

¿Lo colectivo en el mercado interior?

Collective dimensions in domestic markets?

JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO*

1. UNA DE LAS PIEZAS QUE FALTAN EN EL MOSAICO

Este trabajo no aspira a responder preguntas, sino, por el contrario, a hacer un rápido inventario de cuestiones abiertas. En cierta manera, supone el paso inicial de lo que merecería una investigación más detallada. Es, pues, un reconocimiento previo al diagnóstico completo que necesita el Mercado interior en su faceta social. Se va a intentar aquí plasmar los síntomas que muestra el paciente, pero sin adentrarse en las vías de su curación. En definitiva, se busca un estado de la cuestión que permita ordenar las ideas antes de acometer el estudio global.

De acuerdo con el cada día más remoto Informe Veil¹ de 1997, salvo contadas excepciones, existía ya en Europa un marco legislativo que garantizaba la libertad de circulación de las personas y la mayoría de los problemas con los que se encontraban las personas podrían resolverse sin necesidad de cambiar la

legislación². Trabajadores y empresarios contemplarían, pues, el territorio de los Estados miembros como un único ámbito de actuación de la mano de obra. Eso sí, únicamente podrían hacerlo en su aspecto individual.

El propósito de este trabajo es buscar cuál es en la actualidad la dimensión legislativa, documental y práctica del aspecto colectivo de las relaciones laborales en el mercado interior. Se pretende aquí recoger, por lo tanto, un estado de la cuestión, que reúna la situación actual de la normativa de la Unión, apuntando sus logros y sus parones; los puntos de vista de los protagonistas institucionales; y la realidad que ha surgido de la puesta en acción del acervo legislativo.

La evaluación de la extensión de esa presencia debe partir, por lo tanto, de la delimitación, un tanto obvia, de la categoría de «lo colec-

* Universidad de Santiago de Compostela.

¹ «Informe del grupo de alto nivel sobre la libre circulación de personas presidido por la Sra. Simone Veil», presentado a la Comisión el 18 de marzo de 1997. C4-0181/97.

² La Comunicación de la Comisión «La libre circulación de trabajadores – La plena realización de sus ventajas y sus posibilidades», menos optimista, reconocía que «la realidad es que siguen existiendo muchos obstáculos prácticos, administrativos y jurídicos que impiden a los ciudadanos de la Unión ejercer su libertad de circulación. También es obvio que estas dificultades impiden a los trabajadores y a los empresarios realizar plenamente las ventajas y las posibilidades de la movilidad geográfica». M. BONNECHÈRE, «La libre circulation des travailleurs dans l'Union européenne», *Droit Ouvrier*, 561, 1995, pp. 322-3 y 328 y ss, señala la situación de los demandantes de empleo como una de las principales lagunas.

tivo» en el marco de la Política Social. Tómese como andén de salida un apriorismo nacional: los elementos que se analizarán en pos de la dimensión colectiva del mercado, sin ninguna originalidad, son la identificación de la representación de los trabajadores, dentro o fuera de la empresa, la negociación y el conflicto colectivo. Pues bien, este punto de partida de Derecho nacional es necesario porque la terminología en la práctica comunitaria rehúye la etiqueta y la propia doctrina no es mucho más expresiva.

Recurriendo, en primer lugar, a la clasificación del *Repertorio de la legislación vigente*³, es fácil comprobar que dentro del apartado 05, «Libre circulación de trabajadores y política social», ninguno de los más de 20 (obsoletos, para qué negarlo) subapartados porta tal denominación. La algo más moderna *Síntesis de la legislación vigente de la Comisión Europea*⁴ incluye, por su parte, la categoría de «Diálogo social y participación de los trabajadores». En ella se integran «Diálogo social interprofesional, Diálogo social sectorial, Información, Consulta y participación de los trabajadores». En la terminología comunitaria, aquí se localizan una peculiar manifestación de la negociación colectiva y la representación de los trabajadores en la empresa. Más difícil resulta localizar otros aspectos de la negociación colectiva y cualquier mención al conflicto, que no obstante tienen presencia en el panorama de la Unión.

En todo caso, los tres elementos que articulan el Derecho colectivo están, todos ellos, presentes en el Derecho originario. El Tratado de Funcionamiento contiene menciones de naturaleza bien distinta a cada uno de ellos, como se expondrá a continuación, pero su simple presencia supone la base del argumento de que lo colectivo no es, en modo alguno, ajeno al diseño de la construcción europea. Podría alegarse que la notoria diferencia entre los sistemas nacionales de relaciones laborales haría especialmente difícil abordar esta cuestión. En una organización

internacional que ha sido capaz de crear una moneda que enterró al marco, al franco y a la peseta, tal excusa sólo puede mover a escarnio. La oportunidad política, y no el sustento jurídico, es la causa principal del escaso desarrollo que esta materia ha tenido. No parece existir, en definitiva, interés alguno en regular intensivamente esta materia, pasando por alto los evidentes beneficios que podría aportar al desarrollo del mercado laboral interior, que queda así, evocando a Brillat-Savarin, como una cena sin queso.

2. A PROPÓSITO DE LOS AGENTES SOCIALES EUROPEOS Y EL DIÁLOGO SOCIAL

La trayectoria histórica de los agentes sociales europeos ha sido ya excelentemente descrita por la doctrina, lo que hace innecesario insistir en dicho aspecto⁵. El propósito de este apartado es, en primer lugar, revisar su posición actual en el Derecho originario, poniendo una vez más de manifiesto los fallos que arrastra a la hora de regular su status y, especialmente, su representatividad. La segunda finalidad aquí perseguida no es ya tanto analizar los mecanismos de diálogo social en el Tratado de Funcionamiento y sus frutos, sino, por el contrario, poner en perspectiva histórica la pérdida de vigor de un mecanismo que despertó ilusiones en los años 90 y se ha transformado en poco más que una anécdota en la segunda década del siglo XXI.

2.1. Los agentes sociales europeos y su representatividad

El Tratado de Lisboa supuso una ocasión perdida para aclarar el panorama técnico del funcionamiento del diálogo social. En lugar de adentrarse en los problemas señalados por la doctrina y por sus propios protagonistas, la reforma de los textos originarios optó por la ti-

³ <http://eur-lex.europa.eu/browse/directories/legislation.html>

⁴ http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/index_es.htm

⁵ Por todos, M. BOGONI, *El espacio europeo para la negociación colectiva*. Bomarzo, 2015, pp. 79 y ss.

bia introducción de proclamaciones simbólicas. Quizás no es eso más que el reflejo del dicho ignaciano de no hacer reformas en tiempo de tribulaciones, aceptando que Lisboa no fue más que un compromiso de mínimos para evitar un fracaso similar al de la Constitución Europea

El gran hilo suelto en ese remedo es, sin duda, la determinación de los protagonistas, la absoluta informalidad que la caracteriza. El silencio del Tratado en este punto fue interpretado en su momento como un reconocimiento implícito de la capacidad negociadora de quienes habían sido hasta entonces los protagonistas del diálogo social⁶. La Comisión, mediante varias Comunicaciones, tanto sobre la aplicación del Protocolo sobre política social⁷ como propiamente sobre el desarrollo del diálogo social a escala comunitaria⁸, cubrió esa laguna mediante la elaboración de listas en las que se incluían a los interlocutores sociales que disfrutaban de suficiente «representatividad acumulada». En ellas se empleaban diferentes categorías como son las de «organizaciones interprofesionales de carácter general», «organizaciones interprofesionales que representan la determinadas categorías de trabajadores o de empresas» o también «organizaciones sectoriales no afiliadas al plan interprofesional». Aunque no se hace mención específica de eso, es de suponer que la base jurídica para esta selección es la referencia del art. 154 TFUE al deber de la Comisión de «adoptar todas las disposiciones necesarias para facilitar su diálogo, velando por que ambas partes reciban un apoyo equilibrado».

Este sistema de reconocimiento por la Comisión, sin una base clara en el Tratado, no puede considerarse como un fundamento sólido para el desarrollo de un diálogo social con el debido rigor⁹. No parece oportuno tras-

plantar sistemas nacionales, por la variedad de regulaciones existentes, que llega incluso a la ausencia de regulación en algunos casos. Es por este motivo que deben eliminarse las barreras mentales y apostar por crear un mecanismo genuinamente europeo de regulación de la representatividad a los efectos del diálogo social¹⁰. Puede objetarse que tal decisión, frente a la situación próxima a la anomia actual, chocaría con algunos de los ordenamientos nacionales, pero la respuesta a tal dificultad se fundamenta en la necesidad de la construcción de un sistema autónomo de relaciones laborales en la Unión Europea¹¹. Desde el momento en que se permite a los agentes sociales tomar parte en el procedimiento legislativo de la Unión, se imponen la necesidad de regular esta situación, que va más allá de una simple negociación de condiciones de trabajo.

Cabría, hipotéticamente, una regulación a través del Derecho originario, enriqueciendo los actuales contenidos de los arts. 154 y 155 TFUE, pero también mediante Derecho derivado. Ambas posibilidades presentan ventajas e inconvenientes y una articulación mixta parece el más apropiado. Sobre eso se basa la siguiente propuesta, inspirada parcialmente en el mecanismo del Fondo Social Europeo. Una futura reforma de los Tratados podría contener una atribución de competencia a las Instituciones de la Unión para regular esta cuestión, que esquivara la prohibición de actuar del art. 153.5 TFUE. La aprobación de criterios debería corresponder al Consejo y al Parlamento por el procedimiento legislativo originario, garantizando así la participación plena de este último en el proceso.

⁶ Vid. F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 1994, p. 138.

⁷ COM (93) 600 final de 14.12.1993.

⁸ Entre otras, COM (96) 448 final de 18.09.1996 y COM (98) 322 final de 20.05.1998.

⁹ Cfr. F. NAVARRO NIETO, «La negociación colectiva en el Derecho comunitario del trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 102, 2000, p. 400.

¹⁰ Cfr. S. SCIARRA, «Collective Agreements in the Hierarchy of European Community Sources», en VV.AA. (P. Davies et al., eds.), *European Community Labour Law. Principles and Perspectives. Liber Amicorum Lord Wedderburn*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 200.

¹¹ Cfr. J. APARICIO TOVAR, «¿Ha incluido el Tratado de Maastricht a la negociación colectiva entre las fuentes del Derecho comunitario?», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 68, 1994, p. 935.

La vía de Derecho derivado más apropiada para eso sería el reglamento o la decisión, que deberían ser revisadas periódicamente, pero sin excesiva frecuencia. De esta forma se garantizaría la seguridad jurídica, la publicidad y la uniformidad de la representatividad, pero también la flexibilidad necesaria para adaptarse a las cambiantes circunstancias del mercado interior o responder a situaciones específicas. La concreta aplicación de dichos criterios debería ser llevada a cabo por la Comisión, ahora con mayor habitualidad, mediante un instrumento susceptible de control jurisdiccional por parte del Tribunal. Con esta propuesta, admitiendo de antemano que puede ser considerado como excesivamente intervencionista por algunos Estados, se salvaría la laguna actualmente existente y se culminaría la juridificación e institucionalización del diálogo social en la Unión Europea.

2.2. El diálogo social europeo: el ocaso de una esperanza

Las directivas negociadas, ¿qué se hicieron? ¿Qué fue de tanto galán, qué fue de tanta invención como trajeron? En la década de los años 90, este mecanismo, que engendró la construcción teórica de la subsidiariedad horizontal¹², hoy por completo olvidada, pareció atesorar todas las esperanzas del surgimiento de un modelo social europeo negociado.

El elenco de los primeros años de puesta en práctica fue verdaderamente apreciable, especialmente en lo cualitativo. Las Directivas 96/34/CE, 97/81/CE y 1999/70/CE pusieron de manifiesto la capacidad de los agentes sociales europeos de abordar materias de contenido sensible. Basta con pensar en la inmensa corriente jurisprudencial que las tres han

generado para darse cuenta de que su efecto útil ha ido mucho más allá de lo que, posiblemente, sus autores concibieron. La revisión en 2010 de la primera de ellas fue celebrada por los interlocutores como una piedra miliar del diálogo social europeo¹³, pero en realidad fue el último estertor de un cadáver.

Un ejemplo señero de esta situación fue la Directiva 2008/104/CE, sobre empresas de trabajo temporal. Tuvo que ser aprobada a través del procedimiento legislativo ordinario, tras el fracaso de las negociaciones¹⁴, que se habían iniciado casi contemporáneamente a las que condujeron a las directivas sobre contratos atípicos. En 2011, tras el desacuerdo entre Consejo, Comisión y Parlamento simbolizado en las «65 horas», los agentes sociales iniciaron sus propias negociaciones con vistas a reformar la directiva sobre tiempo de trabajo. En diciembre de 2012, tras un año de conversaciones, éstas se cerraron con fracaso, entre reproches mutuos de las dos partes¹⁵. Y desde entonces nada se ha vuelto a hacer.

Junto a este diálogo legislativo general, surgió casi inmediatamente una actividad de marcado carácter sectorial a propósito del tiempo de trabajo. Aquí se cuentan Directivas cuya difusión es más limitada: la Directiva 1999/63/CE¹⁶, la Directiva 2000/79/CE¹⁷, la

¹³ <https://www.etuc.org/press/european-social-partners%E2%80%99-revised-agreement-parental-leave-one-extra-month-parental-leave#.Vfkv7ZfqW2M>. [última consulta 29 de septiembre de 2015].

¹⁴ Con más detalle, L. GORDO GONZÁLEZ, «La adecuación del derecho español a la Directiva 2008/104 ce, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal», *Revista de Derecho Social*, 54, 2011, pp. 136-7.

¹⁵ Por parte empresarial, http://www.ueapme.com/IMG/pdf/2012-12-14_Final_Press_release_EU_Employers_WTD.pdf; por parte sindical, <https://www.etuc.org/press/working-time-negotiations-we-note-regret-employers-proposals-are-very-unbalanced> [última consulta 29 de septiembre de 2015].

¹⁶ Relativa al Acuerdo sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar suscrito por la Asociación de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación de Sindicatos del Transporte de la Unión Europea (FST).

¹⁷ Relativa a la aplicación del Acuerdo europeo sobre la ordenación del tiempo de trabajo del personal de vuelo en la aviación civil celebrado por la Association of European Airlines (AEA), la European Transport Workers' Federation (ETF), la

¹² El origen en M. E. CASAS BAAMONDE, «Doble principio de subsidiariedad y competencias comunitarias en el ámbito social», *Relaciones Laborales*, 8, 1993, 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 sociali comunitarie», VV.AA. (A. BAYLOS GRAU et al., eds.), *Dizionario di Diritto del Lavoro Comunitario*, Monduzzi, 1996 p. 259 coincide en la denominación.

Directiva 2005/47/CE¹⁸ y, más recientemente tras un periodo de silencio, la Directiva 2014/112/UE¹⁹.

En la modalidad autónoma, el Acuerdo marco sobre el teletrabajo de 2002, en palabras de la Comisaria Diamantopoulou, anunciaba «la llegada de una era de diálogo social europeo»²⁰. Le siguieron el acuerdo sobre stress en el trabajo de 2004 y el referido al acoso de 2007. Y de nuevo el vigor se extinguió, dejando a paso a un diálogo sectorial de dimensiones menos ambiciosas, que ha fructificado en lo que después se analizará bajo la denominación de negociación colectiva transnacional.

En este escenario, el documento de obligada referencia es el «Programa de trabajo 2015-2017 de los agentes sociales europeos»²¹. En él se señala como una de las prioridades «negociar un acuerdo marco autónomo sobre el envejecimiento activo con un enfoque intergeneracional». No hay mención alguna a la negociación de un acuerdo heterónimo y quizá sea más relevante el punto 8 de dicho Programa, donde los agentes sociales plantean la necesidad de mejorar el común entendimiento de las herramientas existentes de diálogo social. Es, en buena medida, el reconocimiento del propio fracaso para sacar partido de los mecanismos puestos a su disposición.

European Cockpit Association (ECA), la European Regions Airline Association (ERA) y la International Air Carrier Association (IACA).

¹⁸ Relativa al acuerdo entre la Comunidad de Ferrocarriles Europeos (CER) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (EFT) sobre determinados aspectos de las condiciones de trabajo de los trabajadores móviles que realizan servicios de interoperabilidad transfronteriza en el sector ferroviario.

¹⁹ Por la que se aplica el Acuerdo europeo sobre determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo en el transporte de navegación interior celebrado por la Unión Europea de Navegación Fluvial (EBU), la Organización Europea de Patrones de Barco (ESO) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (ETF).

²⁰ Comunicado de prensa IP/02/1057

²¹ https://www.etuc.org/sites/www.etuc.org/files/press-release/files/brochure_wp-business_europe_6.pdf [consultado por última vez el 16 de septiembre de 2015]

3. LA REPRESENTACIÓN EN LAS EMPRESAS EUROPEAS Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA TRANSNACIONAL

3.1. La representación más allá de las fronteras nacionales: normativa y realidad

Las Directivas 94/45/CE (posteriormente sustituida por la Directiva 2009/38/CE), 2001/83/CE y 2003/72/CE representaron un esfuerzo creador en el ámbito del Derecho social de la UE de difícil parangón. Ciertamente, el mérito de dicha normativa no reside en un amplio ámbito de alcance, por estar destinada a un elevado número de destinatarios. Antes bien, como luego se verá, utilizando ese baremo todo este capítulo del acervo social comunitario roza el fracaso. Su gran virtud reside en la sustancia de lo legislado. Fue la demostración de que era posible concebir y aprobar soluciones europeas para problemas transnacionales, abrir ventanas de expectativas.

En efecto, lo abordado en estas directivas no era una simple cuestión de armonización de figuras nacionales existentes²², que habría resultado imposible por la misma naturaleza de lo regulado. Ninguna legislación nacional podía abordar las situaciones que reflejan, por la misma naturaleza del poder estatal. Las cuestiones transnacionales escapan a su alcance, salvo que se conviertan en puro imperialismo jurídico. De ahí que se optara por una fórmula flexible donde pudieran tener encaje en una marco europeo las instituciones

²² Sobre sus distintas finalidades, el agudo juicio de M. CORTI, *La partecipazione dei lavoratori. La cornice europea e l'esperienza comparata*, Vita e Pensiero, 2012, Milán, p. 96: «Soltanto la dir. CAE [Comité de Empresa Europeo] appare come attuazione dell'art.27 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE; essa, in particolare, mira a garantire il coinvolgimento dei lavoratori ai livelli appropriati, e cioè su scala europea, quando questa sia la dimensione nella quale opera l'impresa o gruppo. Le altre direttive perseguono, invece, primariamente l'obiettivo di favorire la ristrutturazione transnazionale dei fattori produttivi, rimuovendo gli ostacoli giuridici frapposti dalle differenti tradizioni nazionali di diritto societario».

existentes, sin forzar en exceso la tradicional autonomía nacional en este campo.

La creación del Comité de Empresa Europeo fue considerada como «uno de los logros más relevantes de la política social europea, en tanto ha conseguido acercarse a la realidad del momento en materia de participación, contenidos e incluso en el propio significado de la actuación comunitaria, incardinándose dentro de un modelo participativo de información y consulta, y buscando el equilibrio entre la acción sindical reivindicativa y la de colaboración en las decisiones de gestión económica y social»²³. El hecho de que fuera la primera directiva aprobada bajo la vigencia del Protocolo es una prueba evidente del interés que algunos Estados otorgaban a este apartado del acervo social comunitario²⁴. No debe olvidarse, en todo caso, que esta directiva fue promulgada por la Comisión ante el fracaso de los interlocutores sociales para llegar a un acuerdo²⁵.

La puesta en práctica, no obstante, distaba de conseguir los objetivos potenciales. En el año 2001, según datos manejados por el

Parlamento Europeo²⁶, estaban constituidos en torno a 650 comités de empresa europeos de los 1800 potenciales²⁷. Estos malos datos se veían agravados por el hecho de que el 85% de los comités existentes únicamente se reunían una vez al año, impidiendo el desarrollo de una cultura de asociación entre empresarios y trabajadores, objetivo de la directiva.

El deseo de mejorar el funcionamiento de la directiva condujo a su reforma en 2009, si bien la acogida doctrinal no fue entusiasta²⁸. Con datos de junio de 2015²⁹, habían sido creados en total 1359 Comités de empresa europeos, pero sólo 1077 de ellos seguían activos, tras diversas fusiones o disoluciones. En lo cualitativo, el detallado informe de Eurofound³⁰ no llamaba al optimismo. Las mejoras detectadas en los Comités existentes parecían responder más a su propia experiencia que al marco normativo.

²³ H. ÁLVAREZ CUESTA, «El Comité de Empresa Europeo como instrumento de participación de los trabajadores a nivel supranacional», *Pecunia*, 7, 2008, p. 27.

²⁴ Cfr. F. VALDÉS DAL-RÉ, «La participación de los trabajadores en la Sociedad Europea: treinta años después», *Relaciones Laborales*, I, 2003, p. 87: «Enjuiciada desde una perspectiva histórica, la mencionada Directiva viene a introducir unos cambios de significativa relevancia en el tratamiento hasta entonces dominante en las propuestas comunitarias sobre participación de los trabajadores en entidades de carácter transnacional».

²⁵ Cfr. la valoración de M. BIAGI, «La direttiva CAE dopo sei anni: il successo di un nuovo modello?», *Diritto delle Relazioni Industriali*, 10, 4, 2000, p. 507: «La direttiva (...) nasce in realtà da un insuccesso. Le parti sociali a livello comunitario non riuscirono a raggiungere un'intesa su questo punto, deludendo le attese di quanti speravano che il nuovo capitolo sociale concordato a Maastricht desse subito qualche frutto concreto. Eppure il loro negoziato non fu inutile: tanti elementi e materiali furono valorizzati dalla proposta della Commissione che non incontrò troppe resistenze presso il Consiglio ed il Parlamento. Un episodio da non dimenticare: meglio un non-accordo che consegnari alla Commissione utili indicazioni, un semi-lavorato da finalizzare sul piano legislativo, che un accordo annacquato, povero di indicazioni, consegnato alla Commissione ed al Consiglio perché ne prendano atto».

²⁶ Resolución del Parlamento Europeo sobre el informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativo a la situación de la aplicación de la Directiva sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, DOCE C 072 E, 21.03.2002.

²⁷ Cfr. LORD WEDDERBURN, «Consultation and Collective Bargaining in Europe: Success or Ideology?», *Industrial Law Journal*, 3, 1997, pp. 21 y ss., para una enumeración de los primeros puestos en marcha.

²⁸ R. GÓMEZ GORDILLO, «La reforma de la ley sobre derechos de información y consulta en las empresas y grupos de dimensión comunitaria ¿un impulso para los comités de empresa europeos?», *Temas Laborales*, 111, 2011, p. 88: «la reforma se ha concentrado en aspectos necesarios pero insuficientes. Incrementar el número de comités de empresa europeos, reducir la inseguridad jurídica provocada por la ambigüedad de algunas definiciones, mejorar la articulación de los instrumentos legislativos comunitarios en materia de información y consulta constituyen objetivos de interés, que en el mejor de los casos contribuirán a incrementar la eficacia de la norma, pero resultan remedios inadecuados para satisfacer las necesidades de información y consulta de las representaciones de los trabajadores en el presente contexto económico y, por tanto, difícilmente útiles para mejorar la competitividad de las empresas europeas. Es por ello que no podemos coincidir con el legislador cuando califica la reforma operada como sustancial».

²⁹ http://www.ewcdb.eu/statistics_graphs.php [consultado por última vez el 16 de septiembre de 2015]

³⁰ http://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1511en.pdf [consultado por última vez el 16 de septiembre de 2015]

No obstante, señalaba el informe, podían detectarse buenas prácticas en este contexto que no debían ser pasadas por alto³¹.

Por su parte, el magro balance de las Directivas 2001/83/CE y 2003/72/CE no se debe tanto a ellas como al escaso éxito de las formas societarias a las que hacen referencias. Concebidas como complemento indispensable de la Sociedad Europea y de la Sociedad Cooperativa Europea, estas normas fueron traspuestas a los ordenamientos nacionales con bochornoso retraso en la mayoría de los Estados, para caer casi en el olvido acto seguido. Parafraseando a Baltasar Gracián, triste directiva aquella que no ha sido objeto de cuestión prejudicial, pues no tiene ni talento que haga sombra, ni valor que le teman, ni honra que le murmuren, ni bienes que le codicien, ni cosa buena que le envidien.

Los números pueden llamar a engaño. De acuerdo con la exhaustiva base de datos del European Trade Union Institute³², a 14 de septiembre de 2015 existían, sobre el papel, 2420 Sociedades Europeas. Desde las 7 existentes en 2004, puede parecer una cifra asombrosa, pero de ellas sólo un séptimo, ni siquiera 400, puede ser considerado como una verdadera SE por el número de empleados y sus actividades³³. El hecho de que el 70% de

las registradas se encuentre en la República Checa ya debería mover al escepticismo, con el debido respeto al carácter emprendedor de las gentes de Bohemia y Moravia. La verdadera realidad de la Sociedad Europea se encuentra en las alrededor de 300 SEs que operan verdaderamente en el Mercado interior³⁴: gigantes alemanes como Allianz, Telefunken, Basf, Springer o Porsche renunciando a su tradicional forma societaria germánica para gozar de una mayor capacidad de operación. Resulta difícil resistirse a señalar que entre las escasas SE que operan con base en Francia se encuentran Christian Dior y LVMH Moët Hennessy Louis Vuitton.

Sobre la Sociedad Cooperativa Europea cae un velo de tinieblas incluso mayor. Desde el estudio encargado por la Comisión y publicado en 2010³⁵, la cuestión no ha vuelto a abordarse de forma exhaustiva. Únicamente fueron localizadas entonces 17 SCEs y nada hace pensar que su número haya crecido en los últimos tiempos.

3.2. La negociación colectiva «en el vacío»: actores e instrumentos

El paso del tiempo ha traído consigo la distinción final, al menos en el plano teórico,

³¹ «The overall conclusion that can be drawn from this is that the efforts made by management and employee representatives to further develop their EWCs can benefit both the company as well as its employees. Clearly, the practices presented in the EWC case studies in this report are examples of innovative industrial relations practices based on win-win situations». [consultado por última vez el 16 de septiembre de 2015]

³² <https://www.etui.org/Services/European-Company-SE-Database> [consultado por última vez el 16 de septiembre de 2015]

³³ «However, this rather impressive total should not blind observers to the fact that many SEs do not conform to the standard definition, for they are partly SEs without or with very few employees ("empty/micro SEs") and/or partly even without a specific business purpose. Less than one-seventh of the SEs today have been identified by the ECDB as having more than five employees ("normal SEs"). In practice, however, the number of "normal SEs" is likely to be significantly higher as a consequence of the persisting gap in employment information

caused by the insufficient publication rules in the SE legislation». [consultado por última vez el 16 de septiembre de 2015]

³⁴ «By 21 March 2014, only 289 SEs (14 per cent) had been identified by the ECDB as "normal SEs" in the sense that they are known to have both business activities and more than 5 employees. Germany is home to almost half of the identified normal SEs (138), followed by the Czech Republic (66), France (13) and the Netherlands (13). But especially in the Czech Republic, the number of normal SEs is likely now to be significantly higher as a result of the evolution of originally employee-free SEs. Most Czech SEs are set up as employee-free shelf companies by specialised providers. Later on, the shelf SEs are sold to customers that wish to establish businesses quickly. As often little is known about the further development of the workforce after sale they have to be classified in the database as so-called "UFO SEs"». [consultado por última vez el 16 de septiembre de 2015]

³⁵ http://www.euricse.eu/wp-content/uploads/2015/03/1287749339_n1334.pdf [consultado por última vez el 16 de septiembre de 2015]

entre diálogo social y negociación colectiva en el plano europeo³⁶. Las dos nociones se entremezclaban en el pasado, quizás en un esfuerzo bien intencionado de la doctrina por identificar el rasgo característico del Derecho del Trabajo en el escenario de la entonces Comunidad Europea³⁷. Entrados ya en el siglo XXI, la primera expresión debería ser reservada para el proceso negocial previo o alternativo a la elaboración de normativa de la Unión. La segunda, en cambio, debería utilizarse para caracterizar a la elaboración de acuerdos que impliquen compromisos recíprocos cuyo ámbito de aplicación se extienda al territorio de varios Estados miembros, que hayan sido concluidos por representantes de los trabajadores y de empresas o de grupos de empresarios, y que se ocupen de condiciones de trabajo y empleo y/o de las relaciones entre los empleadores y los trabajadores o sus representantes³⁸.

Hoy en día, puede afirmarse sin temor a error que la negociación colectiva transnacional existe en el seno de la Unión Europea; no en su ordenamiento jurídico, pero sí en la realidad de su sistema de relaciones laborales. Las especulaciones teóricas sobre esta situación vienen ya de muy antiguo y el Tratado de Maastricht alimentó claramente las posibilidades de su realización³⁹. No obstante, fue un desarrollo lento, desprovisto de cualquier iniciativa legislativa al respecto y que surgió

por sí mismo, respondiendo a una necesidad espontánea detectada por las propias partes implicadas.

De acuerdo con los documentos más recientes de la Comisión⁴⁰, existen 282 textos que pueden ser catalogados como «acuerdos colectivos transnacionales de empresa». Más allá del obvio interés de las materias acordadas, resulta de especial importancia la determinación de los sujetos negociadores. Se observa una presencia muy potente del Comité de Empresa Europeo, hasta 105 casos. Piénsese que esta función de agente negociador desborda las competencias con las que fue concebido el órgano en la Directiva y que es una evolución natural de su posición en el sistema de relaciones laborales europeo. Es lo más parecido a un interlocutor supranacional que una empresa puede encontrar. De ahí que deba apostarse por la potenciación de su papel, si se quiere, de verdad, crear esa dinámica negocial europea. Hay que resaltar también la importancia de las federaciones sindicales globales, superior a las europeas. El hecho de que numerosos acuerdos tengan una dimensión mundial es la explicación más lógica para esta situación. Las empresas que se embarcan en procesos de este tipo son verdaderas multinacionales, cuyo ámbito de actuación supera, con creces, la Unión Europea. Basta con señalar el ejemplo de los acuerdos suscritos por compañías con sede en España: Telefónica, Banco Santander, Sacyr, Dragados, Inditex, Acciona, Meliá, Ferrovial, FCC, OHL, Endesa...

El dilema que se plantea, en definitiva, es si dejar que la anomia continúe imperando o intentar abordar una propuesta europea de regulación. La Comisión Europea ha encargado sucesivos informes sobre esta cuestión. Retomando la síntesis final de propuestas del publicado en 2011⁴¹, caben varias posibilidades si se decide intervenir en el plano europeo.

³⁶ El mejor análisis en M. BOGONI, *El espacio europeo para la negociación colectiva*, cit., pp. 145 y ss.

³⁷ Una lista de bibliografía que pusiera de manifiesto esta afirmación ocuparía, por sí misma, una extensión equivalente a la de este trabajo y estaría encabezada, a modo de acto de contrición, por el propio autor.

³⁸ Tal es la definición de trabajo que utilizó la Comisión Europea en sus documentos de trabajo SEC (2008) 2155 y SEC (2012) 264.

³⁹ Cfr. J. APARICIO TOVAR, «¿Ha incluido el Tratado de Maastricht a la negociación colectiva entre las fuentes del Derecho comunitario?», cit., p. 917: «La libre circulación de trabajadores en el Mercado Único Europeo tendría que traer como consecuencia, entre otras muchas cosas, el reconocimiento en ese ámbito de la autonomía colectiva de las partes sociales que diese lugar a un frondoso desarrollo de la contratación colectiva. Un razonamiento de este tipo no podría ser acusado de irracional o carente de lógica».

⁴⁰ <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=978&langId=en> [consultado por última vez el 16 de septiembre de 2015]

⁴¹ R. RODRÍGUEZ (coord.), K. AHLBERG, T. DAVULIS, L. FULTON, T. GYULAVARI, P. HUMBLET, T. JASPERS, J.M. MIRANDA, F. MARHOLD,

La primera de ellas implicaría otorgar efectos legales uniformes a este tipo de acuerdos, a través de una intervención de la Unión. Ésta podría llevarse a cabo bien a través de una directiva que reconocería ese valor a los acuerdos de los tipos recogidos en su articulado; o bien estableciendo un marco legal optativo con el mismo objetivo, alterando menos la soberanía estatal en esta cuestión, de forma tal que se articularían los sistemas nacionales de negociación colectiva, extendiendo sus efectos más allá de las fronteras. La segunda posibilidad considerada consistía en otorgar efectos legales a este tipo de acuerdos por la voluntad de las partes. En esta hipótesis, más restrictiva, la intervención de la Unión se limitaría a la creación de una normativa marco de tipo procedimental. Por último, la tercera opción, la menos intervencionista, apuntaría a otorgar a los acuerdos transnacionales la misma eficacia de la que gozan en los respectivos países, ya fuera a través del mandato representativo o de la adhesión.

La reacción posterior de la Comisión en 2012 fue más prudente. En su documento de trabajo de 2012⁴², reconocía que los acuerdos transnacionales requerían «atención» (que no acción) política. Sus conclusiones, no obstante, eran vagas e insistían en el papel preeminente que debe desempeñar el diálogo social. Lanzaba más preguntas que respuestas y esbozaba un tímido compromiso de apoyo a las acciones que los protagonistas tomaran. Pero no había en todo el documento un compromiso serio con la elaboración de una normativa de la Unión Europea que construyera un marco legislativo claro.

El tema sigue abierto, obviamente. El hecho de que la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, en

F. VALDÉS, *Study on the characteristics and legal effects of agreements between companies and workers' representatives*, Study for the European Commission (DG Employment, Social Affairs Et Inclusion)

⁴² SWD (2012) 264 final de 10.09.2012, «Transnational company agreements: realising the potential of social dialogue»

2015, haya seleccionado los convenios colectivos transnacionales como una de las líneas de investigación que pretende impulsar en los próximos años no hace sino poner de manifiesto la actualidad y vigencia que esta cuestión va a tener en el futuro.

4. EL CONFLICTO COLECTIVO EUROPEO Y SUS VÍAS DE SOLUCIÓN

El punto de vista ortodoxo a propósito de la huelga y el Derecho de la Unión Europea es tan conocido que resulta casi superfluo recordarlo: en virtud del art. 153.5 TFUE, la Unión Europea carece de competencias en materia de huelga. No obstante, existe otra forma de entender el art. 153.5 TFUE y no puede ser exhibida como excesivamente novedosa.

4.1. La regulación del derecho de huelga en la Unión Europea: el enfoque heterodoxo

El debate desde el punto de vista de la competencia de la Unión en materia de huelga ha de centrarse en el hipotético recurso a otras bases jurídicas para elaborar normativa supranacional vinculante sobre estas materias. Lo único claro es que no existe un consenso doctrinal sobre la posible utilización de las bases genéricas para elaborar, acuerdo político mediante, actos típicos con este contenido. Como muestra de estos argumentos disidentes, se han manejado argumentos basados en la literalidad del art. 153.5 TFUE⁴³ y en la

⁴³ Por todos, cuando la numeración era 137.6 TCE, cfr. P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union Européenne*, LGDJ, París, 2002, p. 54: «Il ne faut voir dans ces exclusions qu'un principe traduisant une volonté politique. Il n'empêche que le réservoir de compétence potentielle de la Communauté que ménagent les dispositions de l'article 100, celles de l'article 235, voire encore celles de l'article 100 A, est très largement ouvert (...). Si nécessité il y a, il peut être passé outre aux exclusions proclamées. Bien entendu, les principes de subsidiarité-proportionnalité s'exorimeront alors avec la plus grande force».

necesidad de interpretar restrictivamente las excepciones contenidas en el Tratado en defensa de esta posibilidad⁴⁴.

A grandes rasgos, pueden distinguirse dos clases de bases jurídicas: las específicas o concretas⁴⁵ y las genéricas. Con éstas, se hace referencia a preceptos cuyo campo de aplicación viene definido de una forma más laxa, dando cabida a múltiples medidas que pueden tener poco en común y que son de aplicación a falta de una base específica, vinculado siempre su ejercicio, eso sí, a la consecución del fin marcado en el Tratado⁴⁶. Este tipo de bases jurídicas genéricas no está exento de polémica⁴⁷, y tres son los artículos del Tratado de Funcionamiento, en lo que a este trabajo concierne, que responden a esa caracterización difusa: 114, 115 y 352 TFUE (los antiguos arts. 100 A, 100 y 235 TCEE; y 95, 94 y 308 TCE, sucesivamente). El art. 114 TFUE debe ser dejado de lado. La prohibición de su segundo apartado de regular los derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena es una barrera infranqueable a la hora de elaborar legislación social. El precedente de no haber sido utilizado jamás para esta materia es definitivo.

El art. 115 TFUE establece, por su parte, que «sin perjuicio del art. 114, el Consejo adoptará por unanimidad con arreglo a un procedi-

⁴⁴ Cfr. R. BLANPAIN, *European Labour Law*, 8ª edición, Kluwer, La Haya, 2002, p. 127: «In the light of the fact that the Chapter on Social Provisions aims at the construction of a social Europe, Article 137 (6) TEC must be seen as an exception to the general rule and has thus to be interpreted restrictively».

⁴⁵ Vid. J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *El sistema de competencias de la Comunidad Europea*, MacGraw Hill, Madrid, 1997, p. 147.

⁴⁶ Sentencia de 05.10.2000, *Alemania contra Parlamento y Consejo*, asunto C-376/98, Rec.2000, p.I-2247, a propósito del art. 95 TCE: «Interpretar este artículo en el sentido de que atribuye al legislador comunitario una competencia general para regular el mercado interior sería no sólo contrario al propio tenor literal de las disposiciones antes citadas, sino también incompatible con el principio establecido en el artículo 3 B del Tratado CE (actualmente artículo 5 CE), según el cual las competencias de la Comunidad son competencias de atribución».

⁴⁷ En síntesis, cfr. L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ, *El reparto de competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 51-4.

miento legislativo especial y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado interior». Básicamente éste era el texto de 1957 en tanto que art. 100 TCEE, puesto que no ha conocido más que ajustes de procedimiento que reflejan los cambiantes equilibrios institucionales. La incidencia en el mercado común a la que se refería la primera versión amparó en un tiempo un muy considerable número de directivas sobre los temas más variados, entre los que se contó, efectivamente, la materia social⁴⁸. Con esta base jurídica se aprobaron, entre otras, las directivas sobre igualdad salarial entre hombres y mujeres, despidos colectivos, transmisión de empresas o garantía de los trabajadores en caso de insolvencia empresarial. Este balance es buena prueba de que el precepto es una herramienta muy poderosa para la construcción de la Europa social.

En tercer lugar, ha de hacerse mención al instrumento *finalista* por excelencia, el art. 352 TFUE (inicialmente 235 TCEE y posteriormente 308 TCE). Hoy en día, tras la reforma del Tratado de Lisboa, reza que «cuando se considere necesaria una acción de la Unión en el ámbito de las políticas definidas en los Tratados para alcanzar uno de los objetivos fijados por éstos, sin que se hayan previsto en ellos los poderes de actuación necesarios a tal efecto, el Consejo adoptará las disposiciones adecuadas por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo. Cuando el Consejo adopte dichas disposiciones con arreglo a un procedimiento legislativo especial, se pronunciará también por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Euro-

⁴⁸ Con amplitud, vid. las notas de U. DRAETTA, en el Comentario del TCEE dirigido por R. QUADRI *et al.*, Giuffrè, Milán, 1965, pp. 784 y ss., y de R. KOVAR, en el Comentario del TCEE dirigido por V. Constantinesco *et al.*, *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Economica, París, 1992, pp. 549 y ss.

peo». Muy interesante es el nuevo apartado 3. Éste establece que «las medidas basadas en el presente artículo no podrán conllevar armonización alguna de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros cuando los Tratados excluyan dicha armonización». La conexión con el art. 153.5 TFUE es obvia y se volverá sobre ella posteriormente.

Las condiciones de aplicación del artículo 352 TFUE, que siguen siendo las mismas que para el art. 235 TCEE, se desprenden de su propia formulación: la acción debe ser necesaria, ha de estar orientada a la consecución de los fines del Tratado y los poderes de acción precisos no deben haber sido previstos en el texto. La interpretación que de ellas se ha hecho a partir de los años 70 ha sido más flexible⁴⁹, permitiendo un recurso frecuente a este mecanismo, a partir de la Cumbre de Jefes de Estado y Gobierno de París de 1972, en la que se decidió «utilizar tan ampliamente como sea posible todas las disposiciones del Tratado, incluido el artículo 235» para profundizar en la integración europea. El procedimiento para la adopción de estas medidas sigue exigiendo unanimidad en el Consejo, a propuesta de la Comisión y ahora además con el consentimiento del Parlamento Europeo.

La condición «finalista» remitía claramente en su inicio a los arts. 2 y 3 TCEE, a los que vino a añadirse la idea de cohesión económica y social⁵⁰, y también cualquier objetivo citado de forma específica en otra parte del Tratado⁵¹, con lo que se aligeró de forma notable este requisito. La inclusión en el actual Tratado de la Unión Europea de un amplio catálogo de fines, que va más allá del elenco inicial, amplía notablemente las posibilidades.

La ausencia de poderes también presenta numerosos matices. El Consejo puede decidir que los previstos en el Tratado son inadecuados, ya por ser inaplicables temporalmente o insuficientes para conseguir los objetivos deseados. En este caso también se consideraría acertado el recurso al art. 352 TFUE en busca de una base jurídica más apropiada⁵², como complemento para fundamentar la competencia de la que se derivan todas las medidas que se van a adoptar⁵³. Por último, queda el requisito de la necesidad de la acción. Debe ser valorada no únicamente desde una perspectiva jurídica, sino atendiendo también a factores económicos, técnicos, políticos o de variada naturaleza⁵⁴, por lo que la capacidad de decisión de la Comisión, que actúa como promotora, es muy alta.

Como ya se ha señalado, la conexión con el art. 153.5 TFUE es obvia y no tendría sentido emplear esta base para armonizar las legislaciones nacionales en materia de huelga. Y es que la prohibición es de armonización, estrictamente. Paradójicamente, el precepto prohíbe lo menos, pero no lo más: habla de «disposiciones necesarias», no de Directivas como el art. 115 TFUE. El art. 352 TFUE podría servir, entonces, como base para uniformar la normativa en materia de huelga, siempre que se consiguiera vincular con alguna de las finalidades recogidas en los Tratados. Piénsese simplemente en el alcance que podría extraerse de la proclamación en el art. 3.3 TUE de la «economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social». Un modelo democrático de relaciones laborales, obvio corolario del pro-

⁴⁹ El Consejo, interpelado por un Miembro del Parlamento Europeo en 1982, afirmó que no cabe una lectura abstracta y general de este artículo, sino que debe atenderse al caso concreto. *Vid.* el comentario del antiguo artículo 235 TCEE de C. FLAESH MOUGIN, en el Comentario del TCEE dirigido por V. Constantinesco *et al.*, cit., pp. 1510-1.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 1512.

⁵¹ *Vid.* A. TOTH, *Oxford Encyclopaedia of European Community Law*, Clarendon Press, Oxford, 1990, p. 500.

⁵² Cfr. G. ARRIGO, «Politiche sociali comunitarie», en VV.AA. (A. Baylos Grau *et al.*, eds.), *Dizionario di Diritto del Lavoro Comunitario*, Monduzzi, Bologna, 1996, p. 234: «Il solo limite invalicabile è costituito dalla natura socioeconomica dell'azione, corrispondente del resto allo scopo generale della Comunità: non è quindi consentito il ricorso all'articolo 235 per un'azione diretta a scopi meramente culturali o di difesa».

⁵³ *Vid.* el comentario del antiguo artículo 235 TCEE de C. FLAESH MOUGIN, en el Comentario del TCEE dirigido por V. CONSTANTINESCO *et al.*, cit., p. 1511.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 1512.

greso social más allá de fantasías totalitarias, ha de contener por fuerza el reconocimiento del derecho de huelga.

Es evidente que la posibilidad aquí considerada roza la *lege ferenda* – ficción. Sólo un Isaac Asimov del Derecho de la Unión Europea podría concebir un reglamento de la Unión Europea que unificara los Derechos nacionales en materia de huelga. ¿Pero qué sucede si ese Reglamento se coloca en la posición «creadora» que han tenido los Reglamentos de Seguridad Social? ¿Quién si no la Unión Europea puede crear, *ex nihilo*, una normativa sobre una materia que escapa a la competencia nacional como es el conflicto colectivo transnacional? Los Estados, por su misma configuración en la sociedad internacional, ven decaer sus competencias al llegar a sus propias fronteras. El fenómeno transnacional escapa a sus poderes y sólo la Unión puede llenar ese hueco.

La base jurídica flexible del art. 115 TFUE fue en un tiempo el arsenal de la Europa Social. Sólo permite aprobar Directivas, ciertamente, que contribuyan al mejor funcionamiento del mercado interior. Y la libre circulación de trabajadores es, obviamente, un elemento esencial del mercado interior. Los derechos colectivos de esos trabajadores deberían formar parte, entonces, de la regulación del mercado interior. La cuestión es si esa regulación podría ser nacional o supranacional. La Historia demuestra que con el art. 100 TCEE se aproximaron legislaciones internas, pero el sentido común apunta a que sólo una regulación supranacional sería viable políticamente.

En definitiva, puede afirmarse que existen en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea bases jurídicas suficientes para la elaboración de una normativa europea sobre el ejercicio del derecho de huelga en su dimensión transnacional. La prohibición del art. 153.5 TFUE ha de ser entendida como una limitación de la capacidad de armonizar las legislaciones nacionales en la materia, pero no se ha de ir más allá. Por lo tanto, se puede. ¿Se quiere?

4.2. ¿Qué fue de Monti II?

Pocos nonatos han dado lugar a tal efusión de literatura, y tan poco optimista⁵⁵, como el proyecto de Reglamento del Consejo sobre el ejercicio del derecho a llevar a cabo acciones colectivas en el contexto de la libertad de establecimiento y la libertad de prestación de servicios, más conocido como Monti II⁵⁶. Como es sabido, la Comisión Europea encargó al antiguo comisario de Competencia, Mario Monti la elaboración de un Informe titulado «Una nueva estrategia para el mercado único», que fue presentado, simbólicamente, el 9 de mayo de 2010.

Su recomendación pasaba por la conciliación de los derechos colectivos con las libertades económicas, tomando como modelo el Reglamento de 1998, elaborado durante su etapa en la Comisión. En el nuevo texto se contendrían la fórmula mágica de equilibrio y un sistema de alerta temprana entre Estados. La melodía estaba, pues, compuesta. Sólo quedaba, pues, orquestrarla y ésa era la tarea de la Comisión, plasmada en el documento que ahora se va a presentar.

Entrando ya en el texto, el primer artículo, para definir el ámbito de aplicación del Reglamento, plasmaba de nuevo el art. 2 del Reglamento Monti I, añadiendo en esta ocasión que además de no afectar a la huelga, tampoco influía en las prácticas nacionales de negociación colectiva. La novedad más polémica aparecía en el art. 2 de la propuesta, puesto que en ella se imponía que el ejercicio de las libertades económicas debía respetar el derecho a la acción colectiva, incluyendo natu-

⁵⁵ Por todos, A. BÜCKER, «A comprehensive social progress protocol is needed more than ever», *European Labour Law Journal*, 4, 2013, pp. 9 y ss., y T. PAPADOPOULOS, y A. ROUMPAKIS, «Metarreglamentación de las relaciones laborales en Europa: dinámicas de poder y competencia entre normativas nacionales», *Revista internacional del Trabajo*, 132, 2, 2013, pp. 302-3».

⁵⁶ COM (2012) 130 final, de 21.03.2012. El documento COM (2012) 131 final era la propuesta de reforma de la Directiva 96/71/CE, finalmente aprobada como Directiva 2014/67/UE, que no se abordará aquí.

ralmente la huelga, pero que, viceversa, este derecho debía respetar las libertades económicas. Tan kantiana formulación del respeto de ambos principios suponía un claro conflicto de legitimidades. Por un lado, la huelga, consagrada en todos los ordenamientos nacionales –en mayor o menor medida, es cierto– como el supremo instrumento de los trabajadores para la defensa de sus intereses. Por otro, las libertades económicas, provenientes exclusivamente de su fuente supranacional, unas recién llegadas al mundo del Estado social. Es una destilación artificiosa de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, de la que se ha hecho un curioso espiguelo, ya relatado en la memoria de la propuesta, para plasmar esa igualdad en un texto, sin que, sin embargo, tal igualdad se haya manifestado en la realidad⁵⁷.

El art. 3 de la propuesta era el más extenso de todo el texto y ejemplifica a la perfección los delicados equilibrios que hay que llevar a cabo al redactar normativa en un tema tan sensible como éste. El precepto estaba dedicado a los mecanismos apropiados para la resolución de este tipo de conflictos, una cuestión que forma parte de las preocupaciones de la Comisión Europea desde hace más de una década y sobre la que ya ha solicitado tres informes independientes, además de otras iniciativas. El primer párrafo recogía una línea ya asentada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia con carácter general, no específicamente a propósito de este asunto. Cuando en la legislación o en las prácticas nacionales existan procedimientos para la salvaguardia o la tutela de determinados derechos, deben ser también aplicables a las situaciones que derivan del Derecho de la Unión Europea. Los mecanismos internos de resolución de conflictos han de servir, por lo tanto, para enfrentarse a los conflictos transnacionales. El segundo pá-

rafo abría la puerta a una vía de gran interés teórico, la elaboración de acuerdos o de líneas directrices por parte de los interlocutores sociales europeos sobre solución extrajudicial de conflictos. Llamaban la atención, en el simple terreno de la terminología, dos aspectos. En primer lugar, se citaban expresamente la mediación y la conciliación, pero no el arbitraje, subsumido en «otros mecanismos». En segundo lugar, la propuesta seguía utilizando el término «extrajudicial» en lugar de otros términos más actuales como «solución alternativa».

Esta propuesta es una buena muestra de lo que podría ser el desarrollo del art. 152 TFUE, introducido en el Tratado de Lisboa, si hubiera una verdadera voluntad para el desarrollo de un diálogo social autónomo. Ahora bien, la perspectiva de la elaboración de un acuerdo de este tipo en el momento actual nos devuelve nuevamente al terreno del Derecho-ficción. Los párrafos 3 y 4 buscaban el encaje entre los mecanismos descritos y los procedimientos judiciales existentes en cada Estado. Lo más destacado de ellos era la indicación de que correspondía a estos últimos determinar la proporcionalidad de las acciones colectivas. La lectura de esta indicación no deja de ser curiosa tras la sentencia *Fonnship* de 2014, donde en un nuevo conflicto entre acciones colectivas y libertades económicas el Tribunal sueco se negó a plantear al Tribunal de Justicia los aspectos de fondo y se limitó a solicitar la interpretación de los aspectos puramente mercantiles del caso.

El art. 4 de la propuesta, a su vez, diseñaba un mecanismo de alerta interestatal para las situaciones más extremas. Consistía, en síntesis, en un deber de notificación al Estado miembro de origen de los servicios, en escenarios en los que pudieran producirse graves perturbaciones en el funcionamiento del Mercado interior, daños serios en los sistemas nacionales de relaciones laborales o descontento social. Éste, a su vez, debería responder en el menor tiempo posible. Ni siquiera la propia propuesta (que se equivocaba, por cierto, al situar este mecanismo en el

⁵⁷ J. MALMBERG, y C. JOHANSSON, «The Commission's Posting Package», *European Policy Analysis*, 8, 2012, p. 3: «The ambition of the Commission is, according to its press release, to "send a strong message that workers' rights and their freedom to strike are on an equal footing with the freedom to provide services". Does the proposal send such a strong message?»

art. 5) era capaz de esbozar una explicación para una de esas tres situaciones descritas. Y frente a ello, el Estado afectado por los problemas (casi en un sentido norirlandés del término) notifica al Estado de donde han surgido los servicios causantes, para que éste responda. El art. 5, finalmente, determinaba la entrada en vigor del Reglamento, una simple formalidad.

¿Para qué sirvió este documento? La aportación a la Europa social de la propuesta Monti II fue, claramente, nula. En cambio, su contribución a la Europa institucional fue muy considerable. Por primera vez se puso en práctica el mecanismo de alerta diseñado en el Tratado de Lisboa y recogido en el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, más concretamente en sus arts. 6 y 7.2. Varios Parlamentos nacionales alcanzaron el quórum suficiente en el plazo de ocho semanas requerido para manifestar que, a su juicio, la propuesta era contraria al principio de subsidiariedad, mostrando, pues, la vulgarmente conocida –incluso en medios institucionales– como «tarjeta amarilla». A juicio de la Comisión, no existía vulneración alguna del principio, pero la falta de apoyo político a la propuesta era evidente⁵⁸. Por ese motivo, el 12 de septiembre de 2012 se anunció su retirada, que fue oficial el día 26 del mismo mes⁵⁹.

⁵⁸ K. BOROŃSKA-HRYNIEWIECKA, «Legitimacy through Subsidiarity? The Parliamentary Control of EU Policy-making», *Polish Political Science Review*, 1 (1), 2013, pp. 91-2: «This first effective use of the yellow card deserves special attention since the nature of this particular parliamentary scrutiny has raised certain questions. Although, according to the Commission, the reasoned opinions of national parliaments did not address the material and procedural aspects of the principle of subsidiarity withdraw the proposal. At the same time it justified this decision by pointing to insufficient support for the measure on the side of national governments (in the EU Council). It is important to notice that the proposal was objected mainly by countries where industrial relations and high standards of social dialogue play important roles in domestic politics».

⁵⁹ La cronología completa puede consultarse en la web sobre asuntos europeos de la Cámara Baja polaca: http://oide.sejm.gov.pl/oide/en/index.php?option=com_content&

4.3. La solución extrajudicial de conflictos transnacionales

A propósito de los medios de solución de conflictos, cabe abrir una cierta especulación sobre la base del art. 153.1.f TFUE. Este artículo otorga competencia a la Unión para intervenir, como es sabido, en materia de representación y defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios. Desde hace tiempo se ha señalado por la doctrina que las soluciones extrajudiciales de conflictos pueden quedar amparadas sin dificultad alguna bajo esta base jurídica⁶⁰. El hecho de que la Comisión encargara hace más de una década a un Grupo de Expertos, presidido por F. Valdés Dal-Ré⁶¹, la elaboración de un primer estudio sobre estas materias debe considerarse como un claro indicio del posible alcance de esta base jurídica.

Un segundo estudio⁶², más reciente en el tiempo, señaló las muy considerables dificultades para emprender una normativa europea en la materia. La primera de ellas sería la caracterización misma del conflicto transnacional. Atendiendo únicamente al criterio geográfico, podría simplemente decirse que es aquel que implica a partes contendientes de una pluralidad de Estados miembros. Pero éste no es, obviamente, el único criterio delimitador que se podría utilizar. En cualquier caso, el informe proponía dos enfoques amplios a la hora de abordar la materia.

view=article&id=14765&Itemid=793 [consultado por última vez el 16 de septiembre de 2015]

⁶⁰ Vid. R. BLANPAIN, *European Labour Law*, cit., p. 126: «One can also add the settlement of industrial disputes, by way of mediation, conciliation or arbitration».

⁶¹ Vid. W.A.A. (F. VALDÉS DAL-RÉ, dir.), *Conciliación, mediación y arbitraje laboral en los países de la Unión Europea*, MTAS, Madrid, 2003. En síntesis, vid. F. VALDÉS DAL-RÉ, «Informe de propuesta sobre un posible sistema voluntario de conciliación, mediación y arbitraje europeo», *ibidem*, pp. 453 y ss.

⁶² Study on out-of-court settlement mechanisms in transnational labour disputes, R. RODRÍGUEZ (coord.), F. VALDÉS DAL-RÉ, R. JAGTENBERG, A. DE ROO, J.M. MIRANDA, J.-M. SERVAIS, inédito.

En primer lugar, sería concebible la creación de un mecanismo específico de solución de conflictos para las disputas de carácter transnacional. Su gestión debería ser confiada a un cuerpo puramente europeo, muy especializado, que se haría cargo de su puesta en práctica. Un segundo enfoque aspiraría a conectar en una red los mecanismos ya existentes a nivel nacional. Obviamente, sería necesaria una cierta adaptación de éstos, ya que por su propia naturaleza no responden a la perfección a la naturaleza de un conflicto transnacional.

5. UNA RÁPIDA CONCLUSIÓN

El panorama descrito dista bastante de ser optimista. El Mercado Interior va muy por delante de las herramientas de carácter social que deberían formar parte de él. Ausente la voluntad política, sólo la toma de conciencia de la utilidad de éstas puede hacer que evolucionen por sí mismas. Si ofrecen soluciones a los problemas europeos, triunfarán. Y si no, quedarán, una pieza más, en el polvoriento anaquel de lo que la Unión Europea pudo crear y no consiguió.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

RESUMEN

La dimensión colectiva de la libre circulación de trabajadores es uno de los grandes fracasos en la construcción de la Europa social. Los agentes sociales europeos no han sido capaces de hacer avanzar la creación dialogada de directivas. No obstante, sí se puede detectar el nacimiento de una negociación colectiva empresarial dentro de la Unión. El conflicto colectivo, por el contrario, es el aspecto cuya ausencia de regulación resulta más patente.

Palabras Clave: Mercado interior, diálogo social, agentes sociales europeos, convenios colectivos transnacionales de empresa, huelga, solución extrajudicial de conflictos.

ABSTRACT

The collective dimension of free movement of workers is one of the greatest failures in the creation of social Europe. European social agents have not been able to make any progress in the creation of directives in agreement. However, the birth of a collective corporate negotiation within the European Union can be observed. On the contrary, collective conflict is one of the aspects whose lack of regulation has become more evident.

Keywords: Domestic market, social dialogue, European social agents, transnational collective agreements for companies, strike, out-of-court conflict solving.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

