

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

JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO\*

---

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

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

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

\* Universidad de Santiago de Compostela.

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



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

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

uso, pues continúa siendo perfectamente actual y válido.

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

## LA REALIZACIÓN DE UN MERCADO INTERIOR DE EMPLEO

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

## LA ARMONIZACIÓN DE LAS LEGISLACIONES SOCIALES NACIONALES

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

## LA ARTICULACIÓN DE SISTEMAS E INSTITUCIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



## LA COORDINACIÓN DE POLÍTICAS SOCIALES Y DE EMPLEO

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

## ¿HACIA UN SISTEMA EUROPEO DE RELACIONES LABORALES?

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

## UN ESBOZO DE CONCLUSIÓN

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

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

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

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

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



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

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



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

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

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

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

