

El principio de subsidiariedad en el ordenamiento comunitario y sus aplicaciones en materia social

JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO*

1. INTRODUCCIÓN

El principio de subsidiariedad fue consagrado solemnemente en el ordenamiento comunitario en 1992, con el Tratado de Maastricht, en el marco de grandes cambios y avances en la integración europea. Está recogido con carácter general en el artículo 5 TCE (antiguo artículo 3B, en la redacción original), que establece que «en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario».

La subsidiariedad como principio ordenador del ejercicio de las competencias comunitarias surgió en un contexto de aumento de éstas. En un deseo de regular (o de limitar) la intervención supranacional, los Estados miembros de las Comunidades incorporaron al ordenamiento comunitario un mecanismo

de conexión entre ordenamientos jurídicos, que en lo sucesivo sería el caballo de batalla de múltiples debates sobre el futuro de Europa, sus poderes y sus contradicciones.

Gérard Lyon-Caen ha apuntado, con un hondo sentido crítico, que, como palabra, «subsidiariedad» carece tanto de elegancia como de exactitud¹. En primer lugar, porque existe otra subsidiariedad arraigada, la que viene del campo de la Ciencia Política, donde no es ni mucho menos reciente². En segundo lugar, porque el concepto está presente en muchos ordenamientos con un matiz de *menor importancia, de carácter accesorio*. El hecho de que buena parte de las intervenciones comunitarias vengán definidas en los Tratados como acciones de «apoyo y complemento» y la calificación de «competencias subsidiarias» para definir a los poderes derivados del artículo 308 TCE (antiguo 235) son hechos que contribuyen a aumentar la confusión en la materia. Estas fuertes influencias condicionan en buena medida el entendimiento del principio dentro del Derecho comunitario. Debe dejarse a un lado esa idea

* Becario del Plan Regional de Investigación del Principado de Asturias. Área de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Oviedo.

¹ Vid. G. LYON-CAEN, «Subsidiarity», en VV.AA. *Liber Amicorum Lord Wedderburn*, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 49 y ss.

² Vid. G. D'AGNOLO, *La sussidiarietà nell'Unione Europea*, CEDAM, Padua, 1998, pp. 8 y ss.

preconcebida para asimilar que la subsidiariedad en el marco comunitario es un concepto nuevo, independiente, que no atiende a razones de importancia ni de complemento ni de inactividad.

Pueden señalarse, por último, determinadas cuestiones de especial importancia a la hora del principio de subsidiariedad, y que serán abordadas sucesivamente. La distinción entre una subsidiariedad *general* y una especial en el campo social, la *subsidiariedad horizontal*, hace que sea imprescindible en primer lugar ofrecer una panorámica general del principio (deteniéndose especialmente en los sujetos afectados y el criterio empleado), y presentar cómo esas reglas generales se llevan con perfecta normalidad al campo social. Esta es la manifestación más habitual en la elaboración de normativa social, como se comprobará al analizar las propias normas y la jurisprudencia del TJCE. En contraste, la subsidiariedad horizontal, que requiere un análisis mucho más detenido en el campo teórico por sus numerosas particularidades, ha sido puesta en práctica en un número mucho menor de ocasiones. El trabajo concluye con una reflexión sobre la valoración de la figura.

2. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD: ANTECEDENTES Y CONFIGURACIÓN

Tras su plasmación general en Maastricht se buscaron numerosos antecedentes en el ordenamiento comunitario para el principio de subsidiariedad, tanto en el Tratado CECA³

³ G. ISAAC, *Manual de Derecho Comunitario General* (traducción de G-L Ramos Ruano), 3ª edición española, Ariel, Barcelona, 1995, p. 57 se refiere en concreto al artículo 5. Sin particularizar, J. BOULOUS, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, Montchrestien, Paris, 1995, p. 127. S. Gozi, «Prime riflessioni sul Trattato di Amsterdam: luci ed ombre sul futuro dell'Unione», *RIDPC*, 5, 1997, p. 931, considera que estuvo siempre presente, pero más como «elemento psicológico» de la acción comunitaria que como obligación jurídica.

como en el propio TCEE⁴, tan dispares como los Informes sobre la Unión Europea de 1974 o el Proyecto de Tratado de la Unión Europea de 1984⁵, sin que pueda hablarse de un verdadero precursor del principio hasta el Acta Única Europea en 1986, con la incorporación del artículo 130 R.4 del TCEE⁶.

Pueden distinguirse dos vertientes en el principio de subsidiariedad: la jurídica y la política. En 1992, el Tratado de la Unión Europea, mediante su artículo G, reformó el Tratado de la Comunidad Europea, introduciendo un nuevo artículo 3B, que era el que materialmente contenía el principio de subsidiariedad en su vertiente jurídica. Por su parte, las menciones en el TUE eran difusas, demasiado generales para poder ser interpretadas como una regla de Derecho, pero de una gran importancia política, como demostraría el paso del tiempo. Así, el Preámbulo afirmaba el deseo de que «las decisiones se tomen de la forma más próxima posible a los ciudadanos, de acuerdo con el principio de subsidiariedad»⁷. El artículo B señalaba que «los objetivos de la Unión se alcanzarán (...) en el respeto del principio de subsidiariedad tal y como se define en el artículo 3B del Tratado constitutivo de la

⁴ Vid. G. ISAAC, *Manual... op.cit.*, p. 57. En contra de estas búsquedas de antecedentes, J. VERHOEVEN, *Droit de la Communauté Européenne*, Larcier, Bruselas, 1996, p. 111.

⁵ Vid., para el Informe de la Comisión, el texto en *Boletín de las Comunidades Europeas*, suplemento al nº 5/75; y el análisis de G. D'AGNOLO, *La sussidiarietà...*, *op. cit.*, pp. 38-41. Para el Proyecto Spinelli, *ibidem*, pp. 43-48. El texto en C. PHILIP, *Textos constitutivos de las Comunidades Europeas* (trad. de J. Bignozzi), Ariel, Barcelona, 1985, pp. 141 y ss.

⁶ Vid. la opinión contraria de A. Kiss en su análisis del artículo 130 R en el Comentario del TCEE dirigido por V. CONSTANTINESCO *et al*, Economica, París, 1992, p. 777. A favor, G. D'AGNOLO, *La sussidiarietà...*, *op. cit.*, pp. 58-61, en las que extiende este carácter de precursor también al texto del artículo 130 T.

⁷ Vid. el análisis de D. SIMON en el Comentario del TUE dirigido por CONSTANTINESCO, Economica, París, 1995, pp. 52-4.

Comunidad Europea»⁸. A todo ello hay que añadir una referencia, más difusa aún, en el artículo A TUE, donde se recogía la *vertiente democrática* de la Unión, y en el que se aludía a que la toma de decisiones debía hacerse «en la forma más próxima posible a los ciudadanos», alusión en la que también se quiso ver una manifestación de la subsidiariedad⁹.

Posteriormente, la noción fue recogida en las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Edimburgo de 1992. El Tratado de Amsterdam reenumeró el artículo B TUE como 2 TUE y el 3B TCE como 5 TCE, sin añadir modificación alguna, salvo los oportunos ajustes. Se incorporó, sin embargo, un Protocolo anejo al Tratado de la Comunidad Europea, «sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad»¹⁰, que recogió y sistematizó la mayoría de las reglas de puesta en práctica que se fueron elaborando durante los años posteriores a la entrada en vigor del Tratado de Maastricht. Recientemente, el principio ha sido objeto de estudio por la Convención, centrándose los trabajos en los problemas relativos a su aplicación y control¹¹.

⁸ G. ISAAC, *Manual...*, *op. cit.*, p. 57 entiende que esta mención en el artículo B vuelve aplicable el principio de subsidiariedad además de a la Unión a las tres Comunidades. J. VERHOEVEN, *Droit...*, *op. cit.*, p. 113 pone en duda tal extensión. *Vid.* así mismo, de gran interés, el comentario de D. SIMON, en CONSTANTINESCO, *op. cit.*, p. 67.

⁹ *Vid.* P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA *et al.*, *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, 2ª edición, Eurolex, Madrid, 1999, p. 141.

¹⁰ Sobre este punto, *vid.* A. DASTIS QUECEDO, «Subsidiariedad y transparencia en el Tratado de Amsterdam», en VV.AA. (I. Martos, G. González de Castejón, eds.), *España y la negociación del Tratado de Amsterdam*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1998, pp. 163 y ss.

¹¹ El artículo 8 del Proyecto de artículo 1-16 del Tratado por el que se instituye la Constitución (Bruselas, 06-02-2003, CONV 528/03) establece que «la delimitación y ejercicio de las competencias de la Unión se rigen por los principios de atribución, subsidiariedad, proporcionalidad y cooperación leal». El tercer párrafo de dicho artículo afirma que «según el principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en la medida en que

Avanzando la conclusión para utilizarla como referencia a lo largo de la exposición, podemos decir que el principio de subsidiariedad es un mecanismo de naturaleza mixta, empleado para el reparto del ejercicio de las competencias concurrentes de las Comunidades Europeas entre éstas y sus Estados miembros, atendiendo a razones de insuficiencia estatal y mayor eficacia comunitaria, sin tener en cuenta el tipo de norma o de actuación material en que se manifieste dicha competencia.

Casi nadie pone en cuestión que no es un principio de atribución o distribución de competencias, sino más bien relativo a su ejercicio¹². El principio, de esta forma, opera sobre competencias existentes, tanto presentes explícitamente en el texto de los Tratados, como las desarrolladas de forma implícita o reconocidas por la Jurisprudencia del TJCE.

De la lectura del artículo 5 TCE se desprende claramente que las competencias afectadas por el principio de subsidiariedad son aquellas que tienen el carácter de concurrentes. Quedan excluidas las competencias exclusivas de las Comunidades, tanto las que lo son por atribución expresa de los Tratados como las concurrentes que se han convertido en exclusivas por su ejercicio íntegro¹³. Ello no quiere decir que estas competencias sean

los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros sino que puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel de la Unión».

¹² Por todos, P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA *et al.*, *Introducción...*, *op. cit.*, pp. 140 y ss. En la propia actuación comunitaria, *vid.* el Acuerdo Interinstitucional entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión sobre los procedimientos de aplicación del principio de subsidiariedad de 25 de octubre de 1993, en el *Boletín de las Comunidades Europeas*, 10-1993, pp. 121-2. G. LYON-CAEN, «Subsidiarity», *Liber...*, *loc. cit.*, p. 54, no tiene clara esta diferencia, pues asimila los efectos de este artículo con los del 235 TCE (en la actualidad 308 TCE), quizás influido por las Conclusiones de Edimburgo.

¹³ *Vid.* G. ISAAC, *Manual...*, *op. cit.*, p. 58.

ilimitadas: encuentran su freno en el siguiente párrafo del artículo 5 TCE, que contiene el principio de proporcionalidad en la acción comunitaria. El principio de subsidiariedad, por su parte, tampoco actúa con carácter automático o absoluto: cuanto más específica es la definición de una competencia en los Tratados, menos campo de aplicación tiene este principio.

No hay acuerdo sobre los sujetos concretos que resultan afectados por esta regla de entre los múltiples que coexisten en la Europa comunitaria. Algunos defienden que, faltando mención expresa a ellos, la subsidiariedad no contempla en su ámbito de aplicación a otros poderes territoriales distintos de los Estados miembros¹⁴. Otro sector doctrinal¹⁵, en cambio, lo entiende aplicable a Estados federados, Regiones y otros entes integrados en los Estados miembros. Este debate ha tenido particular interés en el campo del empleo, donde las actuaciones materiales en el marco de la Estrategia Europea para el Empleo han hecho especial hincapié en la participación de los agentes regionales y locales, como se verá. No hay mención alguna a los ciudadanos, salvo para su utilización como punto de referencia a la hora de determinar quién debe intervenir si aceptamos la interpretación antes apuntada del Preámbulo y del artículo 1 del TUE (y por la intervención de los agentes sociales en la subsidiariedad horizontal).

En cuanto a la *ratio operandi* del principio de subsidiariedad, el segundo inciso del segundo párrafo del artículo 5 TCE muestra

¹⁴ Vid. P. ANDRÉS SAENZ DE SANTAMARÍA *et al.*, *Introducción...*, *op. cit.*, p. 112.

¹⁵ Por todos, J.L. DE CASTRO RUANO, «El principio de subsidiariedad en el Tratado de la Unión Europea: una lectura en clave regional», *GJCE*, serie D, 24, 1995, pp. 215-253. Vid. también el Dictamen del Comité de las Regiones sobre el «Proyecto de informe del Parlamento Europeo sobre la delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros», DOCE C 192 (02-08-2002).

un sistema doble: en primer lugar, se exige que los objetivos no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados, y en segundo lugar, se requiere que la acción comunitaria sea mejor para ese fin. La Comunidad está vinculada decisivamente por la insuficiencia estatal, y los Estados, a su vez, están limitados por el principio de lealtad comunitaria contenido en el artículo 10 TCE: si se demuestra la mayor efectividad de la acción comunitaria y su propia incapacidad para conseguir el objetivo en cuestión de forma suficiente deben cesar en sus intentos. Y ese mismo precepto bloquea una posible intervención en un marco de Derecho Internacional, al margen del Derecho Comunitario, entre los propios Estados¹⁶.

El segundo escalón del análisis exige que los resultados se consigan mejor en el nivel comunitario, una vez fracasada la iniciativa estatal. Se impone entonces un nuevo estudio, separado e independiente del anterior, para comprobar la legitimidad y la necesidad de la acción: «La exposición de motivos de toda propuesta de la Comisión incluirá una justificación de la propuesta con respecto al principio de subsidiariedad». Los criterios de juicio a la hora de determinar la superior eficacia comunitaria son dos: dimensión y efectos de la acción. Dos notas tan vagas fueron aclaradas relativamente por las Conclusiones del Consejo Europeo de Edimburgo de 1992, que por su proximidad en el tiempo con la redacción del precepto tienen un valor añadido a la hora de interpretar la intención de los legisladores. Así, la dimensión se corresponde con la existencia de aspectos transnacionales que no pueden ser regulados satisfactoriamente mediante la actuación de Estados miembros. Los efectos positivos, en cambio, deben ser presentados cuando sea posible mediante indicadores «cuantitativos», y siempre mediante indicadores «cualitativos». También ha de tenerse en cuenta si la actuación única de los Estados o la falta de actua-

¹⁶ Vid. J. VERHOEVEN, *Droit ...*, *op. cit.*, p. 112.

ción comunitaria entra en conflicto con los requisitos del Tratado o perjudica gravemente los intereses de los Estados miembros.

Los otros indicios que se apuntan en las Conclusiones son más que nada restricciones a la actuación comunitaria. Según el primero de ellos, «la Comunidad sólo deberá actuar para armonizar legislaciones o normas nacionales cuando ello sea necesario para alcanzar los objetivos del Tratado». De acuerdo con el segundo, «el objetivo de presentar una posición única de los Estados (...) no justifica por sí mismo una actuación interna de la Comunidad en el ámbito de que se trate». En cualquier caso, la valoración de estos criterios sigue dejando un margen de actuación a las Instituciones comunitarias: las nociones de legalidad y oportunidad aparecen aquí estrechamente vinculadas¹⁷. Ésta es la nota que hace del principio de subsidiariedad en el Derecho Comunitario algo completamente diferente y especial. La Comunidad no actúa porque los Estados miembros no hagan nada: no es la inactividad la que justifica la intervención comunitaria. Es su mayor eficacia en la consecución del objetivo buscado. Y esa eficacia es la que separa este principio de la concepción clásica en la Ciencia Política, que atendía a razones de proximidad.

Todas estas normas e interpretaciones «no podían llevarse a las reglas de procedimiento», según la Comisión. Debían plasmarse en «una actitud», lo cual se corresponde perfectamente con la naturaleza política indiscutible que tiene la subsidiariedad, a pesar de los esfuerzos por dotarla de una perspectiva jurídica. En esta línea la Comisión elaboró un *código de conducta*¹⁸, contenido en el Informe

¹⁷ Vid. el análisis del art. 3B TCE de V. CONSTANTINESCO en el Comentario del TCE dirigido por él mismo, *op. cit.*, p. 112.

¹⁸ Este código responde a la idea de subsidiariedad procedimental. Vid. A. ESTELLA DE NORIEGA, *El dilema de Luxemburgo. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ante el principio de subsidiariedad*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, pp. 68 y ss.

de 1993 en el que se recapitulaban todos los compromisos contraídos por la Institución, agrupados en tres grandes bloques: la retirada o revisión de ciertas propuestas, atendiendo a motivos de obsolescencia política, de falta de justificación de plusvalía comunitaria, de inadecuación de los medios a los objetivos o simplemente por haberse quedado la propuesta anticuada técnicamente; la revisión de la legislación vigente, concebida desde un enfoque global como una operación de simplificación, que podía asumir tres modalidades: refundición, simplificación y derogación; y la motivación de todas las propuestas legislativas.

Cualquier manifestación de una competencia concurrente mediante cualquiera de los instrumentos previstos en los Tratados está sujeta al principio de subsidiariedad. Esto incluye, naturalmente, la elaboración de reglamentos, lo que descarta la idea de que sólo la directiva es norma apropiada para la manifestación del ejercicio de competencias concurrentes (con los matices que se indicarán al hablar del principio de proporcionalidad). Es ciertamente la más idónea en numerosas ocasiones por su propia naturaleza, pero la valoración del principio de proporcionalidad es la que permite la adopción de una forma u otra. No están afectadas por el principio de subsidiariedad únicamente las intervenciones legislativas de la Comunidad, sino también las actuaciones materiales (recuérdese que la formulación del principio es «la Comunidad intervendrá»). Así, los diversos planes de acción en materias como la igualdad entre hombres y mujeres, la lucha contra la discriminación o la exclusión social, o la salud pública, contienen su correspondiente justificación en lo que concierne al respeto de dicho principio.

Vinculado estrechamente al principio de subsidiariedad, el Tratado de Maastricht plasmó en su mismo artículo el principio de proporcionalidad. No lo creó, puesto que había estado presente largo tiempo en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia

(como indican las Conclusiones de Edimburgo) y en el artículo 5 del Tratado CECA («la Comunidad cumplirá su misión, en las condiciones previstas en el presente Tratado, mediante intervenciones limitadas»). Es un principio de aplicación más amplio que el de subsidiariedad¹⁹, y la vinculación entre ambos es clara y evidente. El principio de proporcionalidad sólo entra en acción una vez que la cuestión sobre si debe o no actuar la Comunidad ha sido respondida de forma positiva. Las líneas de separación entre las dos figuras se desdibujan, y muchas de las reglas aplicables a un principio lo pueden ser también al otro (muestra de ello es el Protocolo ya citado introducido por el Tratado de Amsterdam, que se refería conjuntamente a ambos).

Tiene una traducción tanto financiera y administrativa como legislativa, recogidas ambas en las Conclusiones de Edimburgo, y que luego pasaron al Protocolo de 1997. Con la primera se busca reducir al mínimo la incidencia de la acción comunitaria sobre Administración y particulares, minimizando costes y trámites. A ello se une la preferencia por «soluciones múltiples» que dejen a los Estados varias opciones para conseguir los resultados deseados. La «versión legislativa» pretende evitar el exceso de reglamentación. De esta forma las Conclusiones de Edimburgo afirman que «en igualdad de condiciones, las directivas serán preferibles a los reglamentos, y las directivas marco a las medidas detalladas», afirmación que vuelve a aparecer en el Protocolo adjuntado en Amsterdam, entre mezclada con las reglas sobre la aplicación del principio de subsidiariedad²⁰. El principio de proporcionalidad y el de subsidiariedad están tan estrechamente vinculados que es frecuente que sean objeto de confusión, inclu-

¹⁹ Vid. Punto 1.19 de las Conclusiones de Edimburgo: «Este párrafo se aplica a todas las actuaciones comunitarias, sean o no competencia exclusiva».

²⁰ Cfr. G. D'AGNOLO, *La sussidiarietà...*, op. cit., p. 57.

so a la hora de alegarlos ante el Tribunal de Justicia. Sin embargo, el principio de proporcionalidad tiene una existencia propia y diferenciada del de subsidiariedad, y debería ser más frecuente su empleo en la sede judicial, para valorar su infracción por acciones desmesuradas de las instituciones comunitarias²¹.

3. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO EN MATERIA SOCIAL

3.1. Consideraciones iniciales

Como punto previo a este análisis, deben señalarse determinadas particularidades que, por conocidas que sean, son imprescindibles para el estudio de la materia. En primer lugar, la *frigidéz social* tantas veces citadas y el *deshielo* que le siguió, que alcanzó en Maastricht un punto crítico, con la inclusión del Acuerdo. En segundo lugar, debe recordarse el principio general de competencia estatal exclusiva por defecto en la materia²², que sirve como un poderoso indicio para centrar la cuestión²³. Todas las competencias sociales son atribuidas en régimen de concurrencia. Sin embargo, esta opinión no es unánime, y se ha sostenido²⁴

²¹ In extenso sobre este principio, vid. N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study*, Kluwer Law International, Londres-La Haya-Boston, 1996.

²² Vid. G. LYON-CAEN y A. LYON-CAEN, *Droit Social International et Européen*, 7ª ed., Dalloz, Paris, g. 161.

²³ Descartan directamente la existencia de competencias exclusivas en materia social M. E. CASAS-BAA-MONDE, «Doble principio de subsidiariedad y competencias comunitarias en el ámbito social», *Relaciones Laborales*, 8, 1993, p. 6; G. LYON-CAEN y A. LYON-CAEN, *Droit...*, p. 161; G. ISAAC, *Manual...*, p. 53, *sensu contrario*. En apoyo de la existencia de competencias exclusivas, G. ARRIGO, «Politica sociale et sussidiarietà: una sola multitudine di Diritti?», *RGLPS*, 4, 1992, p. 652. También la Comisión Europea, *Informe sobre la aplicación del principio de subsidiariedad*, COM (94) 0533 final, p. 4.

²⁴ Vid. A. OJEDA AVILES, «Subsidiariedad y competencias concurrentes en el Derecho Social Comunitario», *RL*, 10, 1994, pp. 84 y ss.

que la libre circulación de trabajadores se considera sin dificultad alguna como una materia de competencia exclusiva de las Comunidades, como el tratamiento del Fondo Social Europeo, y que por tanto no regiría el principio de subsidiariedad en la aplicación de los artículos respectivos del Tratado²⁵. En tercer lugar, hay que señalar el papel de los agentes sociales en la elaboración de la legislación laboral, particularidad ésta que engendrará la denominada subsidiariedad *horizontal*, que será estudiada en un epígrafe posterior.

Si aceptamos que la inclusión del principio de subsidiariedad en los Tratados constitutivos es consecuencia directa de la expansión de las competencias en materia social²⁶, de ello podría inferirse que esa regla tenía sólidos antecedentes en este terreno. Sin embargo, no ocurre así. Los estudios más clásicos sobre Derecho Social Comunitario²⁷ no hacían todavía referencia alguna al principio de subsidiariedad. Se hablaba de «abstencionismo comunitario» frente a la acción de los

Estados, o de «insuficiente intervención de la Comunidad», todo ello en un tono crítico que buscaba contribuir a configurar un modelo europeo nuevo y distintivo, caracterizado por su matiz social. Era la época anterior al Tratado de la Unión, en la que el principal instrumento de la política social era puramente la cooperación o colaboración entre los Estados, frente a la escasa actividad comunitaria, por considerarse que el diseño y la ejecución de estas políticas eran más acertados en el nivel nacional. La idea de la dimensión social del Mercado Interior había calado ciertamente en las *conciencias* de los gobernantes, pero también al mismo tiempo se había fijado la convicción de que no podía realizarse «a golpe de disposiciones comunitarias»²⁸. Los Estados practicaban la subsidiariedad sin saberlo, incluso antes de su plasmación en los Tratados²⁹.

En la segunda mitad de los años 80, se entendía que la futura Europa social debía construirse sobre tres pilares: la solidaridad, la movilización y la subsidiariedad³⁰. Con esta propuesta se buscaba evitar la superposición de niveles de autoridad, y atender a criterios de eficacia en el tratamiento de las cuestiones sociales, encargando a la acción comunitaria la resolución de los problemas transnacionales y de amplia extensión. De esta manera, un principio que era, inicialmente, ajeno a las cuestiones sociales y que procedía de muy diversas fuentes dentro del pensamiento político, iba configurándose como el eje de actuación de la futura política social comunitaria. Su plasmación efectiva desbordaría las previsiones que sobre él se habían hecho, creando un nuevo concepto,

²⁵ Los fundamentos para hacer tal afirmación son dos: una obligación de obrar que se desprende clara y precisamente del propio Tratado, y la privación del derecho a obrar independientemente por parte de los Estados miembros. A ello se añade una distinción que se basaría en la aplicación de normas directamente aplicables (reglamentos y decisiones) en las competencias exclusivas, frente a las que imponen resultados (directivas) en las concurrentes. Existen varias razones para oponerse a dicho razonamiento, y la principal de ellas es la realidad práctica: no hay tal distinción en el plano normativo, y el principio de subsidiariedad hace aparición en la totalidad de la normativa elaborada, como se expondrá posteriormente, sin que haya materias excluidas por completo.

²⁶ Vid. J. CRUZ VILLALÓN, «La dimensión social de la Unión Europea: surgimiento y evolución», en VV.AA. (J. Cruz Villalón, T. Pérez del Río, coords.), *Una aproximación al Derecho Social Comunitario*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 22.

²⁷ Vid. G. RAJANI, *La disciplina normativa della Comunità Economica Europea in materia sociale*, Giuffrè, Milán, 1963; J.-J. RIBAS, M.-J. JONCZY y J.-C. SÉCHE, *Traité de Droit Social Européen*, Presses universitaires de France, Paris, 1978.

²⁸ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, «La dimensión social del Mercado Interior (I)», *RL* 1, 1989, p. 8. En p. 10, sobre el Informe Marin. En p. 17, la opinión de la UNICE en aquellos años.

²⁹ En este sentido, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, «El proceso legislativo comunitario y el Derecho Social Europeo», *RMTAS*, 12, 1998, p. 24.

³⁰ Vid. C. CHARPY, «L'Europe sociale, une priorité pour la France», *DS*, 5, 1988, p. 417.

tanto en el plano general comunitario como en el propio campo social.

Como consecuencia de la entrada en vigor del principio de subsidiariedad en 1993 tuvo lugar una retirada masiva de propuestas y de legislación, conforme a los criterios antes expuestos, que apenas tuvo repercusiones en el campo social. Entre las materias que las Conclusiones de Edimburgo enumeraron como ejemplos de revisión de propuestas en curso o de legislación en vigor, la materia social brillaba por su ausencia. La Comisión consideró que el conjunto de directivas basadas en el artículo 118 A del Tratado era demasiado reciente para ser objeto de un nuevo examen; el objetivo prioritario debía ser completarlas con la aplicación de todas las disposiciones de la Carta de Derechos Sociales, sin que se comprendiera bien esta afirmación que, a la postre, no dio fruto alguno. Pareció conveniente, sin embargo, simplificar y codificar los numerosos y antiguos reglamentos sobre libre circulación de trabajadores.

El Informe de 1993 señaló así mismo como novedades referentes al principio de subsidiariedad la redacción del Libro Verde de la Política Social Europea, y el inicio de las tareas codificadoras de los Reglamentos comunitarios de Seguridad Social. Posteriormente los sucesivos Informes «Legislar mejor» recogerían estos esfuerzos de codificación en sus estudios sobre la subsidiariedad. El Parlamento Europeo señaló acertadamente sobre este particular, en su Resolución de 13 de mayo de 1997 sobre la aplicación del principio de subsidiariedad³¹, que se estaba desvirtuando la naturaleza del principio. Afirmaba este documento que se estaba difundiendo de esa manera una grave confusión entre la simplificación y la codificación, «criterios de una buena técnica legislativa», y la subsidiariedad y la proporcionalidad, «que son principios de naturaleza jurídica».

³¹ DOCE C 167 (02-06-1997), pp. 34-5.

Dos son las fuentes que deben ser objeto de estudio a la hora de estudiar la práctica del principio de subsidiariedad: por un lado, la limitada jurisprudencia del TJCE, encargado por las Conclusiones de Edimburgo de vigilar su cumplimiento; y por otro, las normas aprobadas bajo su vigencia, mucho más abundantes.

En el momento de contrastar la exigencia de la motivación suficiente con la actuación efectiva en materia social, no debe hacerse el estudio sobre el propio texto de las normas comunitarias: esto conduciría a la falsa conclusión de que la obligación de motivación ha sido vaciada de contenido, puesto que los considerandos simplemente contienen referencias que casi reproducen el texto del artículo 5 TCE. Es en las propuestas de la Comisión donde se encuentran las justificaciones que son estudiadas por el Consejo y por el Parlamento antes de la correspondiente aprobación, y por tanto vale realmente la pena la consideración detenida de estos textos.

Es cierto que muchas de las propuestas aquí estudiadas puede que no vean inmediatamente la luz, o quizás nunca sean aprobadas (algunas, de hecho, decayeron) o lo sean tras un largo periodo de discusión. Los motivos políticos desempeñan ahí un papel mucho más importante que los simplemente jurídicos, entre los que deberíamos contar las posibles deficiencias en la justificación de la subsidiariedad. La práctica revela que el principio de subsidiariedad no es ni mucho menos claro, aun para quienes deben aplicarlo, como prueban las variadas concepciones sobre él, incluso confusas y casi erróneas. La cuestión determinante es el régimen de exclusividad de las competencias comunitarias, sobre las que no opera el principio de subsidiariedad.

Es difícil recurrir en este campo a los argumentos cuantitativos solicitados con carácter general, y la preferencia por los cualitativos es casi una consecuencia natural de las materias reguladas. Es cierto que en muchas oca-

siones los argumentos presentados no son de peso, son meras afirmaciones, o sugieren mucho más de lo que finalmente se plasma en los trabajos. Es arriesgado juzgar si esas acumulaciones de palabras (pues en muchos casos son exactamente eso) son la justificación suficiente que parecían exigir las directrices comunitarias. Políticamente, lo son: desde el frustrado intento británico de echar abajo la Directiva 93/104, no se ha planteado ningún recurso de anulación contra una norma comunitaria alegando una infracción del principio de subsidiariedad. De la visión de conjunto se extrae una voluntad de cumplir, en ocasiones más formal que materialmente³², con los compromisos del Protocolo de Amsterdam. Ese cumplimiento parece conducir claramente a la vertiente política, antes que a la jurídica del principio de subsidiariedad. La decisión final sobre la normativa comunitaria responde a motivos de oportunidad, y no a estrictas cuestiones de técnica jurídica.

3.2. Materia laboral y libre circulación

Los textos de la legislación aprobada desde el 1 de noviembre de 1993 pueden clasificarse en dos categorías en lo que concierne a la obligación de motivación de la necesidad de la intervención comunitaria, clasificación que sirve para todo el Derecho Social Comunitario. Por un lado, se encuentran las normas que recogían temas ya tratados anteriormente: parece darse por sobreentendido que es natural la oportunidad de la intervención comunitaria en materias que han sobrevivido a la revisión de la legislación europea posterior a Maastricht, y se limitan a mencionar el artículo correspondiente del Tratado. Igual razonamiento se emplea para las normas sobre seguridad y salud, que contienen motivaciones similares. Por otro lado, se encuen-

tran la mayor parte de las normas sobre condiciones de trabajo e igualdad de trato. La técnica legislativa es más depurada en ellas, incluyendo entre sus considerandos referencias explícitas al principio de subsidiariedad y al de proporcionalidad, que en gran parte de los casos son puramente testimoniales y reproducen casi literalmente el precepto del Tratado.

La Directiva más importante en esta materia aprobada en 1994, la 94/45 sobre el comité de empresa europeo, contenía una justificación en la que se hacía referencia expresa al principio de subsidiariedad. Esta afirmación venía además a disipar la duda sobre la aplicabilidad del artículo 3B TCE al Acuerdo sobre Política Social³³. La cuestión se centraba en los aspectos transnacionales de la materia regulada, y curiosamente en un considerando se hacía referencia a la necesidad de «disposiciones subsidiarias», con el sentido clásico del término, que serían empleadas únicamente en ausencia de una regulación pactada por las partes. La comisión incluyó así mismo en los considerandos una breve relación de la intervención, mínima, de los interlocutores sociales en el proceso de elaboración de la directiva.

Se observa que tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam se ha consolidado una fórmula típica, que con ligeros ajustes, es empleada en la mayor parte de las directivas aprobadas desde entonces. Así sucede en la Directiva 2001/86 sobre la implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea, la 2002/14 sobre un marco general de información y consulta de los trabajadores, o la 2002/15 de ordenación del tiempo de trabajo en el sector de transporte por carretera. Se

³³ Sobre la aplicabilidad del principio de subsidiariedad al Acuerdo, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER Y M.E. CASAS BAAMONDE, «In Support of a European Social Constitution», en VV.AA., *Liber...*, op. cit., p. 39. Implícitamente en contra, vid. S. SIMITIS y A. LYON-CAEN, «Community Labour Law: a Critical Introduction to its History», en VV.AA., *Liber...*, op. cit., p. 19.

³² Ya desde los inicios. Vid. F. MANCINI, «The European Court of Justice and the External Competences of the Community», en VV.AA., *Liber...*, op. cit., p. 148.

trata de una repetición, no muy elaborada, de la redacción del artículo 5 TCE, que termina siempre afirmando «la Comunidad puede adoptar medidas».

Si bien en los textos estudiados la subsidiariedad no es pasada por alto, en las propuestas de la Comisión, se encuentran reflexiones más detalladas y en ellas se debe estudiar la motivación suficiente, tanto en los textos de normas que finalmente han sido aprobadas como en las que no han conseguido salir adelante. La Exposición de Motivos de cada norma que pone en práctica una competencia concurrente contiene un estudio más detallado sobre su relación con el principio de subsidiariedad que lo que luego se ve plasmado en los considerandos que anteceden a la regulación material. Las propuestas de versiones codificadas de directivas, en cualquier caso, no contienen esta justificación, quizá por haber superado ya la criba posterior a Maastricht, como se apuntó anteriormente para algunas directivas.

En las propuestas se da un amplio catálogo de justificaciones. La propuesta de Directiva por la que se modifica la Directiva 80/987/CEE sobre insolvencia empresarial³⁴ alega la necesidad de «establecer una nueva noción comunitaria del estado de insolvencia», y exhibe razones de claridad y de seguridad jurídica: permitir que los Estados nacionales tengan diferentes conceptos de insolvencia puede engendrar conflictos de ley aplicable, y debe además buscarse una coherencia entre el Derecho de insolvencia y el Derecho del Trabajo.

Hay propuestas en las que reina una cierta confusión, y en sentidos contrapuestos. La propuesta de Directiva por la que se establece un marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores³⁵ sólo recoge en las notas preliminares las reticencias de la UNICE en este terreno y su oposición a la ini-

ciativa comunitaria, sin otra referencia a la subsidiariedad, mientras que la norma sí incluye un párrafo donde manifiesta el respeto al principio. Contrariamente, la propuesta de Directiva relativa a las condiciones de desplazamiento de los trabajadores asalariados nacionales de un tercer Estado en el marco de una prestación de servicios transfronteriza sí estudia la subsidiariedad en la parte preparatoria, pero no recoge nada en su articulado, quizá por la complicación añadida de la consideración como competencia exclusiva de esta materia por la Comisión.

En la propuesta de Reglamento relativa a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera³⁶ las incongruencias se repiten, pero en esta ocasión de forma expresa. Se hace una interpretación del principio que lo extiende más allá de los límites del Tratado: «si bien la Comisión es consciente de que se trata de un sector de carácter fundamentalmente local en el que ha de aplicarse, consiguientemente, el principio de subsidiariedad». Extrañamente, también se afirma que «la acción es de competencia exclusiva de la Comunidad (artículo 71 del Tratado)», lo que excluiría de por sí la aplicación del principio de subsidiariedad. Posteriormente, en la misma Exposición de Motivos se hace un planteamiento que encaja a la perfección en el esquema habitual: «solamente una acción conjunta a nivel comunitario permite reforzar, mejorar y armonizar la aplicación de las disposiciones comunitarias». La propuesta de considerandos, finalmente, incluye un párrafo en el que proclama la conformidad con el principio de subsidiariedad de la norma prevista, lo que contrasta, una vez más, claramente con la supuesta exclusividad de la competencia.

La propuesta de Reglamento sobre el índice del coste laboral³⁷ destaca por no limitar-

³⁴ COM (2000) 832 final.

³⁵ COM (1998) 612 final.

³⁶ COM (2001) 573 final. Es una entre muchas de la misma tendencia.

³⁷ COM (2001) 418 final.

se a enunciar el respeto del principio de subsidiariedad, sino que en su lugar hace la diferenciación de las actuaciones que corresponden a cada parte implicada. Así, «sólo la Comisión puede coordinar a escala comunitaria la necesaria armonización de la información estadística», mientras que corresponde a los Estados la recogida material de los datos.

En materia de libre circulación de trabajadores se dan también paradojas. Existen propuestas que no contienen referencia alguna a la subsidiariedad, como la de modificación del Reglamento 1612/68³⁸ o la propuesta de Directiva por la que se modifica la Directiva 68/360/CEE. Pero otras sí se refieren al principio, aunque sea en una justificación pobre, como es el caso de la propuesta de Directiva relativa a la protección de los derechos a pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la UE³⁹. También es de gran interés la propuesta de Directiva relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales⁴⁰. La necesidad de la intervención comunitaria deriva del hecho de que sólo a escala comunitaria pueden definirse normas que permitan a un ciudadano de la Unión obtener el reconocimiento de sus cualificaciones en un Estado diferente del suyo y ejercer allí su profesión. El interés de esta propuesta radica en la enumeración de «aplicaciones prácticas» del principio que hace: «la mayor liberalización del ámbito de la libre prestación de servicios, una cooperación estrecha entre los sectores público y privado en el marco de las plataformas profesionales, un recurso más frecuente a los procedimientos de cosmetología y un refuerzo del papel de las autoridades nacionales competentes en la aplicación de la directiva».

³⁸ COM (1998) 394 final.

³⁹ COM (97) 486 final.

⁴⁰ COM (2002) 119 final.

3.3. Igualdad de oportunidades

En lo que respecta a las actuaciones materiales de la Comunidad, mediante los diversos planes de acción, hay que señalar la propuesta de Decisión relativa al programa para la estrategia marco comunitaria sobre la igualdad entre hombres y mujeres⁴¹, que incluye una enumeración de «ejemplos del principio de subsidiariedad» (de nuevo una redacción un tanto oscura): «necesidad de asociaciones multilaterales, de intercambio transnacional de información y de difusión de buenas prácticas». En las normas aprobadas se observa el recurso a las fórmulas habituales a la hora de justificar el respeto del principio. Es el caso de las Directivas del año 2000 sobre igualdad de trato (2000/43 y 2000/78).

En la propuesta de Directiva relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo⁴² se hacía nuevamente referencia, en un trabajo especialmente elaborado, a la aplicación uniforme de la jurisprudencia del TJCE, y consideraba que la norma era necesaria para «permitir una aplicación coherente y homogénea de la jurisprudencia relativa a la carga de la prueba y la relativa a la discriminación indirecta» y también con el fin de «clarificar el hecho de que la jurisprudencia del Tribunal sobre la carga de la prueba se extiende a los ámbitos cubiertos por el principio de igualdad de trato distintos de la igualdad de retribución y, por otro, para facilitar la transposición al Derecho nacional del concepto de discriminación indirecta».

La propuesta de Directiva relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico⁴³ titula, de forma muy expresiva, su justificación del respeto del principio como «necesidad de una intervención europea en el ámbito del racismo». Entre

⁴¹ COM (2000) 793 final.

⁴² COM (96) 340 final.

⁴³ COM (1999) 566 final.

los argumentos manejados está el hecho de que una directiva en esta materia sería «una prueba inequívoca de la voluntad política de combatir la discriminación» y también la consideración de la norma como un refuerzo para los principios sobre los que se basa en la Unión. No se agotan aquí los razonamientos. La importancia simbólica de esta norma parece haber influido en los trabajos previos, que han sido dotados de un aparato argumental mucho más nutrido que en otras ocasiones. Concretamente, y ya en el terreno puramente social, se indica que la directiva «apuntalará los esfuerzos de los Estados miembros en pos de otros objetivos establecidos a nivel europeo, en particular en el marco de la estrategia coordinada de empleo, y contribuirá a garantizar un amplio acceso a una educación y formación de calidad». El argumento último, por peso y posición, es el ser esta norma «una base sólida para la ampliación de la Unión Europea».

La propuesta de Directiva complementaria a ésta, la referente al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación⁴⁴ también contiene argumentaciones muy notables, incidiendo en cómo las divergencias normativas pueden poner en peligro la eficacia del principio de igualdad. Nuevamente se insiste en el «mensaje inequívoco sobre el pleno compromiso de la UE a favor del respeto del principio fundamental de la igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos» y en la vinculación con la ciudadanía de la Unión. Ya en el campo de la igualdad en materia de empleo, se señala la positiva influencia de esta norma en la estrategia comunitaria de empleo, contribuyendo tanto a lograr la igualdad de mujeres y hombres como a «eliminar las desigualdades de todas las actividades de la Comunidad».

En este mismo campo existe una propuesta de Directiva por la que se modifica la

⁴⁴ COM (1999) 565 final.

Directiva 76/207⁴⁵ que incluye una justificación de la necesidad de la intervención comunitaria muy notable. Ésta es «la única manera de garantizar la aplicación uniforme y eficaz, a nivel nacional, de la abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia». Las implicaciones de esta afirmación, dada la línea de las actuaciones del TJCE, son de un gran calado: una jurisprudencia que interpreta extensivamente una competencia se transformaría así en justificación de una normativa posterior sobre la misma materia, pero que ha visto sus límites ampliados *ope iudicis*.

3.4. Seguridad y salud y condiciones de trabajo

Aunque las normas aprobadas sobre seguridad y salud son un gran número, su importancia a la hora del estudio del principio de subsidiariedad es paradójicamente muy reducido. La mayor parte de las directivas no contienen ninguna justificación sobre su relación con el principio de subsidiariedad, si bien es cierto que muchas de ellas se superponen a otras más antiguas en el tiempo, anteriores en el tiempo a la entrada en vigor del Tratado de Maastricht y que superaron la *criba* de la que ya se ha hablado anteriormente. En cambio, la normativa sobre condiciones de trabajo ofrece un gran interés, puesto que la sentencia más importante del TJCE en materia de subsidiariedad se pronunció sobre la Directiva 93/104.

Se trata de la STJCE *Reino Unido contra Consejo*⁴⁶ de 12 de noviembre de 1996, que tiene, además de un importante valor jurídico por el estudio que hace de la subsidiariedad

⁴⁵ COM (2000) 334 final. Existe una propuesta anterior –COM (96) 93 final– en la que se fundamentaba la necesidad de la actuación en que había que «clarificar un acto de la legislación secundaria conforme a la interpretación del Tribunal de Justicia».

⁴⁶ STJCE 12-11-1996, *Reino Unido contra Consejo de la Unión Europea*, asunto C-84/94.

dad, un cierto valor simbólico⁴⁷, puesto que recoge los avatares de la política social comunitaria en los primeros años 90. En ella se estudia la Directiva 93/104/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, que fue la primera directiva «social», excluyendo la 93/103/CE sobre seguridad y salud en los buques de pesca, aprobada tras la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea, y también la primera directiva «social» puesta en cuestión ante el TJCE. En su preámbulo hacía referencias a la malograda Carta de los Derechos Sociales Fundamentales. Por medio de ella, invocando como base jurídica el art. 118 A TCE, se introdujeron disposiciones que sólo una interpretación extensiva del TJCE pudo considerar como relativas a la seguridad y salud de los trabajadores, esquivando así otros mecanismos del Tratado que habrían exigido la unanimidad, imposible en aquellos tiempos. Y el actor en el recurso de anulación fue el Reino Unido, en su etapa de *opting out* y aislamiento social bajo el gobierno conservador de John Major.

En la época de planteamiento del recurso no parecía estar muy claro el contenido del principio de subsidiariedad. El Reino Unido lo invocó repetidamente a lo largo del procedimiento, pero sin presentarlo como motivo de anulación (creando «una cierta confusión», en palabras del Abogado General Léger) y confundiéndolo, deliberada o inconscientemente, con el principio de proporcionalidad. En la nota 78 de las observaciones del actor sobre los escritos de intervención presentados por España, la Comisión y Alemania, el Reino Unido indicó expresamente que no había invocado la violación del principio de subsidiariedad como motivo de anulación. Lo asimiló al de proporcionalidad en su cuarta

⁴⁷ Vid. P. MARTIN, «L'harmonisation sociale en débat», *DS*, 3, 1997, p. 303. A. CHICHARRO LAZARO, «Política Social y principio de subsidiariedad en la Unión Europea», *RL*, 17, 2001, p. 100, sólo le atribuye un interés «relativo».

alegación. La *posición* del principio de subsidiariedad en este proceso, a pesar de todo, es compleja. Las fechas de entrada en vigor del Tratado de Maastricht y de la norma en cuestión son demasiado próximas para que el mecanismo procedimental hubiera sido tenido en cuestión a la hora de su elaboración.

Las conclusiones del Abogado General Léger son un modelo de razonamiento jurídico comprometido con la causa europea, apoyadas tanto jurisprudencial como doctrinalmente, y en ellas desmonta metódicamente todas las alegaciones británicas. Su exposición de las diferencias entre el principio de subsidiariedad y el de proporcionalidad es un modelo de claridad y concisión: «los dos principios intervienen sucesivamente, en dos niveles diferentes de la acción comunitaria. (...) El principio de subsidiariedad entra en juego antes de la acción comunitaria, el de proporcionalidad después de dicha acción». Y de ahí la consecuencia que se extrae de ello: «Al invocar el principio de subsidiariedad, el demandante [impugna] el *principio mismo* de la posibilidad de acción del Consejo en el sector cubierto por la directiva controvertida, y no el alcance de dicha facultad, que está condicionado por la observancia del principio de proporcionalidad».

Al descender al terreno del análisis concreto de la Directiva 93/104, atacó la alegación británica de la falta de justificación suficiente de por qué los objetivos de la directiva pueden alcanzarse mejor mediante una acción a escala comunitaria que a través de una acción en el nivel nacional, en consonancia con la obligación de motivación derivada tanto del artículo 190 TCE (actualmente, 253 TCE) como del *código de conducta* establecido por la Comisión. El argumento principal (parr. 129) fue la existencia de un objetivo de armonización, por lo cual es difícil criticar la intervención comunitaria. «Sería ilusorio esperar únicamente de los Estados miembros la consecución de la armonización prevista, al suponer necesariamente ésta una acción de alcance supranacional».

El Tribunal acogió en buena medida las opiniones del Abogado General. La sentencia desestimó el recurso casi en su totalidad, aceptando únicamente las alegaciones sobre el párrafo segundo del artículo 5 de la directiva, que establecía el domingo como día de descanso (y ello porque no podía considerarse de ninguna forma como una disposición mínima). Todas las invocaciones, directas o colaterales, del principio de subsidiariedad fueron descartadas. La constatación por parte del Consejo de la necesidad de mejorar el nivel de protección existente y de buscar una armonización implica necesariamente una acción comunitaria, lo cual equivalía a «rechazar de entrada la alegación basada en la inobservancia del principio de subsidiariedad»⁴⁸.

Quizás el TJCE sabía qué resultado quería conseguir en esta sentencia y manifestar su desagrado por la actitud que estaba tomando el Reino Unido en materia social, adoptando una postura *activista*. Ésta sería la causa de que los razonamientos del Tribunal sean menos elaborados que en otras ocasiones⁴⁹ y que algunas de sus afirmaciones tengan casi un carácter apodíctico, especialmente las referidas al examen del principio de subsidiariedad⁵⁰. En concreto, considerar que la búsqueda de la armonización es una justificación automática de la intervención comunitaria desborda claramente la barrera que se intentó imponer con el principio de subsidiariedad, si bien es un razonamiento que no puede ser desbaratado lógicamente⁵¹. La amplia inter-

pretación que el TJCE hizo del artículo 118 A TCE fue considerada como un paso adelante en el desarrollo de la política social comunitaria⁵², aunque algunos la consideraron excesiva, por el inmenso campo potencial que dejaba abierto⁵³. Los juicios sobre la subsidiariedad quedaron en esta sentencia oscurecidos por la expansión del ámbito de la seguridad y salud en el medio de trabajo.

Tras analizar esta sentencia, deben señalarse las propuestas de Directivas complementarias de la 93/104, tanto para la ordenación del tiempo de trabajo de los trabajadores móviles en el sector del transporte como para los sectores y actividades excluidos por la primera directiva⁵⁴. Sus estudios sobre la conformidad con el principio de subsidiariedad abarcan todas las categorías de justificaciones. Afirman que únicamente a nivel comunitario se puede establecer un conjunto coherente de disposiciones que corresponda a los requisitos mínimos de la Directiva 93/104/CE y que tenga en cuenta al mismo tiempo las circunstancias especiales de las actividades de los transportes por carretera, y recurren una vez más a la justificación *democrática* de la opinión de los interlocutores sociales. La *STJCE Reino Unido contra Consejo* también es esgrimida como justificación de la directiva, no para utilizar la jurisprudencia como base de reformas sino haciendo valer que si la motivación sobre el principio fue considerada por el Tribunal en su pronunciamiento como suficiente, no hay diferencias objetivas entre ambas normas⁵⁵, y por tanto está justificada automáticamente.

De especial interés es la propuesta de Directiva relativa a las condiciones de traba-

⁴⁸ Vid. A. ESTELLA DE NORIEGA, «La paradoja de la subsidiariedad: reflexiones en torno a la jurisprudencia comunitaria relativa al artículo 3B (2) del Tratado de la Comunidad Europea», *REDA*, 101, 1999, p. 93.

⁴⁹ De «razonamiento circular» los califica E. ELLIS en sus notas a esta sentencia, *CMLR*, vol. 4, 4, 1997, p. 1057.

⁵⁰ Vid. M. RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, «El proceso...», *loc. cit.*, p. 27. También A. CHICHARRO LAZARO, «Política...», *loc. cit.*, p. 102.

⁵¹ Premonitoriamente, *vid.* M. A. MOREAU, «Tendances du droit communautaire. Ombres et brouillard à Maastricht», *DS*, 1, 1994, p. 82.

⁵² Vid. L. WADDINGTON, «Towards a Healthier and More Secure European Social Policy?», *MJECL*, vol. 4, 1, 1997, p. 100.

⁵³ Vid. E. ELLIS, *loc. cit.*, p. 1060.

⁵⁴ Ambas COM (1998) 662 final.

⁵⁵ Esta idea ya había aparecido en el Libro Blanco sobre los sectores y las actividades excluidos del ámbito de aplicación de la directiva relativa a la ordenación del tiempo de trabajo, COM (97) 334 final.

jo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal⁵⁶. Esta propuesta incluye una larga justificación de su respeto del principio de subsidiariedad, estructurada en varios apartados: ampliar el principio de no discriminación entre los trabajadores cedidos y los trabajadores comparables de las empresas usuarias; preparar el terreno a escala comunitaria para eliminar las restricciones o limitaciones existentes al recurso a la cesión temporal de trabajadores que no puedan justificarse por razones de interés general o de protección de los trabajadores; completar la legislación comunitaria existente que ya había definido este principio para las relaciones de trabajo atípicas; y responder a los deseos de los interlocutores sociales sobre una directiva comunitaria en este ámbito (justificación que por sí sola no legitima la intervención, pero que añade un *barniz democrático* a la norma – y que hallaremos en todas las normas resultado de la aplicación de la subsidiariedad horizontal).

Las propuestas de normativa en materia de seguridad y salud, por su parte, son en ocasiones más explícitas que lo que sus escuetos considerandos dan a entender. En este sentido, la propuesta de Directiva por la que se modifica la Directiva 83/477/CEE⁵⁷ justifica la intervención en términos de libre competencia puesto que la norma comunitaria garantizaría, en primer lugar, «en todos los Estados un nivel mínimo de protección de los trabajadores contra los riesgos», pero también evitaría «toda distorsión de la competencia al impedir una aplicación desigual en los Estados miembros de unas normas mínimas en materia de protección de los trabajadores», lo cual hace que los costes sean los mismos para todos los empresarios, y favorece, afirmó la Comisión, «una mayor flexibilidad en el empleo transfronterizo», puesto que los trabajadores saben de antemano cuál es el nivel mínimo de protección que van

a encontrar (un razonamiento un tanto forzado).

La propuesta de Recomendación del Consejo relativa a la aplicación de la legislación sobre seguridad y salud a los trabajadores autónomos⁵⁸ señala las lagunas existentes en la materia en las legislaciones nacionales como el motivo de la actuación comunitaria, que sólo adoptaría una forma jurídica vinculante tras una evaluación del período inicial de aplicación de la Recomendación.

En todo caso, el balance a la hora del estudio de la subsidiariedad en el campo de la seguridad y la salud en el trabajo es bastante pobre, si se compara con el relativo a las condiciones de trabajo. Los razonamientos utilizados en la propuesta de Directiva analizada no deben ser pasados por alto, a pesar de ello. Es una concepción muy original de la influencia de la seguridad y salud en la libre circulación de trabajadores, que si se mantuviera en todas las normas podría acabar engendrando el lejano Mercado de Trabajo Único.

3.5. Seguridad Social

La materia de Seguridad Social es indudablemente la más compleja de todas las estudiadas, por las numerosas dudas, contradicciones y paradojas que en ella se encuentran. Tradicionalmente, sólo las cuestiones relacionadas con la Seguridad Social de los trabajadores migrantes eran objeto de la intervención comunitaria. La incorporación de una referencia a la Seguridad Social, con carácter general, en el Protocolo Social de Maastricht y su consolidación en el Tratado de Amsterdam, vino a alterar, en el plano teórico, el panorama. Estas modificaciones deben ser recibidas con cautela, puesto que la Seguridad Social sigue siendo un terreno en el que los Estados se muestran muy reticentes a la hora de desprenderse de ninguna de sus com-

⁵⁶ COM (2002) 149 final.

⁵⁷ COM (2001) 417 final.

⁵⁸ COM (2002) 166 final.

petencias. En este sentido, debe recordarse que la Seguridad Social es la única materia para la que las reformas del Tratado de Niza no prevén el paso, ni aun mediando la unanimidad, a un sistema de toma de decisiones basado en la mayoría cualificada.

La propuesta de Reglamento por el que se amplían las disposiciones del Reglamento 1408/71 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas⁵⁹ contiene una simple referencia al respeto por la propuesta por las normas del artículo 5 TCE, en la misma línea que iba una propuesta anterior de modificación del mismo reglamento⁶⁰. Al examinar el Reglamento 1408/71 (tal y como quedó modificado por el Reglamento 118/97), del que esta norma es instrumental, se constata que no hay ninguna referencia al principio de subsidiariedad. Si hay una alusión al principio de proporcionalidad, y aun oscura, puesto que uno de los Considerandos del Reglamento 118/97 (no del propio 1408/71) señala que «las modificaciones efectuadas por el presente reglamento son conformes a la condición impuesta por el párrafo tercero del artículo 3 B del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea». Sorprendentemente, la propuesta⁶¹ que acabó consolidándose en el Reglamento 118/97, sí contiene una justificación sobre el principio de subsidiariedad, empleando el formulismo doble habitual en esa época, aunque afirmando a continuación que «el artículo 51 obliga al Consejo a adoptar las medidas en materia de Seguridad Social necesarias para la consecución de la libre circulación de los trabajadores en el interior de la Comunidad. La coordinación de los regímenes nacionales de la Seguridad Social es, por lo tanto, competencia exclusiva de la Comunidad». Una tercera propuesta de modificación de este reglamento⁶² tam-

poco hacía referencia alguna al principio. Tal omisión parecería indicar que la competencia no es compartida, en consonancia con las afirmaciones que se acaban de citar, puesto que su ejercicio no está regido por el principio de subsidiariedad, sino únicamente por el de proporcionalidad, como antes dejamos indicado. Nuevamente el problema recurrente de las competencias exclusivas en materia social vuelve a hacer aparición.

La propuesta de Reglamento relativo a la coordinación de los Sistemas de Seguridad Social⁶³ también emplea la fórmula doble, refiriéndose a los criterios de necesidad y proporcionalidad, y justifica materialmente la actuación «para garantizar que el derecho a la libre circulación previsto por el Tratado pueda ser ejercido eficaz e íntegramente. Sin esta coordinación, la libertad de movimientos correría el riesgo de resultar ineficaz».

Por último, debe analizarse el Auto del TJCE de 20 de octubre de 2000⁶⁴, que dio ocasión para estudiar el principio de subsidiariedad en el marco de un litigio sobre la Seguridad Social de los trabajadores migrantes. La Caja Agrícola del Seguro de Vejez de Suabia consideró que los mecanismos del Reglamento 1408/71 que sometían a una única legislación de Seguridad Social a los trabajadores eran contrarios a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (que una vez más se presentaban unidos), puesto que consideraba que los Estados miembros son los únicos competentes para decidir su política social y al legislador comunitario sólo le incumbe coordinar los regímenes de Seguridad Social de los Estados miembros sin armonizarlos. El Tribunal alemán ante el que se sustanciaba el asunto acogió esta duda y elevó la cuestión prejudicial al TJCE.

Al entender que no había ninguna duda sobre el supuesto planteado, el Tribunal de

⁵⁹ COM (2002) 059 final.

⁶⁰ COM (2000) 186 final.

⁶¹ COM (96) 318 final.

⁶² COM (2001) 118 final.

⁶³ COM (1998) 779 final.

⁶⁴ ATJCE 20-10-2000, *Vogler contra Landwirtschaftliche Alterskasse Schwaben*, C-242/99.

Justicia resolvió mediante auto motivado, conforme a su reglamento de procedimiento. En su considerando 23, el TJCE estudió la alegación sobre el principio de subsidiariedad. Para el órgano judicial, era claro que las medidas destinadas a favorecer la libre circulación de trabajadores que eran puestas en cuestión sólo podían ser adoptadas desde la esfera comunitaria, puesto que una acción nacional sería a todas luces insuficiente para el objetivo marcado⁶⁵.

La alegación que se hizo en este caso del principio de subsidiariedad fue desafortunada, sin lugar a dudas, al recurrir a la interpretación más limitativa y desacreditada del principio, que es precisamente la que el TJCE ha rechazado. Toda la cuestión prejudicial, en verdad, presentaba extraños caracteres, puesto que el actor incluso sugirió medidas legislativas de reforma del Reglamento 1408/71 en el escrito de interposición. La resolución por auto de una cuestión prejudicial compuesta por cinco preguntas revela claramente lo desacertado de sus planteamientos.

3.6. Empleo

Debe retomarse ahora, para concluir este apartado, la cuestión en el Derecho Comunitario del Empleo. El artículo 2 del TUE enuncia los objetivos de la Unión, y entre ellos incluye la promoción de un alto nivel de empleo. El artículo añade además, como ya vimos, que los objetivos en él contenidos se alcanzarán «en el respeto del principio de subsidiariedad tal y como se define en el artículo 5 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea». Por lo tanto, todas las competencias en materia de empleo que tengan el carácter de concurrentes quedarán sometidas al principio de subsidiariedad.

⁶⁵ Vid. A. CHICHARRO LÁZARO, «Política...», loc. cit., p. 104.

En materia de empleo, hay una división radical en lo que respecta al tratamiento del principio de subsidiariedad. Las directrices aprobadas desde 1998 han incluido siempre en sus considerandos una cláusula en la que indicaban su respeto del principio y de las competencias nacionales, idea que ya aparecía recogida en las Conclusiones del Consejo Europeo Extraordinario de Luxemburgo de 1997 sobre el empleo. En una ocasión, el año 2000, se puso directamente en relación con las situaciones regionales. En los años posteriores se repitió esta referencia a las situaciones regionales, que podría encajar con la concepción amplia del principio de subsidiariedad a la que se hizo mención anteriormente, pero se eliminó la referencia expresa a la subsidiariedad. En la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Consejo Económico y Social y al Comité de las Regiones⁶⁶ se hacía mención nuevamente de este aspecto al insistir en el pleno respeto de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad en los niveles regionales y locales, añadiendo también, en su síntesis de las consultas efectuadas a los actores sociales, que era primordial respetar el principio de subsidiariedad «especialmente en lo relativo a la introducción de los planes locales de acción a favor del empleo y a la coherencia y compatibilidad de la acción local con las prioridades y las directrices de carácter nacional».

En cambio, las sucesivas Recomendaciones del Consejo sobre la aplicación de las políticas de empleo de los Estados miembros no han contenido justificación alguna sobre su respeto del principio de subsidiariedad, aunque sí del respeto de las competencias nacionales en la materia. Este hecho se ha repetido en la Decisión 1145/2002 relativa a medidas comunitarias de estímulo del empleo. Es un poderoso indicio del posible carácter exclusivo de estas competencias, pero tan compleja cuestión no puede ser resuelta basándose en un dato como éste,

⁶⁶ COM (2001) 629 final.

sino que requeriría un examen más detallado.

Retomando nuevamente las referencias a la subsidiariedad, los puntos de vista expresados parecen querer aumentar nuevamente el ámbito subjetivo del principio, e introducir nuevos actores, los niveles regionales y locales, una cuestión que ya quedó apuntada anteriormente. Existen fuertes corrientes doctrinales y políticas, radicadas principalmente en Estados de la Unión con una estructura territorial compuesta, que presionan en este sentido, sugiriendo incluso que la consideración de este nivel de poder está en el origen mismo del principio de subsidiariedad⁶⁷. El marco del empleo ha parecido especialmente apropiado para el desarrollo de esta idea. Las Conclusiones del Consejo Europeo de Lisboa de marzo de 2000, el mismo año en el que las directrices de empleo reunían subsidiariedad y ámbito infraestatal, insistieron en que «se aplicará un planteamiento totalmente descentralizado de acuerdo con el principio de subsidiariedad, en el cual la Unión, los Estados miembros, los niveles regionales y locales, así como los interlocutores sociales y la sociedad civil, participarán activamente, mediante distintas formas de colaboración» y en la importancia del nivel local y regional en la Estrategia Europea para el Empleo.

En años posteriores se desligaron las dos materias, y si bien las Conclusiones del Consejo Europeo de Estocolmo de marzo de 2001 señalaban que «la Comisión colaborará con los gobiernos nacionales y locales, los servicios de empleo y otras entidades competentes para evaluar antes de finales de año la viabilidad de establecer un sitio único europeo de información sobre movilidad», la figura de una *subsidiariedad local* se volvía más difusa. Tanto es así que no podemos afirmar que exista una subsidiariedad específica en mate-

⁶⁷ Vid. M. A. ARIAS MARTÍNEZ, *Comunidades Autónomas y elaboración del Derecho Comunitario Europeo*, IVAP, Oñate, 1998, p. 75.

ria de empleo, sino que en su puesta en práctica han existido dudas y vacilaciones, reflejo mismo de tensiones internas de la Comunidad, que en algún momento han creado una ilusión de subsidiariedad.

4. LA SUBSIDIARIEDAD HORIZONTAL

4.1. Plasmación y razón de ser

El Acta Única Europea introdujo una importante modificación en el articulado del Tratado CEE, no tanto por su contenido material sino por cuanto abrió el camino para una intervención más honda de los agentes sociales en el procedimiento legislativo comunitario. Tal innovación se plasmó en el artículo 118B TCEE. Siguiendo este precepto, la Comisión debería desarrollar el diálogo entre las partes sociales, lo que podría dar lugar al establecimiento de relaciones basadas en acuerdos. Nada se decía sobre la eficacia o sobre el alcance de este tipo de acuerdos, pero la base quedaba sentada.

Sin embargo, el penúltimo considerando de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores proclamaba que «en virtud del principio de subsidiariedad las iniciativas que haya que tomar para la aplicación de estos derechos sociales corresponden a los Estados miembros y a las entidades que los constituyen y, en el marco de sus competencias, son responsabilidad de la Comunidad Europea». Sin embargo, el criterio de decisión no aparecía explícitamente en este texto. Sin perjuicio de la mayor *profundidad* que se otorgaba al principio en esta redacción (no sólo incluía como actores a la Comunidad y a los Estados, sino que recogía también a las entidades territoriales que los forman), el verdadero interés de este considerando derivaba de la afirmación de que la aplicación de la Carta conforme al principio de subsidiariedad podía revestir la forma de leyes, de convenios colectivos o de prácticas existentes en los distintos

niveles adecuados y que requeriría, en numerosos ámbitos, la participación activa de los interlocutores sociales.

Con ello, la Carta estaba reconociendo la especialidad del Derecho del Trabajo en lo que concierne a los sujetos legitimados para la producción normativa, y estaba presentando un concepto de la subsidiariedad en el que los actores se habían multiplicado frente a lo que se expuso anteriormente. Una lectura conjunta de todo este considerando deparaba un principio de subsidiariedad en el que el ejercicio de las competencias sociales se repartía entre la Comunidad, los Estados y sus entes territoriales, y los agentes sociales. En cualquier caso, la Carta ofrecía unas reglas de juego novedosas entre las que figuraba claramente el principio de subsidiariedad. Con el Preámbulo de la Carta se estaba diseñando ya el principio que regiría la actividad comunitaria, especialmente en materia social: «a través de la Carta se actuaría una cierta anticipación prospectiva de las líneas por las que ha de discurrir la construcción del modelo comunitario de Derecho Social»⁶⁸.

El Tratado de Maastricht no establecía en ningún punto de su articulado que en el terreno de la política social se alteraran las reglas generales de la subsidiariedad. Lógicamente, el Título VIII del TCE quedaba sometido a las prescripciones del artículo 3B TCE. Ahora bien, el Acuerdo sobre Política Social contenía determinadas reglas especiales que se apartaban de las pautas marcadas. Claramente influenciados por la Carta de los Derechos Sociales, los artículos 3 y 4 desbordaban los márgenes estrictos del principio de subsidiariedad y el artículo 3B TCE, y se aproximaban más a la concepción flexible que se derivaría de una interpretación conjunta con el Preámbulo del TUE. Habría resultado difícil sostener en aquellos momentos que esas

reglas, situadas en un documento que vinculaba únicamente a once Estados miembros, podían ser el patrón de interpretación del principio de subsidiariedad en el campo social⁶⁹. La fractura de la política social comunitaria habría obligado a que existieran, a su vez y simultáneamente, dos principios de subsidiariedad sociales, uno que se aplicaría a las competencias del Título VIII, y otro a las contenidas en el Acuerdo.

Afortunadamente, estas consideraciones se han quedado en meras especulaciones teóricas tras la integración del Acuerdo en el cuerpo del Tratado de la Comunidad con las reformas del Tratado de Amsterdam. El Título XI del Tratado de la Comunidad Europea se inicia con una mención, en su artículo 136, a la Carta de Estrasburgo. Debe ser tenida en cuenta a la hora de articular los objetivos allí enumerados, es decir, a la hora de llevar a la práctica la política social comunitaria. El propio Tratado está indicando aquí cuáles van a ser los criterios de interpretación que le deben ser aplicados⁷⁰. Tan vaga mención, sin embargo, no serviría para justificar la existencia de una subsidiariedad social específica. Deben existir afirmaciones relativas al procedimiento legislativo comunitario, especialidades en el terreno del ejercicio de las competencias (pues al fin y al cabo la manifestación más destacada del ejercicio de competencias es la elaboración de legislación) que puedan permitir afirmar esa distinción.

En efecto, tanto los artículos 3 y 4 del Acuerdo de Maastricht como los artículos 138 y 139 TCE contienen el procedimiento de elaboración de acuerdos colectivos en el ámbito

⁶⁹ Vid. A. OJEDA AVILES, «Subsidiariedad...», loc. cit., p. 97, situándolo fuera del Derecho Comunitario. Sintetizando opiniones diversas, B. BERCUSSON, *European Labour Law*, Butterworths, Londres, 1996, pp. 525-9.

⁷⁰ En este sentido, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, «De Maastricht...», loc. cit., p. 22; en contra, R. GOSALBO BONO, «Le Traité d'Amsterdam», *RTDeur*, vol. 33, 4, 1997, p. 784.

⁶⁸ Vid. J.L. MONEREO PEREZ, «Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores», *REDT*, 56, 1992, p. 858.

comunitario⁷¹. Tal prescripción quedaría grandemente debilitada en lo que aquí ocupa si estos acuerdos europeos hubieran tenido «la fuerza de obligar propia de los convenios colectivos sólo cuando [hubieran] sido incorporados a un convenio negociado en el plano interno»⁷², como parecería desprenderse del primer inciso del artículo 139.2 TCE⁷³. El requisito de la eficacia, sin el cual no podríamos hablar con seguridad de subsidiariedad, queda aquí puesto en cuestión, dejado en gran parte a la *buena voluntad* de los Estados.

Sin embargo, el segundo inciso de dicho artículo abre el camino a una aplicación «sobre la base de una decisión del Consejo adoptada a propuesta de la Comisión». Tal referencia es el fundamento de la intervención de los agentes sociales en el proceso legislativo habitual. La actuación preferente de éstos frente a las instituciones comunitarias se hace manifiesta en el cuarto párrafo del artículo 138, con la consiguiente paralización del procedimiento comunitario⁷⁴. Tenemos por lo tanto un nuevo nivel de análisis, incuestionable, a la hora de iniciar la actuación de las Comunidades. Junto al primer examen, entre la Comunidad y los Estados,

aparece ahora uno adicional, una vez que se ha determinado la competencia comunitaria. Corresponde entonces decidir entre las instituciones comunitarias, el procedimiento legislativo habitual, y los agentes sociales en el nivel comunitario. Es lo que la doctrina laboralista española ha denominado la «manifestación horizontal» del principio de subsidiariedad desde los tiempos del Tratado de Maastricht⁷⁵.

No hay una antinomia en sentido estricto entre las normas que aquí se han apuntado y el artículo 5 TCE, puesto que no hay un conflicto de validez que haga inaplicable a una de ellas, no hay una concurrencia normativa conflictiva. De esta forma, las peculiaridades del Título XI vienen a añadirse, como un suplemento, al artículo 5 TCE para crear una subsidiariedad social específica⁷⁶.

Ahora que hemos comprobado, siempre con las debidas cautelas, que sí existe una subsidiariedad específica en el campo de lo social, cabe preguntarse por qué. Parece lógico entender que estas disposiciones responden a algún fin y no han sido colocadas aquí graciosamente por el legislador comunitario. La primera respuesta que se presenta es que así queda recogida en el nivel supranacional

⁷¹ En síntesis, F. NAVARRO NIETO, «La negociación colectiva en el Derecho comunitario del trabajo», *REDT*, 102, 2000.

⁷² Vid. J. GALIANA MORENO, «El lento camino de gestación de la política social comunitaria: desde el Tratado de Roma a la Cumbre de Maastricht», *REDT*, 58, 1993, p. 197.

⁷³ Vid. la Declaración 27 adoptada por la Conferencia de Amsterdam, anexa al TCE, sobre el apartado 2 del artículo 118 B del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (139, tras la reenumeración). Reproduce la Declaración aneja al Protocolo de 1992. Vid. B. BERCUSSON, *European...*, op. cit., p. 544, para los problemas con las diferencias entre el texto en inglés y en francés.

⁷⁴ Vid. M. RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER, «De Maastricht...», loc. cit., p. 24. Vid. también J. APARICIO TOVAR, «Contrattazione collettiva e fonti comunitarie», en VV.AA. (M. D'Antona et al., dirs.), *Dizionario di Diritto del Lavoro Comunitario*, Monduzzi, Bolonia, 1996, pp. 183-4.

⁷⁵ El origen en el artículo pionero en nuestra disciplina de M.E. CASAS BAAMONDE, «Doble...», loc. cit., pp. 1-10. La doctrina posterior ha aceptado la denominación, que sin embargo discrepa del concepto tradicional en Ciencia Política de subsidiariedad horizontal. G. ARRIGO, «Politiche...», loc. cit., p. 259, coincide en la denominación. C. MOLINA NAVARRETE, «Un impulso del Derecho Social Comunitario al proceso de normalización de las prácticas de grupo», *G/CE*, serie D, 24, 1995, p. 168, lo califica como el «principio de respeto de la autonomía de los interlocutores sociales». A. OJEDA AVILES, por su parte, «Subsidiariedad...», loc. cit., p. 83, propone los términos «pública» y «privada». P. LANGLOIS, «Europe sociale et principe de subsidiarité», *DS*, 2, 1993, pp. 202-5, distingue entre una subsidiariedad general, institucional, y una especial, la propia de la política social.

⁷⁶ Esta afirmación no es pacífica. Vid. S. SCIARRA, «Agreements in the Hierarchy of European Community Sources», en VV.AA., *Liber...*, op. cit., p. 203. También G. LYON-CAEN, «Subsidiarity», loc. cit., p. 59.

la tradición jurídica de atribuir a la autonomía colectiva el carácter de fuente del Derecho. También puede sugerirse la voluntad de introducir una mayor democracia en el proceso comunitario, para paliar así el tan achacado déficit, en consonancia con la opinión general, acercando al ciudadano el nivel de toma de las decisiones, en línea con la interpretación *amplia* del Preámbulo del TUE ⁷⁷. Una tercera solución es más polémica y política, aunque no carente de razón y fundamento. Si aceptamos que el principio de subsidiariedad nace con motivo de la expansión de las competencias comunitarias en materia social, este desdoblamiento es una traba más a la acción legislativa de las Comunidades. Una traba extraña, ciertamente, pues deja el poder de elaboración de las normas en una instancia que no puede ser controlada por los Estados (en el Consejo dispondrían de mayor margen de maniobra) salvo en el trámite final de plasmación de la postura de los agentes sociales en la decisión apuntada por los Tratados.

Vale la pena preguntarse si todas estas reglas son aplicables al Derecho Comunitario de Empleo. No puede admitirse, por diversos motivos, siendo el principal de entre ellos que la materia de empleo se encuentra en un Título independiente, que sólo está relacionado con el Título XI por la afinidad de sus materias, pero no procedimental ni jurídicamente. Por otra parte, la mención del artículo 126.2 TCE a las «prácticas nacionales relativas a las responsabilidades de los interlocutores sociales» es demasiado etérea para que pueda justificarse en ella especialidad alguna respecto al principio de subsidiariedad. La práctica, sin embargo, creó una apariencia de especialidad en lo que se refiere a la aplicación de la política comunitaria de empleo

⁷⁷ Algunos prefieren denominar ese principio como «de proximidad» antes que de subsidiariedad. Vid. D. GADBIN, «L'association des partenaires économiques et sociaux organisés aux procédures de décision en droit communautaire», *RTDEur*, vol. 36, 1, 2000, p. 29.

como ya hemos visto, que parecía entroncar directamente con la vertiente *democrática* del principio de subsidiariedad.

4.2. Problemas interpretativos

Dejando a un lado la cuestión de los sujetos implicados ⁷⁸ y la representatividad suficiente, analizada principalmente en la STPI *UEAPME* (en la que, desgraciadamente, el TPI no se pronunció sobre el motivo de infracción del principio de subsidiariedad, lo cual habría sido realmente enriquecedor para aclarar los nebulosos perfiles de la subsidiariedad horizontal ⁷⁹), el artículo 139 TCE regula no ya el procedimiento de elaboración de los acuerdos, que queda al arbitrio de las partes sociales, sino las formas de su aplicación, es decir, su eficacia jurídica ⁸⁰: por un lado la aplicación autónoma, «según los procedimientos y prácticas propios de los interlocutores sociales y de los Estados miembros», con todos los condicionamientos que puso de manifiesto el Protocolo sobre esta cuestión anexo al Tratado de Amsterdam; y la aplicación heterónoma, «sobre la base de una decisión del Consejo adoptada a propuesta de la Comisión», lo que permite que la normativa que contienen pueda ser considerada como Derecho Comunitario puro, una vez superados los trámites oportunos.

Un primer punto de análisis en el que hay que detenerse es en el campo de aplicación de estos preceptos, en la determinación de las materias que pueden ser reguladas por la intervención de los agentes sociales. El ar-

⁷⁸ Vid. L. DUEÑAS HERRERO, *Los interlocutores sociales europeos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

⁷⁹ El aporte de esta sentencia, con todo, no es considerado nimio por algunos. Vid. M.E. CASAS BAAMONDE, «La negociación colectiva europea como institución democrática», *RL*, 21, 1998, p. 13.

⁸⁰ La elección de la forma puede responder directamente al principio de subsidiariedad, sostiene D. GADBIN, «L'association...», loc. cit., p. 29. Creo más ajustado remitir esa decisión al principio de proporcionalidad.

título 139.2 hace una mención específica a «los ámbitos sujetos al artículo 137». Sólo en estos puede pedirse la aplicación por un acto de Derecho Comunitario. *Sensu contrario*, los acuerdos que sean desarrollados por los agentes sociales nacionales no están sujetos a esta limitación⁸¹, y su marco viene dado por la mención al «ámbito de la política social» del artículo 138.2, único escenario posible en el que la Comisión puede iniciar los trámites de consulta a los interlocutores sociales, y en el que, por lo tanto, pueden responder éstos manifestando su voluntad de llegar a un acuerdo. Parece unánime la doctrina al afirmar que esa mención a la política social está hecha en un sentido técnico y restrictivo, que incluye únicamente lo colocado bajo tal rúbrica, inicialmente en el Protocolo y actualmente en el Título XI del Tratado de la Comunidad Europea⁸².

Ambos mecanismos pueden ser considerados como «funcionalmente equivalentes»⁸³, si bien otras voces han apuntado la falta de fuerza vinculante de la modalidad autónoma, considerando sus resultados como meras recomendaciones⁸⁴. Ésta es una cuestión determinante: si los acuerdos no tienen valor normativo, su elaboración no es una manifestación del principio de subsidiariedad, pues este principio reparte el ejercicio de competencias entre sujetos capaces de producir Derecho. Al fin y al cabo, los interlocutores sociales pueden producir cuantas declaraciones, recomendaciones o avisos quieran, o incluso acuerdos vinculantes *inter partes*, puesto que al carecer de eficacia general no están sometidos a principio alguno de Dere-

cho Comunitario, no son Derecho Comunitario.

Se ha escrito mucho sobre este problema, por fuentes muy autorizadas, y en todos los sentidos posibles, desde el valor declarativo o la eficacia *inter partes* hasta la eficacia normativa autónoma⁸⁵. Para adoptar una decisión en esta cuestión se impone nuevamente la prudencia, y la mejor traducción de esta intención es esperar a ver los resultados del Acuerdo marco sobre teletrabajo que han firmado los interlocutores sociales, y que ellos mismos se disponen a aplicar. Sólo esa puesta en práctica puede resolver de forma satisfactoria los interrogantes sobre su condición de fuentes del Derecho Comunitario o su carencia de ella, o lo que es lo mismo, su relación con el principio de subsidiariedad.

Los debates sobre la segunda modalidad de aplicación no se han centrado en la eficacia, que nadie discute dado que los acuerdos son incorporados a una directiva comunitaria aprobada por el Consejo⁸⁶. La discusión se ha reconducido aquí al verdadero papel de la intervención de los agentes sociales. Se ha apuntado que este procedimiento no es una muestra del poder normativo de los interlocutores sociales, sino que es más bien una «manifestación de concertación social, que inserta un momento negocial en la iniciativa pública comunitaria»⁸⁷, que se situaría en la línea neocorporativista que algunos han detectado en la actual configuración comuni-

⁸⁵ En síntesis, M. MOLINA GARCÍA, *La negociación colectiva europea*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

⁸⁶ Al menos, siempre ha sido esa la forma jurídica elegida para tal función. El debate doctrinal ha sido intensísimo y muy variado sobre el exacto significado del término «decisión», primeramente en el Acuerdo de Maastricht, y posteriormente ya en el Tratado de Amsterdam. Por todos, J. APARICIO TOVAR, «Contrattazione...», loc. cit., p. 189.

⁸⁷ Vid. M. C. AGUILAR GONZÁLEZ, «La negociación colectiva comunitaria», en VV.AA. (J. Cruz Villalón, T. Pérez del Río, coords.), *Una aproximación...*, op. cit., p. 174.

⁸¹ Vid. F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *El Derecho...*, op. cit., p. 137.

⁸² Por todos, J. APARICIO TOVAR, «Contrattazione...», loc. cit., p. 185.

⁸³ Vid. B. BERCUSSON, «Democratic...», loc. cit., p. 169.

⁸⁴ Vid. L. SCHNORR VON CAROLSFELD, citado, para ser combatido, en A. OJEDA AVILÉS, «¿Son meras recomendaciones los acuerdos colectivos europeos?», *RL*, 17, 1998, p. 15.

taria⁸⁸ o sería una suerte de «legislación delegada»⁸⁹, entre otras muchas opiniones. Ciertamente, los interlocutores sociales no tienen puramente el papel de creadores del Derecho, puesto que es el acto del Consejo el que da vigor a sus decisiones, pero sí materialmente. Es su Acuerdo el que es incorporado, en su totalidad, como texto propiamente eficaz, puesto que las estipulaciones de la directiva correspondiente son cláusulas técnicas sobre entrada en vigor, plazo de transposición, etc. Debe admitirse que no es el estadio último que debería alcanzar la intervención de los agentes sociales en la construcción del Derecho Social Comunitario, pero ya es un logro aportar el contenido de las normas, aunque no sea bajo el título propio de legislador⁹⁰. Quizás la integración europea no esté aun tan avanzada que pueda admitirse sin dificultad la normativa autónoma de los interlocutores sociales. Pero ésta parece estar ya encarrilada en la política de pequeños pasos que tanto defendió Monnet, y que es la que al fin y al cabo ha construido la Europa comunitaria que conocemos.

4.3. La aplicación práctica de la subsidiariedad horizontal

De poco servirían todas las previsiones de los Tratados si los interlocutores sociales no hubieran hecho uso de esas facultades. Pero sí existen normas en el ordenamiento comunitario que han emanado del procedimiento descrito. Son las Directivas: 96/34 sobre el permiso parental, 97/87 sobre el trabajo a tiempo parcial, 1999/63 sobre ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar, 1999/70 sobre el trabajo de duración determinada y 2000/79 sobre el tiempo de trabajo del personal de vuelo en la aviación civil.

⁸⁸ Vid. S. SCIARRA, «Collective...», loc. cit., pp. 196 y ss.

⁸⁹ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, «El procedimiento...», loc. cit., p. 42.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 42.

Ciertamente, no es un gran elenco, pero dada la complejidad del procedimiento no puede ser menospreciado.

La puesta en práctica de la subsidiariedad horizontal ha seguido un camino inverso al de los ordenamientos nacionales. Ha pasado de los contenidos más generales, como son los 3 primeros acuerdos, al nivel sectorial, en los 2 últimos. Y finalmente ha añadido su manifestación autónoma con el acuerdo sobre teletrabajo, que no puede ser considerado ni sectorial ni general, y que también en esta cuestión demuestra ser una figura especialísima. El Diálogo Social Comunitario, en conclusión, ha demostrado su validez para enfrentarse a problemas en los más distintos ámbitos, tanto materiales como formales, lo cual es un síntoma de los notables resultados que puede deparar en el futuro.

En el tratamiento del principio de subsidiariedad en el articulado y en los trabajos preparatorios se observa un paralelismo con la situación general antes estudiada. En los considerandos que preceden a los artículos *formularios* que dan plena vigencia al Acuerdo marco, el respeto al principio de subsidiariedad se entiende justificado puesto que (con ligerísimas variaciones en la redacción) los Estados miembros no pueden cumplir de forma suficiente los objetivos de la norma. Tan lacónica expresión solventa así el trámite.

Sería de esperar que, conforme al modelo que antes se presentó, los trabajos preparatorios fueran entonces más explícitos, insistiendo en qué aspectos de la normativa son los que hacen necesaria la regulación comunitaria, aunque fuera de una forma tan sucinta como la ya expuesta. No sucede así. Las cinco propuestas de Directiva contienen un mismo razonamiento que apareció en los trabajos de la primera de ellas, la 96/34, y que se ha reproducido en todas ellas: la acción se justifica por el hecho de que los interlocutores sociales han acordado que es necesaria. No parece precisarse otra justificación: ésta es

automática, mediando el deseo común de los agentes sociales⁹¹.

La propuesta de la Directiva 2000/79⁹² añade además, quizá en un intento de presentar una argumentación más elaborada, que «el transporte aéreo es un sector altamente integrado y competitivo». La única conexión que se puede vislumbrar con el principio de subsidiariedad es algo difícil: al ser un sector tan integrado, se entiende que las compañías, con indiferencia de su nacionalidad, compiten en el mercado europeo en una supuesta igualdad de condiciones, y de ahí que sea necesaria dicha regulación comunitaria.

La propuesta de Directiva sobre el trabajo de duración determinada⁹³ incide más en el papel de los interlocutores sociales. Así, afirma que son «quienes se encuentran mejor situados para encontrar soluciones que se ajusten tanto a las necesidades de los empresarios como a las de los trabajadores y que, por consiguiente, les debe otorgar un papel especial en la puesta en práctica y la aplicación del presente acuerdo». Este razonamiento no sirve únicamente para esta norma, es casi una justificación integral de la propia subsidiariedad horizontal. La idea que se maneja aquí es lo que denominamos como el concepto flexible de la subsidiariedad, la toma de decisiones en el nivel más cercano a los ciudadanos posible: la mención que hace el texto a que los interlocutores sociales se encuentran «mejor situados» no puede ser casual.

Se ve, concluyendo, que el requisito de la suficiente motivación es incluso más etéreo en estas normas que en las aprobadas por el procedimiento habitual comunitario. La par-

ticipación de los agentes sociales en la toma de la decisión parece establecer una presunción de respeto automático del principio de subsidiariedad, presunción que debería ser acogida con prudencia, en cualquier caso. No hay ninguna mención al requisito de mayor eficacia: ésta es una diferencia de enorme importancia con la regla general. La puesta en práctica de la subsidiariedad horizontal implica entonces un complejo mecanismo, en el que primeramente la superior eficacia de la acción comunitaria decide la intervención en este nivel, mediando la aplicación del principio de subsidiariedad tal y como aparece recogido en el artículo 5 TCE, y a continuación la fuente, dentro del marco supranacional, es escogida en función de su mayor proximidad al ciudadano, entrando ahora en funcionamiento la versión del principio de subsidiariedad que sugiere el Preámbulo del TUE. El deseo de combatir el déficit democrático y de legitimar la actuación comunitaria acaba conduciendo a paradojas como ésta, que desdibujan la eficacia puramente jurídica del principio de subsidiariedad y le otorgan un clarísimo perfil político.

5. LA POLÉMICA VALORACIÓN DE LA FIGURA

Como conclusión, puede decirse que el principio de subsidiariedad en el Derecho Comunitario es una figura autónoma, propia y exclusiva de este ordenamiento. Si bien han existido y existen otros principios y concepciones de la subsidiariedad, el mecanismo ordenador del ejercicio de las competencias comunitarias debe ser estudiado y entendido en este marco exclusivamente, libre de otras influencias.

Gran parte del éxito del principio de subsidiariedad depende de la acogida doctrinal. La diversidad de opiniones y valoraciones que generó la figura se ha reproducido también en el campo social, y en él las valoraciones han sido particularmente duras. Se afirmó

⁹¹ Esta justificación en los trabajos preparatorios de las Directivas 96/34, 97/81 y 1999/63: COM (96) 26 final, COM (97) 392 final y COM (1999) 203 final, respectivamente.

⁹² COM (2000) 382 final.

⁹³ COM (1999) 203 final.

que el principio de subsidiariedad rompería la unidad del Derecho Social Comunitario, fragmentándolo al dejar demasiado margen de maniobra a los Estados miembros. En este sentido, se dijo que «señala[ba] una tendencia a minimizar las intervenciones comunitarias y a maximizar la de los Estados que [podía] influir también en la acción comunitaria en materia social, acentuando el proceso de nacionalización de los Derechos del Trabajo»⁹⁴, que crearía una «sola multitud de Derechos»⁹⁵, y que conduciría al Derecho Social Comunitario por caminos que entonces se consideraban inciertos, puesto que sería el «revulsivo del Derecho Social Comunitario que en el concreto sector del Derecho del Trabajo [iba] a frenar prácticamente la promulgación de directivas en todo cuando no [fuera] seguridad y salud, al tiempo que [impulsaría] la utilización del difícil Acuerdo sobre Política social»⁹⁶. Tan incierto era el futuro augurado que la subsidiariedad aparecía para algunos como un simple espejismo⁹⁷, incluso un obstáculo⁹⁸.

La idea de *contrapeso*⁹⁹ o *contrapartida*¹⁰⁰ fue una de las más utilizadas a la hora de caracterizar el principio de subsidiariedad. Junto con la calificación de «mecanismo de autocontención del Derecho Social Comunitario»¹⁰¹, puede considerarse que es una de las calificaciones más adecuadas. En primer lugar, es más objetiva y se atiene más a los hechos que a las numerosas concepciones pesimistas surgidas desde 1992. En segundo lugar, responde mucho mejor a la propia lógica del Derecho Social Comunitario.

Antes del Tratado de Maastricht, el Derecho Social Comunitario no era apenas nada: fuera de la libre circulación y la seguridad social de migrantes, sólo existían las tres Directivas de crisis empresariales, la normativa sobre seguridad y salud, y la aislada Directiva de derechos de información del trabajador sobre su contrato, que incluso fue bautizada como la Directiva *Cenicienta*. En los 10 años que nos separan del Tratado de la Unión Europea, el Derecho Social Comunitario no es, es obligado constatarlo, mucho más: apenas una veintena de directivas, un nutrido cuerpo normativo sobre seguridad y salud, un embrión de política de empleo, «islas al fin, separadas e inconexas entre sí»¹⁰². Comparado con un ordenamiento laboral nacional, el panorama es desolador. Pero si la comparación se hace con cualquier otro ordenamiento supranacional, entonces el resultado es completamente diferente, porque no hay parangón posible, aun dentro de esos limitados resultados. El Mercado de Trabajo Único es un futuro tan lejano, que hoy en día aparece como irrealizable, como en su día debió parecerlo el Mercado Interior. La finalidad del Derecho Social Comunitario es eliminar, en la medida de lo posible, las diferencias entre las legislaciones nacionales que obstaculicen la integración económica, crear «una política social que incluya un Fondo Social Europeo» (en la tan vaga enunciación del artículo 3 TCE), «establecer nuevos derechos

rio»¹⁰¹, puede considerarse que es una de las calificaciones más adecuadas. En primer lugar, es más objetiva y se atiene más a los hechos que a las numerosas concepciones pesimistas surgidas desde 1992. En segundo lugar, responde mucho mejor a la propia lógica del Derecho Social Comunitario.

⁹⁴ Vid. M. RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, «De Maastricht...», loc. cit., p. 20.

⁹⁵ Vid. G. ARRIGO, «Política...», loc. cit., p. 630. Sobre esta fragmentación, pero con una visión más positiva, vid. P. MAILLET, «La Politique Sociale Européenne: mythe ou réalité prochaine?», *RMCE*, 139, 2000, p. 381.

⁹⁶ Vid. A. OJEDA AVILES, «Subsidiariedad...», loc. cit. p. 82.

⁹⁷ Vid. S. SIMITIS y A. LYON-CAEN, «A Critical...», loc. cit., p. 13.

⁹⁸ Vid. J.M. GALIANA MORENO, «Instrumentación jurídica de los objetivos sociales en el marco comunitario», en VV.AA. (J. Rentero Jover, dir.), *Derechos laborales individuales y colectivos y Derecho Comunitario*, CGPJ, Madrid, 1997, p. 164.

⁹⁹ Vid. Dictamen del Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro de 30-10-1990, recogido en G. ARRIGO, «Política...», loc. cit., pp. 657-8.

¹⁰⁰ Vid. P. LANGLOIS, «Europe...», loc. cit., p. 204.

¹⁰¹ Vid. M.E. CASAS BAAMONDE, «Subsidiariedad y flexibilidad del ordenamiento comunitario y participación de los trabajadores en empresas y grupos», *RL*, 10, 1993, p. 1.

¹⁰² Vid. M. RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, «El proceso...», loc. cit., p. 16.

sobre cuestiones transnacionales o fijar un nivel mínimo de derechos sin perjuicio de disposiciones más favorables»¹⁰³. Teniendo en cuenta ese factor, es lógico que el principio de subsidiariedad haya hecho aparición: la Comunidad actuará para suprimir esas diferencias. Y actuará sólo cuando le corresponda.

Debe introducirse otra consideración adicional, una breve reflexión sobre la esencia de las Comunidades Europeas. Las Comunidades, en su actual etapa, no son un *supraestado*, con políticas e intereses propios¹⁰⁴. Son un instrumento de los Estados, que conservan el poder de decisión en el Consejo. Si el proceso legislativo comunitario se compusiera únicamente de una iniciativa de la Comisión refrendada por el Parlamento Europeo, y controlada por el Tribunal de Justicia, los Estados sí podrían temer la aparición de una voluntad supranacional. Pero mientras la votación definitiva siga teniendo lugar en un Consejo que es la reunión de los ministros de los Estados miembros, la *criatura* no se volverá contra sus creadores.

El principio de subsidiariedad aparece en el Derecho Comunitario con la extensión de la política social, es cierto, pero también, y quizá sea mucho más importante, con la extensión de la decisión por mayoría cualificada. «La opción por una regla mayoritaria (...) supone un abandono no exclusivamente retórico de los específicos intereses nacionales en aras de un interés global y permite por consiguiente la adopción de intereses que vulneren los intereses específicos de un Estado o una pluralidad de Estados miembros»¹⁰⁵. Desde 1966 han existido mecanismos de atemperación de la mayoría, como el Compromiso de Luxemburgo o el de Ioannina. Superados los

tiempos de la *silla vacía*, el principio de subsidiariedad se une a la lista de recursos con esa función.

Llegados a este punto, puede hacerse una matización a lo que antes se apuntó sobre el ámbito de aplicación del principio de subsidiariedad. Jurídicamente, todas las competencias en materia social están sometidas al principio. Políticamente, no se aplica a aquellas sobre las que se decide por unanimidad. La capacidad de bloqueo de los Estados miembros sí es real en ese caso, y no es el principio de subsidiariedad el que recorta la actividad social de las Comunidades. Ése es el verdadero enemigo del desarrollo del Derecho Social Comunitario. Basta con examinar el elenco de normas de contenido social aprobadas en campos sometidos a unanimidad: únicamente las que tienen como base jurídica el actual artículo 308 TCE han conseguido superar el filtro de dicho procedimiento de toma de decisiones, y ello únicamente porque los actos adoptados con base en este precepto son considerados como realmente necesarios para la consecución de los fines de las Comunidades por el Consejo y no existe otro instrumento a tal efecto.

El Tribunal de Justicia, por su parte, ha optado, en el terreno de la política social, por una subsidiariedad amplia, difusa. ¿Ha pervertido con ello la regla que supuestamente los Estados levantaron contra él¹⁰⁶? El principio de subsidiariedad ha demostrado tener, ante los ojos del Tribunal, dos filos, pues tanto puede obstaculizar la acción comunitaria como puede ser la *ratio ultima* de su actuación¹⁰⁷, en una interpretación mucho más abierta que lo que jamás concibieran sus creadores. Y este resultado no es una novedad en

¹⁰³ Vid. COMISIÓN EUROPEA, «Las relaciones laborales en Europa – 2000», COM (2000) 113 final, p. 9.

¹⁰⁴ Matices de gran interés en A. ESTELLA DE NORIEGA, *El dilema...*, op. cit., p. 180.

¹⁰⁵ Vid. P. ANDRÉS SAENZ DE SANTAMARÍA et al., *Introducción...*, op. cit., p. 168.

¹⁰⁶ Vid. P. DAVIES, «ECJ, National Courts and Member States», en VV.AA., *Liber Amicorum Lord Wedderburn*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 134.

¹⁰⁷ Sobre el *activismo judicial* del TJCE, la puesta en práctica de su *agenda política*, las corrientes en el seno del Tribunal, vid. A. ESTELLA DE NORIEGA, *El dilema...*, op. cit., pp. 94 y ss.

el transcurso de la historia de las Comunidades, sino posiblemente una nueva aportación, no solicitada, del Tribunal a la integración europea. Sin embargo, los pronunciamientos con los que se cuenta hasta la actualidad son demasiado escasos para que pueda aun afirmarse con certeza cuál es la verdadera doctrina del TJCE sobre el principio de subsidiariedad.

La subsidiariedad no es un principio *sesgado* como se ha querido ver. Ni es el «espantajo»¹⁰⁸ que se ha querido presentar, «ni ha demostrado (...) el vigor ni el alcance que todos le suponían»¹⁰⁹. Es una regla que encuentra perfecto acomodo en el sistema comunitario; que encaja en los esquemas de actuación comunitarios; que tanto limita como habilita para actuar¹¹⁰, aunque estas afirmaciones no serán compartidas por muchos¹¹¹. Puede decirse que hay un antes y un después del principio de subsidiariedad, sin que esta afirmación deba tener más significado que el cronológico: desde 1993, existe un mecanismo que marca la distribución del ejercicio de las competencias entre los Estados miembros y la Comunidad Europea¹¹².

¹⁰⁸ Vid. P. LANGLOIS, «Europe...», loc. cit., p. 205.

¹⁰⁹ Vid. M. RODRIGUEZ-PINERO ROYO, «El proceso...», loc. cit., p. 26. También el Dictamen del Comité de las Regiones sobre el «Proyecto de informe del Parlamento Europeo sobre la delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros», DOCE C 192 (02-08-2002).

¹¹⁰ G. LYON-CAEN, «Subsidiarity», loc. cit., pp. 57 y ss. emplea el término «contrasubsidiariedad» para referirse a las acciones expansivas de la Comunidad en las materias concurrentes, lo cual se comprende desde el punto de vista negativo que adopta todo su estudio. F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, en cambio, *El Derecho...*, op. cit., p. 170 opina que «[El principio de subsidiariedad] en su ambivalencia, debiera ser antes que un límite para el desarrollo de la acción comunitaria, una garantía de su eficacia».

¹¹¹ Vid. P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, *ibidem*, p. 100.

¹¹² Vid. M.E. CASAS BAAMONDE, «Doble...», loc. cit., p. 10: «El Derecho Social Comunitario vive una nueva etapa en la que el principio de subsidiariedad se erige en el nuevo modo de abordar la armonización de los ordenamientos nacionales, que sucede a la anterior *armonización por objetivos* (...). En cualquier caso, y pese a su ambigüedad y a la de sus resultados, el principio de subsidiariedad, como principio de distribución de competencias entre la Comunidad y los Estados y entre aquella y las partes sociales, constituye el cauce por el que ha de transcurrir el esfuerzo progresivo de la acción social comunitaria por progresar y obtener un espacio propio o una dimensión propia».

No debe buscarse otro significado fuera de éste, porque la Europa social sigue construyéndose, a mayor o menor velocidad, pero ofreciendo más resultados prácticos que en la mayor parte de su Historia anterior. Y esto no es ni mérito ni demérito del principio de subsidiariedad.

La naturaleza jurídica del principio de subsidiariedad le otorga, en definitiva, un carácter tanto de habilitación como de limitación, atendiendo únicamente a la eficacia de la acción comunitaria. Que los Estados hayan desviado en cierta manera la recta concepción de este principio y lo empleen para enmascarar las maniobras y componendas políticas que hay tras el Derecho Comunitario no debe influir a la hora de valorar la institución jurídica. De todas formas, el principio de subsidiariedad no ha representado, ni mucho menos, el final del Derecho Social Comunitario, sino una regla de compromiso, y ha sido el encuadre de una actividad normativa considerable desde su entrada en vigor. La incógnita que quedará siempre abierta es hasta dónde podría haberse desarrollado éste si el principio no hubiera sido recogido en el Tratado de Maastricht. Los hechos hablan de un mayor desarrollo del Derecho Social Comunitario en diez años que en los cuarenta anteriores, y no es éste un magro balance.

RESUMEN: El principio de subsidiariedad fue consagrado solemnemente en el Tratado de Maastricht, aunque contaba con precedentes remotos en el ordenamiento comunitario, inequívocos cuando menos a partir del Acta Única Europea de 1986. El art. 5 del Tratado de 1992 establece, en este sentido, que en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad interviene, conforme al principio de subsidiariedad, solo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, puedan lograrse mejor debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada a nivel comunitario. En materia social, todas las competencias parecen establecidas en régimen de concurrencia [Comunidad Europea-Estados miembros], aunque tal cuestión es polémica si referida a la libre circulación de los trabajadores y al Fondo Social Europeo. En todo caso es posible diferenciar una subsidiariedad vertical –que puede referirse en materia social a la libre circulación, a la igualdad de oportunidades, a la seguridad, salud y condiciones de trabajo, a la seguridad social y al empleo, campos en los que el principio de la subsidiariedad no ha encontrado una aplicación uniforme. Así, por ejemplo, en materia de empleo, las directrices aprobadas desde 1998 han incluido siempre una cláusula relativa al respeto del principio y competencias nacionales; en cambio, las sucesivas Recomendaciones del Consejo sobre la aplicación de las políticas de empleo de los Estados miembros no han contenido justificación alguna sobre el respeto del principio, aunque sí respecto de las competencias nacionales en la materia. Por su parte, la subsidiariedad horizontal se proyecta al campo del diálogo social y se ampara en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, cuando proclama que en virtud de tal principio las iniciativas que haya que tomar para la aplicación de estos Derechos Sociales corresponderá a los Estados miembros y a las entidades que los constituyen y, en el marco de sus competencias, son responsabilidad de la Comunidad Europea. Con ello, la Carta está reconociendo la especialidad del Derecho del Trabajo en lo que concierne a los sujetos legitimados para la producción normativa. De otro lado, es fácilmente constatable que los interlocutores sociales han hecho uso de esas facultades, reflejándose en las Directivas 96/34 (permiso parental), 97/87 (trabajo a tiempo parcial), 1999/63 (ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar), 1999/70 (trabajo de duración determinada) y 2000/79 (tiempo de vuelo en aviación civil).