, contratado en prácticas por el Programa de Formación del Personal universitario del Ministerio de Educación (FPU), Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de la Universidad Autónoma de Madrid.

AGUILAR GRIEDER, Hilda: «La cooperación judicial internacional en materia civil en el Tratado de Lisboa» Cuadernos de Derecho Transnacional, marzo 2010, vol. 2, núm. 1, pp. 308-338.

El Tratado de Amsterdam introdujo una amplia modificación en la cooperación judicial en materia civil en la Unión Europea. Esta regulación ha sido actualizada por el Tratado de Lisboa, pero no pretende prescindir de los avances de Amsterdam, sino que proyecta avanzar y consolidar sosegadamente la cooperación en materia civil ya conseguida.

GUZMÁN ZAPATER, Mónica: «Cooperación civil y Tratado de Lisboa: ¿Cuánto hay de nuevo?» Diario la Ley, 2010, núm. 7479, pp. 7-13.

El artículo resalta los cambios más relevantes introducidos por el Tratado de Lisboa en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil.

BELLO Y VILLARINO, José Miguel: «El proceso de comunitarización normativa del Derecho Internacional Privado europeo: De Amsterdam a Lisboa» Gaceta Jurídica, mayo/junio 2008, núm. 3, pp. 53-61.

El artículo analiza el proceso de comunitarización normativa del Derecho Internacional Privado.

ORDÓÑEZ SOLÍS, David: «El Tratado de Lisboa, los nuevos Estatutos de Autonomía y la protección judicial de los derechos fundamentales» Noticias de la Unión Europea, abril 2009, núm. 291, pp. 5-20.

Toda previsión constitucional de Derechos Fundamentales requiere de un control jurisdiccional posterior que haga efectivamente aplicables los derechos reconocidos. En el caso español a los derechos reconocidos por la Constitución Española hay que sumar las diferentes cartas autonómicas que han ido agregando sus propios catálogos de derechos

fundamentales, y desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa debemos añadir la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Las lógicas opuestas de descentralización e integración presentes en el caso español pueden dar lugar a contracciones en la interpretación de derechos que debe ser superadas anteponiendo los intereses de los ciudadanos.

ARASTEY SAHÚN, M<sup>a</sup> Lourdes: «El Tratado de Lisboa, la aplicación judicial del Derecho de la Unión Europea y la transformación del derecho español. Los derechos sociales y su aplicación judicial bajo el prisma del Tratado de Lisboa» Noticias de la Unión Europea, abril 2009, núm. 291, pp. 49-57.

La Unión Europea nació como una unión con meros intereses económicos en la que los derechos laborales solo eran tenidos en cuenta en la medida en que estos perjudicaban o facilitaban la integración europea. Solo a partir del Tratado de Maastricht la Unión empezó a dotar a los derechos sociales de sustantividad propia.

La evolución de la valoración jurídica de los derechos sociales en la Unión Europea ha dado un importante paso con la incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales al derecho de la Unión con el mismo valor que los Tratados. Indudablemente todo este proceso tiene sus consecuencias en el derecho nacional de cada estado miembro.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo: «La doble funcionalidad de la Ley Orgánica por la que autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa. (La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el «Boletín Oficial del Estado»)» Revista Española de Derecho Europeo, 2009, núm. 30, pp. 135-158.

El texto estudia los posibles efectos derivados de la incorporación del texto de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea a la ley que autorizó la ratificación

del Tratado de Lisboa en nuestro país, y como ello confiere a la ley una doble función. Por un lado la norma contiene la tradicional autorización para ratificar un Tratado y por otro incorpora el contenido de la Carta con todos sus derechos, incluidos los laborales, a una norma con rango de Ley en vigor en nuestro país con carácter previo al Tratado de Lisboa.

FARAMINÁN GILBERT, Juan Manuel de: «El Tratado de Lisboa (un juego de espejos rotos)» *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, 2009, núm. 17, pp. 1-18.

El artículo analiza como a través del Tratado de Lisboa se ha intentado superar la profunda crisis en la que se sumió la Unión Europea tras la no aprobación del Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa.

DUCH GILLOT, Jaume: «El Tratado de Lisboa y los cambios en la organización institucional de la Unión Europea» *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2009, núm. 40, pp 51-62.

El Tratado de Lisboa es la quinta reforma importante del derecho originario de la Unión Europea. El Tratado de Lisboa no amplía las competencias de la Unión Europea pero introduce modificaciones importantes en el funcionamiento y composición de las Instituciones, facilita la toma de decisiones y refuerza el carácter democrático de la Unión a través de la ampliación de las competencias legislativas, presupuestarias y de control del Parlamento Europeo.

JIMENA QUESADA, Luis: «La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE: rango legal y contenidos sustantivos» *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2009, núm. 40, pp pp. 63-83.

La incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales al ordenamiento europeo con rango de derecho originario supone un paso más en el proceso de constitucionalización de Europa. Sin embargo, la forma escogida para incluir la Carta en la normativa comunitaria

proyecta dudas razonables sobre el impacto real que dicha inclusión podrá tener en la defensa de los derechos fundamentales.

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria: «La Unión Europea como una fotografía en continuo movimiento. El Tratado de Lisboa» *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2009, núm. 124, pp. 343-354.

El autor repasa las novedades introducidas por el Tratado de Lisboa.

AYALA, José Enrique de: «Preparando el futuro: el Tratado de Lisboa, próximo a su ratificación» *Política Exterior*, 2009, Vol. 23, núm. 131, pp. 13-20.

El autor pronostica que el Tratado de Lisboa va a suponer un importante hito en el proceso de construcción europea al introducir cambios y novedades de importante calado político en las instituciones europeas.

MANGAS MARTÍN, Araceli: «Algunos aspectos del derecho derivado en el Tratado de Lisboa: categorización de los actos, indeterminación de los tipos de actos, bases jurídicas y jerarquía» *Revista General de Derecho Europeo*, 2009, núm. 18.

El rechazado proyecto de Constitución para Europa ya preveía una simplificación de los actos jurídicos comunitarios para hacerlos más entendibles por los ciudadanos. El Tratado de Lisboa intenta continuar esa línea e introduce una serie de cambios en el derecho derivado tal y como fue concebido desde la fundación del proceso de integración europea. El Tratado de Lisboa diferencia entre los actos de derecho derivado en función del procedimiento legislativo o no legislativo seguido para su aprobación. La distinción entre las funciones legislativa y ejecutiva permite una mayor lógica de la toma de decisiones y, por tanto, una mayor transparencia de dicho proceso para los ciudadanos responsabilizando al Parlamento y al Consejo de las decisiones más importantes.



MIRANDA BOTO, José María: «La incidencia del Tratado de Lisboa en el ámbito social» *Temas Laborales*, 2008, núm. 97, pp. 9-24.

El Tratado de Lisboa se caracteriza por haber intentado aclarar el panorama competencial de la Unión y por haber incorporado la Carta de Derechos Fundamentales al Derecho Europeo. En el orden laboral las novedades son menores y se limitan a la corrección de algunos defectos detectados en el funcionamiento de la Unión. Quizá el cambio más destacable sea el reconocimiento formal del método abierto de coordinación con carácter global, y no limitado al campo del empleo.

BALLESTER PASTOR, María Amparo: «Los derechos sociales en la Carta Comunitaria de derechos fundamentales y en el Tratado de Lisboa» *Actualidad Laboral*, septiembre 2009, núm. 15.

Sin duda la incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales al ordenamiento de la Unión ha supuesto un importante paso en la tutela y protección de los Derechos Fundamentales, no obstante la autora duda de las posibilidades de que sea el instrumento apropiado para consolidar, promover e integrar plenamente los derechos fundamentales en el ámbito comunitario.

IGLESIAS VÁZQUEZ, María del Angel y SANTIALLA ALONSO, Manuel: «El Tratado de Lisboa en el proceso de evolución de la Unión Europea y del derecho europeo» *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2009, núm. 21, 2009.

El presente trabajo pretende presentar a grandes rasgos las repercusiones jurídicas más relevantes del Tratado de Lisboa, estas son: la expresa dotación de personalidad jurídica a la Unión Europea, la clarificación y clasificación del reparto de competencias, el establecimiento de un espacio público comunitario de derechos humanos y el previsible desarrollo en el ámbito del Derecho Público europeo.

MATÍA SACRISTÁN, Ángela; «El Tratado de Lisboa en el proceso de construcción europea» *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, 2008, núm. 2058, pp. 1023-1036.

El Tratado de Lisboa constituye una nueva etapa en el proceso evolutivo europeo. Probablemente no sea el tratado más ambicioso posible, y no permita siquiera dar solución a todas las necesidades que viene manifestando la Unión Europea, sin embargo hace posible seguir avanzando y abre una nueva vía por la que seguir creando Europa. La época de los cambios revolucionarios ha quedado atrás. Los pasos de gigantes cada vez serán menores y los grandes avances serán reservados solo a aquellos Estados que quieran verdaderamente una Europa integrada. Y es que parece legítimo pensar que aquellos que quieran avanzar más deprisa puedan hacerlo sin que los que quieran hacerlo más despacio se lo impidan. El nuevo Tratado facilita el camino para ello y dificulta que los Estados más euroescépticos impongan sistemáticamente su criterio sobre los demás. Ahora más que nunca queda en manos de los Estados y de sus gobiernos tomar el camino europeo o permanecer estancados, erigirse en la vanguardia europea o bajarse del carro.

### Revistas consultadas:

*Actualidad Laboral*

*Boletín de Información del Ministerio de Justicia*

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*

*Cuadernos de Derecho Transnacional*

*Cuadernos Europeos de Deusto*

*Diario La Ley*

*Documentación Laboral*

*Gaceta Jurídica*

- Jueces para la democracia
- Justicia Laboral
- Noticias de la Unión Europea
- Política Exterior
- Relaciones Laborales
- Revista de Derecho Comunitario Europeo
- Revista de Derecho Social
- Revista del Poder Judicial
- Revista electrónica de Estudios Internacionales
- Revista Española de Derecho del Trabajo
- Revista Española de Derecho Europeo
- Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
- Revista General de Derecho Europeo
- Temas Laborales
- Tribuna Social



# Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración

10 números configurados en 5 series según materias específicas

REFERENCIA	MATERIA	PRECIO € (IVA incluido)
RTC <input type="checkbox"/>	10 Números (Todas las series)	140
RTD <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Derecho del Trabajo)	30
RTS <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Seguridad Social)	30
RTL <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Derecho social Internacional y Comunitario)	30
RTE <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Economía y Sociología)	30
RMI <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Migraciones Internacionales)	30
N. ... <input type="checkbox"/>	1 Número suelto o extraordinario	17
Importe Total		



## BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

### DATOS DEL SUSCRIPTOR:

Nombre ..... Apellidos .....

Domicilio ..... C.P. y Población .....

Provincia ..... Teléfono ..... Fax .....

RTC  RTD  RTS  RTL  RTE  RMI  N.º...

MARQUE CON UNA X EL RECUADRO DE LO SOLICITADO

Importe total

..... €

### FORMA DE PAGO:

Giro postal

Transferencia a Banco BBVA

c/c: 0182/4828/67/0200013172

(Adjuntar justificante de la transferencia)

FIRMA:



Ministerio de Trabajo e Inmigración  
Subdirección General de Información  
Administrativa y Publicaciones

Librería  
Agustín de Bethencourt, 11  
28003 Madrid

Tel.: 91 363 23 17

Fax: 91 363 23 49

Correo electrónico: [sgpublic@mtin.es](mailto:sgpublic@mtin.es)

## SUMARIO

EDITORIAL: *Luis Enrique de la Villa Gil* • I. ESTUDIOS: Fatigosa irrupción de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores en el espacio de la Unión Europea. *Manuel M<sup>a</sup> Zorrilla Ruiz* • Los derechos fundamentales en la Unión Europea renovada. *Carlos Ruiz Miguel* • Los derechos fundamentales sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *Eduarne Terradillos Ormaetxea* • Las competencias de la Unión Europea en materia social: panorama y perspectivas de futuro. *José María Miranda Boto* • El diálogo social, ¿una herramienta para el futuro?. *M<sup>a</sup> Cristina Aguilar González* • Negociación colectiva, Derecho de la competencia y libertades de circulación en la Unión Europea. *Adoración Guamán Hernández* • La igualdad entre mujeres y hombres tras el Tratado de Lisboa. *M<sup>a</sup> Teresa Velasco Portero* • La lucha contra la discriminación en la Unión Europea. *María Amparo Ballester Pastor* • La libre circulación de personas tras el Tratado de Lisboa. *Lucía Dans Álvarez de Sotomayor* • El método abierto de coordinación tras el Tratado de Lisboa. *Margarita Robles Carrillo* • La coordinación de las políticas de empleo a la luz del Tratado de Lisboa. *Nora María Martínez Yañez* • La protección social en la Unión Europea: de la Constitución Europea al Tratado de Lisboa. *Guillermo L. Barrios Baudor y Lourdes Meléndez Morillo-Velarde* • II. LEGISLACIÓN: Crónica legislativa: la materia social en los Tratados constitutivos. *Yolanda Maneiro Vázquez* • III. JURISPRUDENCIA: Crónica jurisprudencial: la posición de los tratados constitutivos en la jurisprudencia social del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Miguel Arenas Meza y Carlos Teijo García* • IV. DOCUMENTACIÓN E INFORMES: La reforma de Europa para el siglo XXI: el proceso de adopción del Tratado de Lisboa. *Miguel Colina Robledo* • Conclusiones del Consejo sobre la gobernanza de la Estrategia Europea de Empleo en el contexto de Europa 2020 y el semestre europeo. *Paula de la Villa de la Serna* • V. RECENSIONES Y BIBLIOGRAFÍA: Recensiones: El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional. *José Martín y Pérez de Nanclares (Coord.)* • Transformaciones en las normas sociales de la Unión Europea. *Javier Gárate Castro* • Bibliografía: Índice de revistas aparecidas entre 2008 y 2010 sobre el Tratado de Lisboa. *Luis Gordo González*.

ISSN 1137-5868



9 771137 586002