

de doce mensualidades<sup>223</sup>) quedando al empresario reservado el criterio de selección para la determinación del orden con el cual las extinciones se llevarán a cabo<sup>224</sup>.

## EL DIÁLOGO SOCIAL EN LA UNIÓN EUROPEA: INCIDENCIA EN EL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO<sup>1</sup>

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ<sup>2</sup>

### ÍNDICE

1. ¿Qué es el diálogo social?
2. Evolución de la cuestión. La función del dialogo social
3. Las distintas vías de diálogo social. En especial los mecanismos de consulta
4. Del diálogo social a la negociación colectiva
5. La negociación colectiva europea y su eficacia. 5.1. Sobre la negociación colectiva en general. 5.2. Los mecanismos de "aplicación" establecidos en el art. 139

### 1. ¿QUÉ ES EL DIÁLOGO SOCIAL?

La primera cuestión a la que necesariamente debemos referirnos es que entendemos por diálogo social. Hay que resaltar que no existe una definición de esta cuestión entre los diferentes textos normativos comunitarios. Ciertamente si es posible encontrar esta expresión en la regulación comunitaria, tal como ocurre con la redacción del art. 118 B del Tratado Constitutivo, en su redacción consecuencia del Acta Única, que establecía que "La Comisión procurará desarrollar el diálogo entre las partes sociales a nivel europeo, que podrá dar lugar, si éstas lo considerasen deseable, al establecimiento de relaciones basadas en un acuerdo entre dichas partes". Destaca como se imponía a la Comisión la tarea de promover el diálogo social; además, también destaca el hecho de que pero sobre todo ha de tenerse en cuenta que, pueda pasarse del simple diálogo a la negociación colectiva como fases diferentes de un mismo proceso.

<sup>223</sup> Cantidad que debe el empresario "entregar" (STS 17 julio 1998 —Ar. 7049—) al trabajador de manera simultánea a la adopción de la decisión extintiva, si bien en empresas de menos de veinticinco trabajadores el FGS, ex art. 33.8 ET, abona el 40 % de la cuantía legal correspondiente, sin necesidad de incoación de expediente por parte de los liberados.

<sup>224</sup> La racionalidad de tal criterio debe ser presumida con el sólo límite de reservar la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores, parte integrante del derecho fundamental a la libertad sindical; por todas, en una síntesis doctrinal y jurisprudencial de años, STCo 191/1996, de 16 de noviembre. En la doctrina, mostrando tal evolución, SORIANO CORTES, D.: "Derecho de libertad sindical y prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores en los supuestos de despido colectivo: comentario a la STCo 191/1996, de 26 de noviembre", en AA.VV. (CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., Coord.): *Presente y futuro*, cit., págs. 325 y ss.

<sup>1</sup> Trabajo elaborado en el marco del Grupo de Investigación "Las fuentes del Derecho del Trabajo" (PB 96-1373) del Ministerio de Educación español.

<sup>2</sup> Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla.

Se trata de un primer intento, quizás excesivamente tímido, pero que caló hondo en la normativa comunitaria; no en vano esta redacción se reitera casi de manera idéntica en la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, cuyo art. 12 párrafo segundo señala que “El diálogo entre interlocutores sociales a escala europea, que debe desarrollarse, puede conducir, si éstos lo consideran deseable, a que se establezcan relaciones convencionales, en particular interprofesional y sectorialmente”<sup>3</sup>.

En la regulación del texto consolidado del Tratado Constitutivo también nos encontramos con la expresión “diálogo social”. De otro lado, también encontramos alusiones a esta cuestión en el importante art. 139 del Tratado de la Unión Europea (en su versión consolidada), cuyo primer párrafo plantea que “El diálogo entre interlocutores sociales en el ámbito comunitario podrá conducir, si estos lo desean, al establecimiento de relaciones convencionales, acuerdos incluidos”.

También es importante subrayar como el actual art. 138<sup>4</sup> establece la obligación de la Comisión de “adoptar todas las disposiciones necesarias para facilitar su diálogo” (el de los interlocutores)”. De nuevo aparece aquí la idea promocional.

En todo caso ninguno de los citados preceptos establece que ha de entenderse por diálogo social. Probablemente sea interesante a estos efectos acudir a cual ha sido la experiencia nacional en esta materia, para así delimitar más adecuadamente lo que entender por diálogo social. Llegados a este punto es conveniente señalar que el diálogo social es uno de los mecanismos de intercambio de pareceres entre los actores sociales. Ahora bien, el diálogo social no es el único mecanismo que facilita dicho intercambio, por lo que debemos distinguir diferentes instituciones que de uno u otro modo giran en torno a la misma órbita. Desde este punto de vista podría plantearse la conceptualización del diálogo social en base a la delimitación del mismo respecto de esas otras figuras. Estas otras instituciones son la concertación social y la negociación colectiva.

Para distinguir el diálogo de la concertación es posible aludir a dos elementos distintivos: el objetivo perseguido por ambos mecanismos, y los sujetos que intervienen. En realidad, tal como vamos a ver, desde mi punto de vista tan sólo el primero de estos dos elementos tiene realmente valor distintivo.

<sup>3</sup> En todo caso es necesario señalar el carácter programático de dicha Carta Comunitaria, que carece de valor normativo. Se trata, en definitiva de una “solemne declaración de principios”, sin efectos vinculantes. En este sentido ROCCELLA, M. y TREU, T.: “*Diritto del Lavoro della Comunità Europea*”, CEDAM, Padova, 1995, página 23.

<sup>4</sup> Hay que señalar que los arts. 138 y 139 tienen tal numeración como texto consolidado (unificación del Tratado Constitutivo y de las modificaciones que le introdujo el Tratado de Maastricht, o Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Amsterdam). La numeración originaria de dichos preceptos era la de arts. 118 I y 118 B del Tratado Constitutivo (cuya redacción previa a Maastricht procedía, tal como hemos señalado, del Acta Única Europea).

En primer lugar, hay que señalar como el objetivo de la concertación social se pretende llegar a un acuerdo entre los diferentes sujetos presentes en la misma (podría hablarse así de un mecanismo de negociación *extra legem*)<sup>5</sup>; por el contrario, cuando hablamos de diálogo social el acuerdo no es el objetivo perseguido. El diálogo social es algo mucho más simple, consiste sobre todo en un intercambio de información o de pareceres entre los diferentes actores sociales, de manera que cada uno de ellos tome las decisiones que le competen pero teniendo en cuenta el parecer de la otra parte. Podemos traer perfectamente a colación aquí la opinión de MARTÍN VALVERDE sobre la concepción del diálogo social, que si bien se refiere al diálogo social entre los interlocutores sociales a nivel español, es perfectamente aplicable a la noción europea: “el concepto de diálogo social no comprende la consecución de un acuerdo conjunto, sino un objetivo más limitado, que es el de canalizar y hacer circular adecuadamente la información entre los sujetos que dialogan, tanto sobre sus planes o proyectos como sobre los análisis y datos empíricos en que tales planes o proyectos se apoyan (...) el propósito informativo no descarta, al contrario, más bien postula, que el diálogo ejerza una influencia más o menos difusa de unos participantes sobre otros. Pero lo característico de esta actividad es que mediante ella no se convierta en acuerdo conjunto lo que corresponde al ámbito de la competencia propia de los distintos interlocutores”<sup>6</sup>. En todo caso, el hecho de que su objetivo no sea el de conseguir un acuerdo, es evidente que el diálogo social aspira a cristalizar en resultados.

En cuanto a los sujetos que intervienen, a la concertación social, tradicionalmente se viene identificándola por el hecho de la intervención estatal en las conversaciones con los actores o interlocutores sociales; es decir, es un mecanismo tripartito. Por el contrario, normalmente al diálogo social implica una relación de carácter bipartita o exclusivamente centrada entre los interlocutores sociales<sup>7</sup>. Sin embargo, no estimo que este sea un elemento que permita una absoluta y nítida distinción entre concertación social y diálogo. Ciertamente, una concepción estricta de concertación social implica el carácter tripartito<sup>8</sup>, pero no estimo como acertada la opinión de que el diálogo social pueda establecerse sólo entre actores sociales, excluyendo a la representación de la Unión Europea (o desde el punto de vista nacional a la representación del Gobierno correspondiente). En este sentido la presencia de la Comisión es evidente en los mecanismos de consulta establecidos en el art. 138 del Tratado, precepto que establece tanto la necesidad de consultar a los interlocutores sociales cuando se inician propuestas relativas a la política social; o que establece la obligación de

<sup>5</sup> MARTÍN VALVERDE, A.: “Concertación social y diálogo social”, RL Tomo II de 1994

<sup>6</sup> *Op. cit.*, página 339.

<sup>7</sup> En este sentido RUIZ CASTILLO, M.M.: “El diálogo social en el ámbito de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* n° 85, página 714.

<sup>8</sup> MARTÍN VALVERDE, A.: *Op. cit.*, página 337.

la citada Comisión para favorecer el diálogo entre los interlocutores. Desde nuestro punto de vista este precepto pone de manifiesto como en el ámbito comunitario es perfectamente posible tanto el diálogo trilateral como bilateral, en el que las partes intercambien pareceres y opiniones. Dicho de otro modo, el diálogo social puede entablarse directamente entre los interlocutores sociales, pero también entre estos (bien de manera unilateral o bilateral) y los órganos institucionales<sup>9</sup>.

De otro lado, la diferencia entre diálogo y negociación reside también en el hecho de que la negociación es un procedimiento que tiene como fin alcanzar un acuerdo que establecerá una regulación de determinadas relaciones jurídicas entre empresarios y trabajadores. Es evidente que no es este el objetivo perseguido por el simple diálogo<sup>10</sup>. Más aún, hay otro elemento distintivo de importancia entre una y otra: mientras que la negociación presenta un carácter evidentemente conflictivo, por el contrario el diálogo es un mecanismo basado en la colaboración<sup>11</sup>.

Ahora bien, es necesario subrayar que hay un importante elemento de unión entre la negociación y el diálogo: tal como han puesto de manifiesto diversas normas a las que hemos hecho referencia, el diálogo se configuran en la lógica comunitaria como la primera parte de un proceso que puede dar lugar a la negociación y a la conclusión de un acuerdo colectivo. Desde este punto de vista, parece conveniente que al hablar de diálogo social incluyamos también las vías que nos conducen a la negociación y al acuerdo colectivo.

A tenor de la distinción del diálogo social de las dos figuras que normalmente le acompañan estamos en condiciones de dar un cierto concepto de que debemos entender por diálogo social: el diálogo social es la manera más simple de relación entre los interlocutores sociales<sup>12</sup>, que tiene el objetivo de facilitar el intercambio de posturas y opiniones entre los interlocutores sociales<sup>13</sup> con la intención de incidir en la consecución de posturas comunes en cuestiones de interés para los interlocutores sociales, sin necesidad de llegar a acuerdos colectivos<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> En este sentido MARTÍN VALVERDE, A.: *Op. cit.*, página 340.

<sup>10</sup> En este sentido se manifiesta el apartado 10º de la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, relativa a al aplicación del protocolo sobre la política social (Bruselas, 14 de diciembre de 1993): "El diálogo tradicional entre los interlocutores sociales a escala comunitaria (...), se ha traducido en debates e intercambios de puntos de vista sobre cuestiones de interés común. Aunque estos encuentros no hayan dado lugar a compromisos formales por parte de los interlocutores sociales, sí que han conducido a muchas posiciones comunes sobre temas importantes, como los problemas macroeconómicos, la introducción de nuevas tecnologías o la adaptabilidad del mercado laboral".

<sup>11</sup> ROCCELLA, M. y TREU, T.: *Op. cit.*, página 375.

<sup>12</sup> En este sentido LYON-CAEN, A.: "*Droit Social International et Européen*", Dalloz, París 1991, página 299.

<sup>13</sup> ROCCELLA, M. y TREU, T.: *Op. cit.*, página 374.

<sup>14</sup> RUIZ CASTILLO, M.M.: *Op. cit.*, página 708.

Desde este punto de vista nuestro análisis del diálogo social se va a centrar, sin despreciar otras vías a las que también haremos referencia, en los arts. 138 y 139 del Tratado de la Comunidad Europea, en su versión consolidada, que son la última y más acabada expresión del diálogo social, y cuya procedencia no es otra que la de los arts. 3 y 4 del Acuerdo de Política Social incluido dentro del Protocolo de Política Social, que forma parte del Tratado de la Unión Europea (más comúnmente conocido como Tratado de Maastricht). En estos preceptos se establecen medidas tales como diversos mecanismos de consulta obligatoria de la Comisión a los actores sociales (art. 138.1, 2 y 3), la posibilidad de que los interlocutores sociales sean los que desarrollen acciones comunitarias correspondientes a la Comisión (art. 138.4), el simple fomento del diálogo social (art. 139.1), o el paso del diálogo a la negociación, regulándose los mecanismos de aplicación de los acuerdos colectivos en tales casos (art. 139.2).

## 2. EVOLUCIÓN DE LA CUESTIÓN. LA FUNCIÓN DEL DIÁLOGO SOCIAL

Una vez que hemos procedido a conceptualizar adecuadamente que ha de entenderse por diálogo social, es necesario aludir, si quiera de manera rápida a cual ha sido la evolución del diálogo social en el marco de la Comunidad.

En principio, algunos textos originarios de la Comunidad ya establecían la necesidad de consultar a las "asociaciones" de trabajadores y empresarios (así el art. 46 del Tratado de la CECA) o la creación de Comités Consultivos (art. 48 Tratado de la CECA), o se crea un Comité Económico y Social (arts. 257 y ss del Tratado de la Comunidad Europea -antiguos arts. 193 y ss-). Más aún, ha sido una práctica corriente desde los primeros días de la Comunidad Económica Europea acudir a mecanismos de consulta trilateral<sup>15</sup>, y sobre todo a través de comités de carácter paritario bilaterales y de ámbito sectorial (siderurgia, minería, agricultura, telecomunicaciones, aviación civil, etc)<sup>16</sup>. Sin embargo, los frutos de estos mecanismos no fueron precisamente espectaculares. Puede afirmarse que desde una perspectiva de política social, tuvieron escasa relevancia.

Pero la idea y la noción de diálogo social en la Comunidad se impulsa sobre todo en la década de los ochenta, especialmente a partir de las conversaciones de Val Duchesse, entre los representantes de las más importantes organizaciones sindicales y empresariales, CES (Confederación Europea de Sindicatos), UNICE (Unión de Industrias de la Comunidad Europea) y CEEP (Centro Europeo de Empresas Públicas). Para discutir sobre cuestiones no

<sup>15</sup> El citado Comité Consultivo de la CECA, o el CES, el Comité del Fondo Social Europeo, el Comité técnico para la libre circulación, etc.

<sup>16</sup> Sobre esta cuestión *vid.* ROCCELLA, M. y TREU, T.: *Op. cit.*, página 370 y ss.

sectoriales, sino de carácter general y de especial relevancia socioeconómica. Estas conversaciones que se desarrollaron a iniciativa de la Comisión y de su entonces Presidente Jaques Delors, que tuvo una actuación de clara promoción de dichos encuentros, que han continuado desarrollándose a lo largo de los ochenta y noventa<sup>17</sup>. El sistema utilizado ha consistido en reunir en una misma mesa a los representantes de trabajadores y empresarios para someter a su consideración temas que les afectan, adoptando la Comisión el papel de mediador y facilitando el apoyo técnico necesario<sup>18</sup>. De estas conversaciones se señaló la voluntad de crear un "grupo de pilotaje" a nivel político presidido por el Comisario de Asuntos Sociales, que organizaba de manera permanente el diálogo social. Como consecuencia del proceso generado por estas conversaciones se llegaron a diversos "pareceres comunes"; es decir a diversos puntos de encuentro entre los interlocutores sociales: "actos equivalentes a comunes declaraciones de intenciones"<sup>19</sup>. El valor normativo de estos "pareceres comunes" era absolutamente inexistente, si bien, desde el punto de vista estrictamente político tenían una mayor importancia, pudiendo traducirse en actos de gobierno las decisiones de los actores sociales. El diálogo social actuaría, desde este punto de vista, como un mecanismo que actuaría en una fase previa al proceso normativo comunitario. En algún caso estas conversaciones sirvieron para dar pie a una expresión de la negociación colectiva: me refiero al acuerdo marco CES-CEEP de 6 de septiembre de 1990<sup>20</sup>; en otros casos el parecer común de ambas partes se ha tenido muy en cuenta a la hora de establecer ciertas regulaciones comunitarias; por ejemplo, así ocurrió en el caso de la Directiva 94/45, sobre comité de empresa europeo<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> En líneas generales puede señalarse que las cuestiones objeto de debate en estas conversaciones fueron temas de interés general, elegidos entre aquellos a los que era más fácil llegar a posturas comunes. Siguiendo a ROCCELLA y TREU, hubo varias sesiones de encuentros. La primera de ellos, entre 1985 y 1986, versó sobre la estrategia de cooperación a efectos del incremento de la ocupación. Una segunda serie, desarrollada a lo largo de 1987, tuvo su centro en la materia de la introducción de nuevas tecnologías y su incidencia desde el punto de vista de la formación de los trabajadores y los derechos de información y consulta. La tercera serie (1989-1990) se dedicó a la formación profesional, y una cuarta serie ha dado frutos en materia de creación de un espacio europeo de movilidad funcional y geográfica.

<sup>18</sup> PÉREZ DE LOS COBOS, F.: *Op. cit.*, página 57.

<sup>19</sup> ARRIGO, G.: *"Il Diritto del Lavoro dell'Unione Europea"*, Giuffrè, Milano 1998, página 131.

<sup>20</sup> Hay que tener en cuenta que este acuerdo carece de eficacia normativa y se remite a la negociación colectiva nacional para su trasposición.

<sup>21</sup> CASAS BAAMONDE ha estimado que en esta Directiva estamos ante un intento de legislación concertada, pues la propuesta de Directiva vino precedida de un dictamen conjunto de la CES, la UNICE y la CEEP, en el marco de las conversaciones de Val Duchesse. "Subsidiariedad y flexibilidad del ordenamiento comunitario y participación de los trabajadores en empresas y grupos", RL Tomo I de 1993, páginas 65 y 66.

También a finales de los años ochenta se aprueba el Acta Única Europea (es de 17 de febrero de 1986 y entró en vigor el 1 de julio de 1987), que modifica el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea en un aspecto que a nosotros nos interesa especialmente, pues introduce un nuevo art. 118 B), que literalmente decía lo siguiente: "La Comisión procurará desarrollar el diálogo entre las partes sociales a nivel europeo, que podrá dar lugar, si estas lo considerasen deseable, al establecimiento de relaciones basadas en un acuerdo entre dichas partes".

Se establece así una obligación de la Comisión de fomentar y promover el diálogo social, dotándole de una base jurídica; lo cual en el fondo no es sino reconocer a nivel institucional, la importancia de las reuniones de Val Duchesse<sup>22</sup>. Además, el precepto ya preveía la posibilidad de que dicho diálogo social diera lugar a una segunda fase, a través de cauces convencionales; es decir, a la negociación colectiva, siempre y cuando las partes sociales lo considerasen oportuno.

En cuanto a los aspectos críticos de esta norma, es evidente que si bien se establece una obligación promocional por parte de la Comisión, dicha obligación tiene un escaso recorrido, pues no se establece expresamente los cauces procedimentales para llevarlo a cabo. Dicho de otra manera, si bien se establecía la obligación de promocionar el diálogo social no se establecían obligaciones jurídicas en desarrollo de la misma, lo cual implicaba una evidente ineficacia del intento. De otro lado, de la regulación establecida en el art. 118 B) no se deduce, ni mucho menos, una base jurídica clara de legitimación de la negociación colectiva europea<sup>23</sup>.

Posteriormente se aprueba la Carta de Derechos Sociales Fundamentales, cuyo art. 12 también reconoce la necesidad de desarrollar el diálogo social a escala europea y que puede conducir, si los interlocutores lo desean, al establecimiento de relaciones convencionales. Sin embargo, ha de reiterarse la falta de efectos jurídicos de dicha Carta y su valor meramente programático.

En definitiva, es evidente que durante la segunda mitad de los años ochenta se produce un reforzamiento del diálogo social. Este se convierte en un objetivo dentro del marco comunitario, tal como lo demuestra el hecho de su insistente promoción, incluso a través del derecho originario de la Comunidad. Tal situación obedece a una necesidad muy clara de utilizar al diálogo social como mecanismo de convergencia en el plano social.

Tal como se ha puesto de manifiesto hasta la saciedad, la Comunidad Europea ha presentado un importante problema genético: su origen tiene que ver sobre todo con el desarrollo de intereses fundamentalmente económicos, quedando marginados los aspectos de orden social, lo cual generó un importante "déficit social"<sup>24</sup>. Basta recordar el art. 2 en su redacción anterior al

<sup>22</sup> ARRIGO, G.: *Op. cit.*, página 131.

<sup>23</sup> ARRIGO, G.: *Op. cit.*, página 132.

<sup>24</sup> PÉREZ DE LOS COBOS, F.: *"El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea"*, Civitas, Madrid 1994, página 19.

Tratado de Amsterdam<sup>25</sup>. Estos ha supuesto una absoluta preeminencia de lo económico en el marco de la Comunidad, siendo el aspecto esencial el de la convergencia económica. Por contra, los aspectos sociales han tenido escasa importancia durante mucho tiempo, originándose un importante déficit social en el seno comunitario. Más aún, la existencia de importantes intereses de carácter político de los países miembros había paralizado durante los años ochenta el proceso de convergencia social, dificultando enormemente la armonización normativa en materia laboral. Antes esta situación, y ante la evidencia de que la convergencia social no puede lograrse de manera espontánea<sup>26</sup>, debido fundamentalmente a los intereses económicos nacionales, era necesario utilizar nuevos mecanismos para intentar conseguir la ansiada armonización en materia social. Es aquí donde aparece el diálogo social; es decir, el diálogo social, que a la luz de la regulación antes señalada, es un objetivo comunitario, sin embargo se utiliza sobre todo como instrumento para alcanzar el objetivo de la convergencia social<sup>27</sup>. En todo caso, hay que advertir que, evidentemente, dada la debilidad que se deduce del diseño normativo del art. 118 B), que sólo establece un simple mecanismo promocional, tal intención estaba llamada al fracaso, lo cual se confirma por el carácter meramente programático de la Carta de Derechos Sociales Fundamentales.

Puede decirse que el paso definitivo para configurar el diálogo social como un instrumento dirigido al objetivo de intentar alcanzar la armonización social se da a través del Tratado de Maastricht, y más específicamente por el Acuerdo de Política Social e inscrito dentro del Protocolo del Política Social. Las normas que nos interesan específicamente son los arts. 3<sup>28</sup>

<sup>25</sup> "La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes (...), un desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un crecimiento sostenible y no inflacionista que respete el medio ambiente, un alto grado de convergencia en los resultados económicos, una alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros".

<sup>26</sup> ROCCELLA, M. y TREU, T.: *Op. cit.*, página 31.

<sup>27</sup> Vid. MONTROYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M. y SEMPERE NAVARRO, A.: "*Derecho Social Europeo*", Tecnos, Madrid 1994, páginas 44 y ss.

<sup>28</sup> Este precepto establece lo siguiente:

3.1 La Comisión tendrá como cometido fomentar la consulta de los interlocutores sociales a nivel comunitario y adoptar todas las decisiones necesarias para facilitar su diálogo, velando por que ambas partes reciban un apoyo equilibrado.

2. A tal efecto, antes de presentar propuestas en el ámbito de la política social, la Comisión consultará a los interlocutores sociales sobre la posible orientación de una acción comunitaria.

3. Si, tras dicha consulta, la Comisión estimase conveniente una acción comunitaria, consultará a los interlocutores sociales sobre el contenido de la propuesta contemplada. Los interlocutores sociales remitirán a la Comisión un dictamen o, en su caso, una recomendación.

y 4<sup>29</sup> del APS, normas que se han incorporado al Tratado Constitutivo como arts. 138 y 139.

De entrada, cabe advertir que estos preceptos son una nueva prueba del diálogo social, pues su génesis está en el Acuerdo de sobre negociación colectiva y regulación comunitaria, alcanzado entre los interlocutores sociales (CES, UNICE y CEEP), y que se configura como un importante supuesto de legislación negociada en el marco comunitario.

En cuanto a los mencionados preceptos, es evidente que su contenido alcanza una enorme importancia desde el punto de vista del diálogo social, y que van a tener una enorme trascendencia en materia de fuentes del derecho comunitario. En líneas generales las medidas que consagran son las siguientes:

a) Compromiso de la Comisión de consultar a los interlocutores sociales y de facilitar el diálogo, velando por el hecho de que las partes reciban un apoyo institucional equilibrado (art. 3.1). La Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, relativa a la aplicación del protocolo de política social, señalaba en su apartado nº 12 como posibles medidas de apoyo para facilitar el diálogo social a "la organización de reuniones, la ayuda aportada a estudios realizados en común o a grupos de trabajo mixtos, y también la prestación de asistencia técnica que se considere necesaria para mantener el diálogo".

b) Como expresión de la obligación de fomentar el diálogo se establecen determinados mecanismos de consulta obligatoria para la Comisión en el marco de su tarea normativa (arts. 3.2 y 3.2).

c) Se establece la posibilidad de sustituir la acción normativa de la Comisión por la actuación de los interlocutores sociales (principio de subsidiariedad horizontal), a través de negociación colectiva (art. 3.4).

d) El diálogo social puede dar lugar a un auténtico proceso de negociación colectiva, dando lugar a acuerdos colectivos (art. 4.1).

e) Se prevén de manera general los mecanismos para lograr la aplicación (es decir, la eficacia) de los acuerdos colectivos (art. 4.2).

4. Con ocasión de dicha consulta, los interlocutores sociales podrán informar a la Comisión sobre su voluntad de iniciar el proceso previsto en el artículo 4. La duración del procedimiento previsto en el presente artículo no podrá exceder de nueve meses, salvo si los interlocutores afectados decidieran prolongarlo de común acuerdo con la Comisión".

<sup>29</sup> Dicho precepto establece lo siguiente:

4.1 El diálogo entre interlocutores sociales en el ámbito comunitario podrá conducir, si éstos lo desean, al establecimiento de relaciones convencionales, acuerdos incluidos.

2. La aplicación de los acuerdos celebrados a nivel comunitario se realizará, ya sea según los procedimientos y prácticas propios de los interlocutores sociales y de los Estados miembros, ya sea, en los ámbitos sujetos al art. 2 y a petición conjunta de las partes firmantes, sobre la base de un decisión del Consejo adoptada a propuesta de la Comisión.

El Consejo decidirá por mayoría cualificada, a no ser que el acuerdo de que se trate contenga una o más disposiciones relativas a alguno de los ámbitos contemplados en el apartado 3 del artículo 2, en cuyo caso decidirá por unanimidad".

A todo esto hay que sumar que el art. 2.4 del APS ha previsto una posibilidad que, si bien no puede considerarse en sentido estricto diálogo social, gira en el entorno de esta cuestión, me refiero a la posibilidad de transposición de las Directivas comunitarias a través de negociación colectiva en cada uno de los Estados miembros.

Hay que resaltar las importantes consecuencias que estas normas van tener: a simple vista esta regulación supone introducir en el sistema de fuentes del derecho comunitario a la negociación colectiva, si bien con un límite importante de carácter material, pues sólo afecta al ámbito de la regulación social, sin extenderse más allá. De otro lado se configura el diálogo social como mecanismo de cooperación de los interlocutores sociales en la actividad normativa comunitaria, pues se establece la consulta obligatoria (aunque no vinculante) tanto a la hora de iniciar el procedimiento normativo, como a la hora de determinar el contenido de las acciones normativas; pero sobre todo, es especialmente importante que el diálogo social pueda conducir a un auténtico procedimiento de negociación que sustituya a la actividad normativa comunitaria<sup>30</sup>.

Cabe concluir, por lo tanto, que a partir de Maastricht se da una particular importancia a la actividad de carácter colectivo a través de las tres acepciones que ya hemos señalado: actividad de consulta, diálogo social en su sentido más estricto y negociación colectiva entre representantes de los trabajadores y de los empresarios. Más aún, es claro que a través del APS se establecen y clarifican las diferentes vías de diálogo social en el entorno comunitario y su delimitación respecto de la negociación colectiva<sup>31</sup>. De otro lado, y a diferencia de la situación durante la segunda mitad de los años ochenta, es evidente el nivel que el nivel de concreción e institucionalización del diálogo social es mucho mayor, lo cual facilita su desarrollo y que éste pueda servir para llevar a buen término la finalidad para la que el legislador comunitario lo ha venido promocionando: lograr una más completa armonización en materia social; más aún, este diseño implica facilitar a los interlocutores sociales un importante papel en el diseño de la política social comunitaria.

### 3. LAS DISTINTAS VÍAS DE DIÁLOGO SOCIAL. EN ESPECIAL LOS MECANISMOS DE CONSULTA

Junto con los mecanismos de diálogo social absolutamente inorgánicos, y que se desarrollan de manera bilateral y en la línea de las conversaciones del Val Duchesse, a las que nos hemos referido ya con anterioridad (si bien estas conversaciones presentan un cierto nivel de intervención institucional, a través de la actuación de la Comisión como mediador y asumiendo el papel de apoyo técnico, actuación perfectamente encuadrable dentro de la obligación general

<sup>30</sup> ARRIGO, G.: *Op. cit.*, página 143.

<sup>31</sup> RUIZ CASTILLO, M. M.: *Op. cit.*, página 720.

de promoción del diálogo social), es posible también un diálogo social institucionalizado.

Es posible encontrar importantes huellas de este tipo de diálogo institucionalizado en la regulación que deriva del Tratado de Maastricht. La primera de ellas se recoge en el art. 138, que recoge la literalidad del art. 3 del APS. El punto de partida es la obligación que recae sobre la Comisión de fomentar la consulta de los interlocutores sociales. Ahora bien, a diferencia de normas anteriores en las que también se establecía un compromiso de fomentar el diálogo social, el art. 138 establece en desarrollo de dicho cometido, concretas obligaciones de la Comisión en desarrollo de su labor de carácter normativo (lo cual supone una evidente incidencia del diálogo social en el procedimiento de elaboración de las normas comunitarias). Se trata de una promoción del diálogo social, no ya a través de simples mecanismos de mediación o de ayuda a los interlocutores (tal como el diálogo derivado de las conversaciones de Val Duchesse), sino un mecanismo mucho más institucionalizado y formalizado.

Podría argumentarse en contra de la consideración de que estemos ante un auténtico diálogo social el hecho de que este sea un mecanismo institucional, y no una vía inorgánica de diálogo; más aún, podría señalarse que este tipo de mecanismo de consulta puede entenderse en sentido trilateral, lo que le acercaría a la concertación social y le alejaría de los mecanismos de diálogo social. Sin embargo, ya hemos señalado que el dato esencial que define al diálogo social es el de ser un mecanismo de intercambio de posturas e informaciones, que si bien no tiene como objetivo el llegar a acuerdos; sin embargo, si pretende que las diferentes posturas de las partes incidan en la contraparte en el momento de que esta tome una decisión dentro del ámbito de su propia competencia<sup>32</sup>. Desde este punto de vista, a diferencia del diálogo social inorgánico tipo Val Duchesse, el art. 138 establece una regulación sobre diálogo social institucionalizado<sup>33</sup>. Antes de pasar al análisis de estos mecanismos de consulta hay que advertir que la regulación contenida en el art. 138 no supone la sustitución de otros mecanismos de consulta ya existentes, si bien la Comisión ha de velar por evitar el solapamiento de los procedimientos de consulta<sup>34</sup>.

Más estrictamente se establecen dos obligaciones de consulta:

<sup>32</sup> En el sentido de estimar estos mecanismos de consulta que permiten el intercambio de opiniones y posiciones sobre los problemas económicos y sociales, se configuran como expresión del diálogo social, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: "La negociación colectiva europea hasta Maastricht", RL Tomo II de 1992, páginas 42 y 43.

<sup>33</sup> ARRIGO, G.: *Op. cit.*, página 148.

<sup>34</sup> En este sentido se manifiesta el apartado nº 20 de la Comunicación relativa a la aplicación del protocolo de política social presentada por la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, especialmente cuando se trata de comités consultivos tripartitos. Concretamente dicho apartado menciona al Comité Consultivo de Seguridad e Higiene y Protección de la Salud en el Trabajo o el Comité Consultivo de Libre Circulación de Trabajadores.

A) En primer lugar, antes de presentar propuestas normativas en el ámbito de la política social, la Comisión ha de consultar a los interlocutores sociales sobre la posible orientación de la acción comunitaria. Analicemos ahora esta primera posibilidad.

Se trata de un mecanismo que incide en la iniciativa normativa comunitaria; es decir en el momento inicial del procedimiento de elaboración de las normas comunitarias, pues ha de realizarse antes de presentar las propuestas que abren el proceso normativo. Más aún, dado su carácter general se refiere a cualquier tipo de norma comunitaria cuya iniciativa corresponde a la Comisión; es decir, tanto Directivas, como recomendaciones o decisiones. Sin embargo, hay un importante límite material, pues este deber de consulta surge única y exclusivamente cuando estamos ante propuestas dentro del ámbito de la "política social". En cuanto a que hemos de entender por política social, parece conveniente dirigimos al art. 137 (antiguo art. 118), donde se establecen las competencias comunitarias en esta materia.

En cuanto a cómo ha de realizarse esta consulta, nada establece el art. 138, aunque la Comunicación relativa a la aplicación del protocolo sobre la política social presentado por la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 14 de diciembre de 1993, señala en su apartado nº 19 que la primera consulta tendrá lugar "mediante la recepción de la carta de la Comisión. La consulta solicitada podrá tener lugar por escrito o, si los interlocutores sociales así lo desean, mediante la organización de una reunión ad hoc. El período de consultas no podrá ser superior a seis semanas".

La Comisión deberá consultar a los "interlocutores sociales". En más de una ocasión hemos hecho referencia a dicha expresión, parece conveniente aclarar cuáles son los concretos sujetos a los que se refiere la regulación comunitaria con tal expresión. Hay que señalar que la regulación comunitaria no establece una definición estricta de que ha de entenderse como interlocutor social; más aún el precepto comentado ni siquiera distingue si ha de consultarse a todos los posibles interlocutores sociales o únicamente a concretos interlocutores dotados de una especial capacidad representativa (y en este último caso tampoco se establece como medir esa capacidad). El vacío es, por tanto, importante, y podría obstaculizar o cuanto menos generar graves problemas al desarrollo efectivo de este deber de consulta. Sin embargo, hemos este vacío está colmado de una forma no normativa: hay que acudir a la Comunicación de la Comisión de 14 de diciembre de 1993, relativa a la aplicación del Protocolo de Política Social<sup>35</sup>. En este documento, carente de todo valor jurídico, se establecen las reglas de control de la representatividad de los actores sociales, incluyendo un listado de organizaciones de interlocutores sociales, que son las que en opinión de la Comisión tiene la suficiente representatividad (en base a

<sup>35</sup> Sobre la misma *vid.* CASAS BAAMONDE, M.E.: "La negociación colectiva europea como institución democrática (y sobre la representatividad de los «interlocutores sociales europeos»)", RL Tomo II de 1998, páginas 72 y 73.

los criterios fijados por la propia Comunicación en el punto nº 24<sup>36</sup>). Este listado puede ser revisado en función de la experiencia que se vaya adquiriendo a lo largo de la práctica y evolución del diálogo social.

Es evidente que este no es precisamente el mejor mecanismo para fijar quienes son los interlocutores sociales, pues supone una elección por parte del órgano que se compromete a realizar dichas consultas y a fomentar el diálogo social. No obstante hay que reconocer lo oportuno de dicha delimitación, sobre todo teniendo en cuenta las importantes diferencias que pueden darse entre los distintos países miembros respecto de la regulación de la representatividad de los actores sociales; más aún, tal como reconoce la propia Comunicación de la Comisión, la falta de una regulación sobre esta capacidad representativa a nivel europeo implica la necesidad de un largo período de tiempo para decantar cuales son los sujetos que realmente cuentan con una representatividad suficiente como para integrarse en este procedimiento de consultas, tiempo del que no se dispone si se quiere que funcionen ya estos mecanismos de diálogo social (apartado nº 23 de la Comunicación).

De otro lado, al referimos a la cuestión de lo interlocutores sociales hay que tener en cuenta la incidencia que sobre los diferentes mecanismos de consulta recogidos en el art. 138.2 y 3 tiene la regla general de promoción del apartado 1º del mismo precepto. Recordemos que se señala la obligación de fomentar la consulta de los interlocutores "velando por que ambas partes reciban un apoyo equilibrado". Al respecto dos cuestiones: de entrada, como es lógico, el Tratado distingue entre dos partes o interlocutores diferentes, tal como se deduce de la utilización de los términos "ambas partes": parte laboral y parte empresarial, con lo cual el diálogo social se centra entre sujetos que representan a los trabajadores y, de otro lado, a los empresarios. En todo caso, recordemos que no se trata de dos únicos interlocutores, recordemos que la Comunicación de la Comisión hace referencia hasta a 28 organizaciones, por lo que en realidad deberíamos hablar de dos grupos de interlocutores

En segundo lugar, de la dicción del primer apartado del art. 138 se deduce que la Comisión ha de jugar un papel, en principio, neutral dentro del proceso de consulta, no en vano se señala que ambas partes han de recibir un "apoyo equilibrado". Siguiendo a ROCCELLA y TREU, podemos señalar como dicha neutralidad en la intervención no significa que cada parte perciba el mismo e idéntico trato o facilidades, pues las diferentes formas de apoyo a las partes han de partir de la diversidad de situaciones y de medios con que cuentan cada uno de los interlocutores sociales<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> Los criterios son los siguientes: a) ser organizaciones interprofesionales, sectoriales o de una categoría de trabajadores, pero organizadas a nivel europeo; b) integradas por interlocutores sociales de los diferentes estados miembros, con capacidad para negociar acuerdos, y que sean representativas en todos los Estados miembros; y c) disponer de una estructura adecuada para garantizar su participación efectiva en los procesos de consulta.

<sup>37</sup> *Op. cit.*, página 382.



Más aún, hay que tener en cuenta que con dicha expresión se pone de manifiesto que dentro del papel promocional de la Comisión entran también obligaciones de sostenimiento técnico del mecanismo de consulta en que se expresa el diálogo social; si bien no existe una regulación expresa de en que debe consistir concretamente. Desde mi punto de vista se trata de una ambigüedad indeseable, pues de tal dicción puede deducirse tanto el todo como la nada.

Para terminar con este primer mecanismo de consulta hay que hacer alusión al objeto sobre el que versa tal obligación de consulta. A tenor de la literalidad del art. 138 se consultará a los interlocutores sociales "sobre la posible orientación de una acción comunitaria"; es decir, se solicita a los interlocutores sociales cuál es su opinión (la viabilidad y oportunidad<sup>38</sup>) respecto de la regulación de una determinada y concreta materia. Debemos resaltar que no se consulta sobre el contenido, pues la acción normativa ni tan siquiera existe todavía formalmente.

El nivel de incidencia que pueden tener los interlocutores a través de este mecanismo es más importante del que a primera vista parece. Ciertamente la consulta no es vinculante, pero un frente común de ambos ante la medida propuesta puede tener el efecto de paralizar dicha acción comunitaria. Si la Comisión detecta a través de la consulta que ambos interlocutores se oponen radicalmente a la misma, será socialmente difícil y poco justificable, además de inconveniente desde una perspectiva política, continuar adelante con la propuesta. De otro lado, las opiniones comunes o divergentes de los actores sociales pueden facilitar que esas acciones comunitarias se perfilen mejor, delimitando mejor el ámbito de las medidas propuestas.

B) Una vez que se ha realizado la primera consulta, si en virtud de la misma la Comisión estima pertinente y conveniente el desarrollo de una determinada acción comunitaria, se deberá realizar una segunda propuesta: el art. 138. 3 establece que "Si tras dicha consulta, la Comisión estimase conveniente una acción comunitaria, consultará a los interlocutores sociales sobre el contenido de la propuesta contemplada ...".

A tenor de la literalidad del precepto podemos deducir las siguientes cuestiones:

- Que subraya el carácter no vinculante de la consulta realizada, pues la decisión de continuar adelante con el desarrollo de la propuesta de acción le corresponde exclusivamente a la Comisión.

- Los sujetos a los que se realiza la consulta son los mismos interlocutores sociales; es decir, que esta segunda consulta no supone la intervención de sujetos diferentes.

- El objeto de la consulta en esta segunda ocasión es absolutamente diferente, pues se refiere al contenido mismo de la propuesta de la Comisión. De nuevo la situación de mayor relevancia se producirá cuando los interlocutores sociales formen un frente común de oposición al contenido de la medida

<sup>38</sup> PÉREZ DE LOS COBOS, F.: *Op. cit.* página 132.

propuesta<sup>39</sup>. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la finalidad perseguida por este mecanismo de consulta es lograr acercar las posiciones, en principio opuestas, de los interlocutores sociales, logrando así un mínimo grado de consenso social, que legitime aún más la actuación normativa de la Comisión<sup>40</sup>. Pero más aún, a través de dicho mecanismo de consulta podría llegarse, aunque en realidad no es su verdadera y propia finalidad, a un estadio inicial de legislación concertada<sup>41</sup>; o lo que es igual a un principio de concertación social. Vemos, por tanto, como entre diálogo social y otras figuras cercanas apenas si hay un paso; de manera que del simple diálogo, cuando este tiene carácter institucionalizado, puede pasarse a la concertación social, al intervenir también la autoridad política. De otro lado, también veremos como del diálogo social puede pasarse a la verdadera negociación colectiva.

- Para terminar el art. 139.3 hace alusión a que los interlocutores sociales remitirán a la Comisión un dictamen o una recomendación. No se establece una distinción adecuada entre ambos mecanismos, por lo que no se aprecian a simple vista en que concretos supuestos deberá utilizarse una u otra vía; más aún, siquiera se establece en que consistirán dichas vías. También hay que señalar que es posible que la respuesta (el dictamen o la recomendación) sea emitida por cada uno de los interlocutores sociales; pero también es perfectamente posible que sea común. Desde este punto de vista se aprecia como esta obligación de consulta o diálogo social institucionalizado, puede servir de acicate para el establecimiento de un diálogo social directo entre los actores sociales.

En cuanto al procedimiento de la consulta, dispone el apartado nº 19 de la Comunicación relativa a la aplicación del protocolo sobre la política social presentada por la Comisión al Consejo y al Parlamento, de 14 de diciembre de 1993, que "La segunda fase de la consulta tendrá lugar mediante recepción de la segunda carta enviada por la Comisión, en la que figurará el contenido de la propuesta contemplada, con inclusión de la indicación de su posible base jurídica". Por su parte, los interlocutores sociales "expresarán a la Comisión una opinión por escrito y, si lo desean, en una reunión ad hoc, en la que se expongan los puntos de acuerdo y de desacuerdo de las posiciones respectivas sobre el borrador. En su caso, presentarán una recomendación con las posiciones comunes sobre el borrador. La duración de esta segunda fase tampoco deberá exceder seis semanas".

<sup>39</sup> En este sentido RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: "La negociación colectiva europea tras Maastricht", RL Tomo II de 1992, página 49.

<sup>40</sup> PÉREZ DE LOS COBOS, F.: *Op. cit.*, página 132.

<sup>41</sup> CASAS BAAMONDE, M.E.: "«Doble» principio de subsidiariedad y competencias comunitarias en el ámbito social", RL Tomo I de 1993, página 55.



#### 4. DEL DIÁLOGO SOCIAL A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Al igual que del amor al odio, también del diálogo a la negociación hay un simple paso. El art. 138.4 del Tratado Constitutivo, acepta esta idea y la institucionaliza, de manera que en la práctica permite, más aún, promueve, que el procedimiento de consulta derive hacia un auténtico mecanismo de negociación colectiva. En realidad, y tal como hemos señalado antes, la consulta que obligatoriamente debe realizar la Comisión puede conducir a dos procedimientos diferentes:

a) Uno no previsto por la regulación, y es que en la práctica la Comisión, a través de las consultas llegue a un verdadero acuerdo con los interlocutores sociales sobre cuál ha de ser el contenido de la propuesta normativa; es decir, estaríamos ante un supuesto de legislación concertada, ante concertación social.

b) La segunda posibilidad sí está prevista normativamente (art. 138.4) y consiste en que las partes consultadas, podrán informar a la Comisión de su voluntad de iniciar un procedimiento previsto en el art. 139; es decir, de abrir un auténtico procedimiento de negociación colectiva, que terminará en un acuerdo colectivo, al que se dará eficacia por las distintas vías señaladas por el art. 139. Vamos a centrarnos en esta segunda posibilidad. En realidad esta posibilidad de pasar de la consulta a la negociación es una expresión de un principio más general, contenido en el art. 139.1, a tenor del cual, cualquier mecanismo de simple diálogo social (sea no institucionalizado), puede conducir a la negociación colectiva.

¿Cuál es el significado de lo previsto por el art. 138.4 del Tratado Constitutivo? Si nos fijamos con atención, la literalidad de esta norma es ciertamente tímida: se dice que los interlocutores "podrán informar a la Comisión sobre su voluntad de iniciar el proceso previsto en el art. 139". De tal expresión parece que no se deduce que las partes tengan una auténtica capacidad para optar por una alternativa diferente a la actuación legislativa de la Comisión. Más aún, a tenor de lo señalado en la Comunicación relativa a la aplicación del protocolo de política social presentada por la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, ante tal decisión de los interlocutores sociales la Comisión analizará cada caso concreto y decidirá la paralización del proceso normativo ya iniciado. Esta decisión se tomará en base a la naturaleza y alcance de la propuesta, así como en el impacto potencial del posible acuerdo<sup>42</sup>. Parece, por tanto, que la paralización de la actividad normativa comunitaria no es absolutamente obligatoria pese a la petición de los interlocutores sociales; sin embargo hay sectores doctrinales que estiman lo contrario.

Sin embargo, una correcta interpretación global de la totalidad del apartado 4º con lo establecido en el art. 139.1 nos conduce a afirmar que la interpretación correcta es que los actores sociales puede negociar un acuerdo colectivo que sustituya a una eventual norma comunitaria<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> Apartado nº 30 de la Comunicación de 14 de diciembre de 1993.

<sup>43</sup> MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Op. cit.*, página 46.

Los interlocutores sociales, a lo largo del procedimiento de consultas pueden ponerse de acuerdo entre ellos, lo cual supone, tal como se deduce del art. 138.4, paralizar la actividad normativa<sup>44</sup> de la Comisión, asumiendo ellos la competencia normativa a través de la negociación con vistas a obtener un acuerdo colectivo sobre la materia. En definitiva, lo que se establece es la posibilidad de desplazar la competencia normativa de la Comisión a los actores sociales. Además, dicho desplazamiento se debe no por la actuación de un tercero ajeno a las partes sociales que decide otorgar a estas tal posibilidad, sino por la propia decisión de los interlocutores que deciden avocar para sí dicha competencia<sup>45</sup>. Esta decisión ha de tomarse por acuerdo entre dichos sujetos; es decir, se requiere una decisión común de ambas partes. Una simple declaración individual de voluntad de uno de los interlocutores sociales no paraliza en absoluto el procedimiento normativo iniciado por la Comisión.

De otro lado, el objetivo perseguido por tal decisión de los interlocutores es, desde mi punto de vista, el de lograr un acuerdo colectivo, un convenio colectivo europeo. Naturalmente hay que advertir que este es el objetivo o la finalidad perseguida con este procedimiento, cuestión diferente es que una vez abierto el procedimiento de negociación las partes consigan realmente llegar a dicho acuerdo.

En todo caso esta posibilidad supone bloquear o paralizar la actividad normativa comunitaria. Justamente para evitar que el mecanismo de asunción de competencias normativas de los interlocutores pudiera degenerar en un verdadero veto obstruccionista a la actividad normativa comunitaria, se establece una duración máxima del proceso de negociación: "no podrá exceder de 9 meses" (hay que entender que dicho plazo se computa desde la comunicación a la Comisión por la que los interlocutores avocan la competencia); si bien los propios interlocutores pueden, por acuerdo con la Comisión, prolongar dicho procedimiento. Sobre esta prórroga no se prevé ninguna duración máxima, parece que habrá que estar necesariamente al acuerdo alcanzado por los interlocutores con la Comisión<sup>46</sup>.

En cuanto al contenido del acuerdo hay que tener en cuenta que no se establecen límites expresos a la capacidad normativa de los interlocutores sociales, de manera que una vez que la Comisión ha centrado el objeto a regular, las partes pueden establecer la regulación que estimen oportuna sobre dicha materia. Dicho de otra manera, el acuerdo no ha de tener el contenido que en un principio pretendía la Comisión.

<sup>44</sup> Al no distinguir entre diferentes tipos de normas comunitarias, hay que entender que tal paralización afectaría a cualquier tipo de norma indiferentemente del rango; sobre esta cuestión y las dudas que puede generar, *vid.* PÉREZ DE LOS COBOS, F.: *Op. cit.*, página 133.

<sup>45</sup> En este sentido MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Op. cit.*, página 44.

<sup>46</sup> Algún autor ha considerado que dicha prórroga no debe sobrepasar la duración de otros nueve meses: PÉREZ DE LOS COBOS, F.: *Op. cit.*, página 135.

Una cuestión interesante es la de si es posible que los órganos legislativos comunitarios pueden con posterioridad regular en sentido contrario a lo establecido por las partes en los acuerdos a los que hayan llegado. Sobre esta cuestión hay que señalar que expresamente no se establece una limitación "ad futurum" de la capacidad normativa comunitaria; ahora bien, parece que en la lógica de las cosas está que se respete lo pactado por parte de los sujetos heterónomos, cuando estos han sido los que conceden el derecho a los interlocutores sociales para que puedan llegar a los oportunos acuerdos.

Caso de que dicho acuerdo no sea finalmente posible, la Comisión retomará la iniciativa normativa. Además, se nos ocurre que retomará dicha iniciativa, no sólo cuando haya transcurrido el plazo máximo, sino también cuando uno de los interlocutores sociales abandone el proceso de negociación antes de finalizar el plazo establecido.

En la práctica esto tiene una repercusión importantísima: supone la inclusión de la autonomía colectiva dentro del panorama de las fuentes del Derecho Comunitario (aspecto este que se ve completado por lo dispuesto en el art. 139 del Tratado Constitutivo). Más aún, esta regulación implica introducir una importante novedad en cuanto a los principios que establecen las relaciones entre las distintas fuentes del Derecho, pues esta otorgando preferencia, en la materia de orden social, a los mecanismos de regulación autónoma frente a los mecanismos heterónomos.

Lo señalado por el art. 138.4 supone el establecimiento de un principio de subsidiariedad en la acción normativa comunitaria; si bien no respecto de la acción normativa de los Estados miembros dentro de las competencias concurrentes entre Estados y la Unión (subsidiariedad "vertical"<sup>47</sup>), sino respecto de la actuación normativa de los interlocutores sociales en el ámbito de la política social: una subsidiariedad "horizontal"<sup>48</sup>.

Una vez que hemos analizado los diferentes mecanismos establecidos en el art. 138 del Tratado Constitutivo, puede concluirse que la intención del legislador ha sido la de utilizar el procedimiento de consultas como una vía para intentar conseguir un consenso social que refuerce la actuación comunitaria en materia social, que legitime y refuerce su actuación frente a los Estados; otorgando, además, preferencia a las soluciones de tipo negocial, de manera que las actuaciones normativas comunitarias tienen carácter subsidiario<sup>49</sup>. Esta pretensión se ve reforzada por la posibilidad de dotar de eficacia a los acuerdos normativos de los interlocutores sociales, posibilidad que se deduce por la remisión que se hace al art. 139 del Tratado.

<sup>47</sup> Sobre esta cuestión *Vid.* OJEDA AVILÉS, A.: "Subsidiariedad y competencias concurrentes en el Derecho Social Comunitario", RL Tomo I de 1994, páginas 1377 y ss.

<sup>48</sup> En este sentido CASAS BAAMONDE, M.E.: "«Doble» principio de subsidiariedad y competencias comunitarias en el ámbito social", RL Tomo I de 1993, página 56; también OJEDA AVILÉS, A.: "¿Son «meras recomendaciones» los acuerdos colectivos europeos?", RL Tomo II de 1998, página 299.

<sup>49</sup> CASAS BAAMONDE, M.E.: «Doble» principio de subsidiariedad ..."; *Op. cit.*, página 56.

Queda una última cuestión de enorme interés. Al analizar en el epígrafe anterior el tema de la consulta de los interlocutores sociales, una de las cuestiones a las que hicimos referencia era la de los sujetos o concretos interlocutores que debían ser consultados. Al respecto señalamos como nada establece el Tratado Constitutivo al respecto, debiendo acudir a la Comunicación relativa a la aplicación del protocolo sobre la política social presentado por la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Dicha comunicación contemplaba esta cuestión en sus apartados 22 a 25, remitiéndose a un listado de interlocutores sociales contenido en el Anexo II de la misma. Ahora bien, dicha delimitación se refiere en exclusiva a "Las organizaciones que serán consultadas"; es decir, se delimitan los sujetos objeto de consultas. ¿Son estos mismos sujetos los legitimados para actuar en la fase de negociación?

La cuestión es especialmente interesante y de hecho ya ha dado lugar al planteamiento de una reclamación judicial resuelta por la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 17 de junio de 1998<sup>50</sup>, dictada en resolución del recurso de anulación de la Directiva 96/34, relativa al permiso parental<sup>51</sup>. El recurso se impuso por la UEAPME (Union Européenne de l'Artisanat et des Petites et Moyennes Entreprises), que es uno de los interlocutores reconocidos en el citado Anexo II. La UEAPME fue objeto de consulta por la Comisión tanto en la primera como segunda fase respecto del proyecto de acción comunitaria en materia de permiso parental. Sin embargo, la fase de negociación, se desarrolló tan sólo entre CES, UNICE y CEEP, que son las tres únicas organizaciones interprofesionales de carácter general a tenor del Anexo II citado y que no aceptaron la incorporación de la UEAPME a la negociación.

La pretensión de la UEAPME fue rechazada. Es evidente que el problema jurídico se centra en la falta de reconocimiento de su condición negociadora del acuerdo que posteriormente daría lugar a la Directiva 96/34 antes mencionada. Falta de reconocimiento que la citada organización estima discriminatoria.

La respuesta del Consejo a la pretensión jurídica de la UEAPME giró en torno a la distinción de dos cuestiones diferentes reguladas en el art. 138 (en el momento de la demanda todavía no estaba integrado el texto del Tratado Constitutivo, fundamentándose en el art. 3 del Acuerdo de Política Social -APS- del Protocolo de Política Social -PPS-); la consulta, que es una obligación de la Comisión en el marco del diálogo social y en la que deben consultarse los diferentes interlocutores sociales a tenor de la Comunicación de 14 de diciembre de 1993; y la autonomía contractual, que no es controlada en absoluto por la

<sup>50</sup> Un interesante comentario sobre la misma puede verse en CASAS BAAMONDE, M.E.: "La negociación colectiva europea como institución democrática (y sobre la representatividad de los «interlocutores sociales europeos»)", RL Tomo II de 1998, páginas 71 y ss.

<sup>51</sup> Se trata de la primera Directiva que, en virtud del art. 139 del Tratado, actúa como mecanismo de aplicación de un acuerdo colectivo alcanzado tras la fase de consultas (art. 138.4).

Comisión; de manera que la condición de negociador se alcanza por acuerdo entre los diferentes interlocutores sociales que negocian. Más aún, el derecho a negociar no deriva de la participación en el procedimiento de consultas, con lo que se refuerza la conclusión del Consejo de entender que hay dos situaciones diferentes en las que pueden actuar distintos sujetos. Esta interpretación de la existencia de dos procedimientos diferentes en el art. 138 (art. 3 del APS del PPS) es finalmente la aceptada por el Tribunal<sup>52</sup>.

También estima el Tribunal que si bien no se establece en el APS los sujetos legitimados para la negociación, tales deben deducirse de quienes han sido previamente consultados, pues así lo indica la lógica conexión entre los arts 3.3 y 3.4 del APS (hoy 138.3 y 138.4 del Tratado Constitutivo); sin que esto signifique que todos los interlocutores sociales tengan derecho a negociar, sino que el procedimiento de negociación y los sujetos que participan en el mismo se fijan entre aquellos que hayan manifestado y acordado mutuamente el inicio del procedimiento y su participación. Ahora bien, han de tener una representación suficiente, de manera que la falta de tal representatividad origina el derecho del Consejo a aplicar el acuerdo a través del mecanismo previsto en el art. 139.2 del Tratado Constitutivo. Sin embargo, la Sentencia no fija unos criterios de cuál es la representatividad suficiente, limitándose a señalar que debe haber una proporcionalidad entre la representatividad y el objeto de negociación<sup>53</sup>. Desde este punto de vista estima que tanto CES, como UNICE y CEEP son las únicas organizaciones interprofesionales de carácter general, representando a todas las categorías de empresas y trabajadores comunitarios. Justamente el acuerdo colectivo tenía dicho ámbito; de ahí que no existiese un déficit de representación. A la inversa, se plantea el Tribunal que dicho déficit se produciría de faltar una de las dos organizaciones empresariales generales: la UNICE y la CEEP.

En definitiva, la Sentencia privilegia a efectos de negociación ex art. 138.4 a las organizaciones de carácter general sobre aquellas que tienen un ámbito de representación puramente sectorial. En todo caso, estimamos que esta conclusión se aplica no con carácter general a toda la negociación colectiva en el ámbito europeo, sino tan sólo a los casos de negociación derivados del art. 138.4.

<sup>52</sup> En este sentido se manifestó CASAS BAAMONDE, M.E.: "La consulta y la negociación son actividades diferentes, que atienden objetivos diferentes y se desenvuelven con sujetos diferentes, aunque en ambas participan interlocutores sociales representativos. A través de la consulta, se proporciona una participación más amplia y extendida a todos los interlocutores sociales que gocen de la condición representativa atribuida por la Comunicación de la Comisión. La negociación, en cambio, queda en manos de los interlocutores sociales representativos que decidan iniciarla con voluntad de llegar a acuerdos, rigiéndose su desarrollo por la autonomía contractual de los negociadores". "La negociación colectiva europea ...", *op. cit.*, página 78.

## 5. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EUROPEA Y SU EFICACIA

### 5.1. Sobre la negociación colectiva en general

El art. 139 del Tratado Constitutivo (en su versión consolidada) contiene la misma redacción que el art. 4 del Acuerdo de Política Social del Protocolo de Política Social integrado en el Tratado de Maastricht, y en su apartado primero establece la posibilidad de que "El diálogo entre interlocutores sociales en el ámbito comunitario pueda conducir, si estos lo desean, al establecimiento de relaciones convencionales, acuerdos incluidos". Ya hemos señalado antes que esto supone introducir como regla general la posibilidad de que cualquier mecanismo de diálogo social, sea inorgánico o institucionalizado a través de los mecanismos de consulta, puede derivar a la negociación colectiva; es decir, que el mero intercambio de puntos de vista u opiniones puede dar lugar a un verdadero proceso de negociación colectiva con el objetivo de establecer un acuerdo entre los interlocutores sociales.

Al inicio de esta exposición pusimos de manifiesto como diálogo social y negociación colectiva son instrumentos cercanos, pero diferentes. Lo que nos interesa de lo establecido por el art. 139 del Tratado Constitutivo es la cuestión referente a los mecanismos a través de los cuales los acuerdos colectivos tomados como consecuencia del desarrollo del diálogo social llegan a tener eficacia. No nos resistimos, sin embargo, a señalar algunos de los problemas que puede tener la negociación colectiva en el marco de la Unión Europea.

Cierto es que con la redacción del actual art. 139 del Tratado (texto consolidado) se elimina la duda de si el antiguo art. 118 b) del mismo Tratado Constitutivo<sup>54</sup> (en su texto no consolidado), establecía o no base jurídica para afirmar la existencia de un derecho a la negociación colectiva a nivel europeo entre los interlocutores sociales<sup>55</sup>. Con la regulación establecida por dicho art. 139 es claro que se reconoce el derecho a la autonomía de los interlocutores sociales y la viabilidad jurídica de los acuerdos colectivos. Tal como señala RODRÍGUEZ-PIÑERO, "puesto que la consagración del diálogo social ya está en el art. 3 (se refiere al Acuerdo de Política Social del PPS, cuyo texto se recoge hoy en el art. 138 ya analizado), el efecto innovador del art. 4 (se refiere al Acuerdo de Política Social del PPS, cuyo texto se recoge hoy en el art. 139) es el expreso reconocimiento de la existencia de pactos colectivos entre las partes sociales a nivel europeo"<sup>56</sup>. Ahora bien, este precepto supone única y

<sup>53</sup> Sobre el tema CASAS BAAMONDE, M.E.: "La negociación colectiva europea ...". *op. cit.*, página 80.

<sup>54</sup> Dicho precepto establecía que "La Comisión procurará desarrollar el diálogo entre las partes sociales a nivel europeo, que podrá dar lugar, si estas lo consideran deseable, al establecimiento de relaciones basadas en un acuerdo entre dichas partes".

<sup>55</sup> Sobre la falta de base jurídica con anterioridad a Maastricht, *vid.* RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: "La negociación colectiva europea hasta Maastricht", *op. cit.*, páginas 40 a 43.

<sup>56</sup> "La negociación colectiva europea tras Maastricht", *op. cit.*, página 49.

exclusivamente tal reconocimiento (y el establecimiento de determinados mecanismos destinados a dotar de eficacia a los acuerdos colectivos), pero no contiene, ni mucho menos, un régimen jurídico propio de la negociación colectiva en el marco europeo<sup>57</sup>. Esto supone un importante problema para el desarrollo de la negociación colectiva de nivel europeo, sobre todo desde el punto de vista de técnica jurídica. Basta analizar las dudas que se ha planteado la doctrina laboral más autorizada en la materia<sup>58</sup>, para constatar toda una serie de problemas que dificultan el desarrollo de la negociación colectiva a nivel europeo, tales como:

- La determinación de los sujetos negociadores. En buena lógica parece que son los que han venido protagonizando el diálogo social (UNICE, CEEP y CES)<sup>59</sup>. Pero hay que tener en cuenta dos datos añadidos que cuestiona que esta sea una respuesta absoluta: en primer lugar, que esto no impide la existencia de otras organizaciones europeas que puedan sumarse a la negociación (recordemos ahora lo ya señalado al comentar la Comunicación del Comité al Consejo y al Parlamento Europeo de 14 de diciembre de 1993); de otro lado, la negociación colectiva puede ser a nivel de empresas de dimensión europea, y no parece que en estos supuestos sean tales organizaciones las más indicadas para negociar. Pero junto a este problema, y directamente derivado del mismo hay otro: el de la capacidad para negociar, pues puede suceder que estos no tengan el poder requerido para negociar y firmar convenios colectivos<sup>60</sup>. Entraríamos así en la cuestión de la representatividad de los interlocutores sociales<sup>61</sup>.

- En segundo lugar, el procedimiento de negociación; aspecto sobre el que nada establece la regulación comunitaria.

- En tercer lugar, hay que tener en cuenta la dificultad añadida con la eficacia que un convenio a nivel europeo puede tener en cada uno de los Estados miembros (eficacia interna de lo negociado). ¿Se producirá una eficacia directa, o bien será necesaria la transposición del acuerdo al ordenamiento interno? Y si la respuesta es esta última, ¿cómo se realiza la transposición?, ¿a través de convenios de ámbito nacional o a través de la intervención legislativa?. Más aún, el tema de la eficacia se complica aún más si se tiene en cuenta la diferente naturaleza jurídica que tiene el convenio según cuál sea el ordenamiento nacional. Más aún, hay que pensar también en los problemas de articulación y complementariedad entre el convenio europeo y la regulación nacional, sobre todo respecto de la Ley y de la negociación colectiva interna<sup>62</sup>.

<sup>57</sup> En este sentido PÉREZ DE LOS COBOS, F.: *Op. cit.*, página 136.

<sup>58</sup> OJEDA AVILÉS, A.: "La negociación colectiva europea", RL Tomo II de 1993.

<sup>59</sup> En este sentido PÉREZ DE LOS COBOS, F.: *Op. cit.*, página 138.

<sup>60</sup> En algún caso, como en la Confederación Europea de Sindicatos (CES), se ha solventado el problema al establecerse en sus estatutos la atribución de poderes negociales al comité ejecutivo.

<sup>61</sup> Sobre esta cuestión puede verse el análisis de PÉREZ DE LOS COBOS, F. respecto de CES, UNICE y CEEP: *Op. cit.*, páginas 140 y ss.

<sup>62</sup> Vid. MONTOYA MELGAR, A. GALIANA MORENO, J.M. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Op. cit.*, página 46.

- Hay un problema estructural añadido de especial importancia y es la justificación de la negociación colectiva europea en un marco como el actual, en el que se apuesta claramente por una negociación colectiva lo más descentralizada posible<sup>63</sup>.

- Además, junto a estos problemas para el desarrollo de una auténtica negociación colectiva a nivel europeo, se ha señalado por la mejor doctrina laboral que tanta importancia o más en la paralización de la misma tiene las dificultades derivadas de la propia actitud de los interlocutores sociales, que por exceso de nacionalismo no ven con buenos ojos esta posibilidad, o bien por el hecho de que muchos de los problemas laborales tienen una dimensión estrictamente laboral; todo lo cual ha obstaculizado la negociación colectiva a dicho nivel<sup>64</sup>. Más aún, parece difícil que determinadas condiciones de trabajo, como pueden ser las económicas, puedan extenderse con carácter general a la totalidad de los trabajadores de determinados sectores en cada uno de los Estados miembros, sobre todo teniendo en cuenta los diferentes niveles económicos existentes entre los distintos países miembros.

En todo caso, es necesario reconocer que la negociación colectiva europea ha tenido algunos éxitos. Así, hay que resaltar la experiencia negociadora de finales de los años 80 en materia de creación de órganos de representación de los trabajadores de empresas multinacionales europeas, experiencia que posteriormente sería asumida y respetada por la Directiva 94/45, sobre constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria; regulación que a su vez genera la posibilidad de incrementar la negociación en esta materia, tanto es así que los acuerdos suscritos en virtud de la citada Directiva se configuran en la actualidad como la principal realidad negocial<sup>65</sup>. Dicha regulación comunitaria concede un importantísimo papel a la autonomía colectiva a la hora de configurar los procedimientos de información y consulta, respetándose incluso por la Directiva, los acuerdos en vigor en las empresas o grupos de empresa de dimensión comunitaria existentes con anterioridad a la propia Directiva; es decir, se respeta la experiencia negocial previa<sup>66</sup>. Pero más importantes es el hecho de que la regulación contenida en la Directiva se aplica tan sólo con carácter subsidiario ante la falta de acuerdo de los interlocutores sociales (nueva expresión de la subsidiariedad del derecho comunitario frente a la regulación autónoma<sup>67</sup>). Se plantea así el principio de

<sup>63</sup> Sobre esta cuestión MONTOYA MELGAR, A. GALIANA MORENO, J.M. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Op. cit.*, página 45.

<sup>64</sup> De esta opinión RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: *Op. cit.*, página 50.

<sup>65</sup> En este sentido OJEDA AVILÉS, A.: "¿Son «meras recomendaciones» ...", *Op. cit.*, página 303.

<sup>66</sup> En este sentido RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: "Información y consulta de los trabajadores a nivel transnacional comunitario: el modelo negocial", RL Tomo II de 1995, páginas 57 y 58.

<sup>67</sup> Sobre el carácter subsidiario de esta regulación comunitaria vid. CASAS BAAMONDE, M.E.: "Subsidiariedad y flexibilidad del ordenamiento comunitario y

una negociación colectiva europea a nivel de empresa, que favorecerá la europeización de los actores sociales de nivel nacional. En todo caso hay que señalar como aspecto crítico de esta regulación, el hecho de que fundamentalmente están destinados a regular exclusivamente aspectos puramente procedimentales<sup>68</sup>.

## 5.2. Los mecanismos de "aplicación" establecidos en el art. 139

El art. 139.2 establece determinadas vías para de "aplicación" de los acuerdos colectivos a nivel comunitario; es decir, se trata de mecanismos para dotar de eficacia a dichos acuerdos. La primera cuestión que se plantea es la de si dichos mecanismos se relacionan única y exclusivamente con lo establecido por el art. 138, o si por contra se refiere a todo el marco de la negociación colectiva. En principio es claro su vinculación con el art. 138. Del juego de ambos preceptos se deduce que cuando del procedimiento de consultas iniciado en virtud del art. 138, los interlocutores sociales deciden pasar a un auténtico proceso de negociación colectiva, al resultado de dicha negociación (el acuerdo), se dotará de eficacia o aplicará en virtud de uno de los mecanismos descritos por el art. 139.2 (a través de los procedimientos y prácticas propias de cada país, o bien a través de una "decisión" del Consejo adoptada a propuesta de la Comisión).

Ahora bien, ¿se limita el ámbito de dicho art. 139.2 a estos supuestos; o, por contra, puede extenderse a otros fenómenos de la negociación colectiva europea? Desde nuestro punto de vista entendemos que las diferentes vías de aplicación recogidas en dicho precepto deben ponerse en conexión necesariamente con lo establecido por el art. 138; es decir, son mecanismos dirigidos a dotar de eficacia los posibles acuerdos que se hayan originado a raíz de un procedimiento de consultas. Sin embargo, esto no impide que cuando se concierten acuerdos externamente al procedimiento de consultas pueda acudir a los mecanismos del art. 139.2, que a tenor de su literalidad se establecen con carácter general. Es claro que un convenio europeo podrá verse dotado de eficacia por la transposición al ordenamiento nacional a través de convenios colectivos en cada uno de los Estados miembros. Más compleja puede ser dotar al acuerdo de una Directiva de refuerzo. En principio no hay una obligación de los órganos comunitarios de realizar tal actuación, pero este puede ser el resultado de un proceso de concertación social. En todo caso, parece que la lógica indica que estos mecanismos de aplicación de los acuerdos se reservan para aquellos que tienen al menos carácter sectorial, excluyendo,

participación de los trabajadores en empresas y grupos", RL Tomo I de 1993, páginas 65 y 66. También RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: "Información y consulta de los trabajadores a nivel transnacional comunitario: el modelo negocial", *op. cit.*, páginas 51 y ss.

<sup>68</sup> En este mismo sentido crítico OJEDA AVILÉS, A.: "¿Son «meras recomendaciones»...", *op. cit.*, página 303.

por tanto a los acuerdos colectivos de empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria<sup>69</sup>.

Una vez que hemos hecho referencia a esta cuestión debemos pasar a señalar cuales son los mecanismos de aplicación previstos en el art. 139, centrándonos exclusivamente en aquellos acuerdos que proceden de un proceso institucionalizado de diálogo social (es decir, del período de consultas).

El primero de los mecanismos dispuestos por el art. 139.2 consiste en acudir a los "procedimientos y prácticas propios de los interlocutores sociales y de los Estados miembros". Esto significa que los acuerdos adoptados a nivel europeo se remiten a la negociación colectiva de cada país, que deberá transponer el acuerdo de nivel europeo al nivel estatal. Los Estados miembros no están, por tanto, obligados a una aplicación directa de lo acordado, ni tan siquiera a elaborar a través de los procedimientos normativos estatales, reglas de transposición de los mismos, pues la transposición se confía a los propios interlocutores sociales de ámbito nacional<sup>70</sup>. Al reconocerse como primer mecanismo de aplicación, algún sector doctrinal ha estimado que es un mecanismo preferente respecto de la otra vía de aplicación, que sólo actuaría de manera subsidiaria a esta primera<sup>71</sup>; sin embargo, en la práctica los interlocutores sociales han optado por la otra alternativa, por la aplicación de lo pactado a través de una "decisión" de refuerzo del acuerdo.

Desde este punto de vista se presenta el acuerdo colectivo como un instrumento dotado de eficacia indirecta, pues requiere de una recepción en los niveles nacionales; de manera que los sujetos que lo suscriben se comprometen a hacer respetar lo negociado por sus afiliados o asociados de nivel estatal, que son los que han de trasponer el acuerdo. Hay, por tanto, estimar que esta primera vía implica excluir el efecto directo del acuerdo para los ordenamientos

<sup>69</sup> Al respecto puede ser interesante recordar la tipología de acuerdos colectivos a nivel europeo señalada por OJEDA AVILÉS. Este autor diferencia entre los acuerdos federales reforzados por Directivas, acuerdos de empresa o grupos de empresas de dimensión comunitaria, en virtud de la Directiva 94/45 y acuerdos europeos de carácter sectorial, que no estén reforzados por una decisión del Consejo. "¿Son «meras recomendaciones» ...", *op. cit.*, página 303. Este mismo autor realiza en dicha obra un análisis de cual puede ser la eficacia de los acuerdos que no están reforzados por una Directiva; página 305 y ss.

<sup>70</sup> En este sentido la declaración anexa de los 11 países contratantes al Acta final del Tratado de Amsterdam, recogida también en el apartado 37 a) de la Comunicación relativa a la aplicación del protocolo sobre la política social presentado por la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: "Las 11 Altas Partes Contratantes declaran que la primera modalidad de aplicación de los acuerdos celebrados entre interlocutores sociales a escala comunitaria (...) consistirá en desarrollar el contenido de dichos acuerdos mediante negociación colectiva y con arreglo a las normas de cada Estado miembro, y que, por consiguiente, dicha modalidad no implica que los Estados miembros estén obligados a aplicar de forma directa dichos acuerdos o a elaborar normas de transposición de los mismos, ni a modificar la legislación nacional vigente para facilitar su ejecución".

<sup>71</sup> OJEDA AVILÉS, A.: "¿Son «meras recomendaciones» ..."; *op. cit.*, página 299.

jurídicos internos<sup>72</sup>. Se estaría utilizando la técnica de los acuerdos marco. Desde otro punto de vista, supone que la eficacia jurídica del mismo dependerá de la eficacia del convenio colectivo que en cada país le sirva de vehículo de transposición<sup>73</sup>.

La segunda posibilidad o vía de aplicación de estos acuerdos colectivos es la de acudir a una "decisión" del Consejo adoptada a propuesta de la Comisión. Ante todo hay que señalar que esta segunda posibilidad viene limitada por en base a elementos de procedimiento y a elementos materiales. En cuanto a lo primero, es necesario que haya una decisión conjunta de los interlocutores sociales que han firmado el acuerdo colectivo para que éste se instrumentalice a través de la "decisión"; es decir, tiene que haber un acuerdo entre las partes y debe haber una solicitud o petición. En cuanto a lo segundo, esta vía tan sólo está abierta al ámbito material delimitado por el art. 137 del Tratado, a las materias allí contenidas; lo cual tiene además una incidencia procedimental, pues en función de la materia concreta sobre la que versa el acuerdo colectivo, el Consejo deberá adoptar su decisión por mayoría cualificada (en las materias contenidas en el art. 137.2) o por unanimidad (en las materias contenidas en el art. 137.3).

¿Cuál es la vía normativa comunitaria para aplicar lo dispuesto en el acuerdo colectivo? El art. 139.2 se pronuncia señalando que se aplicará sobre la base de una "decisión", que es una de las posibilidades normativas recogidas por el art. 249 del Tratado Constitutivo; sin embargo, a tenor de la evolución posterior de esta cuestión hay que subrayar que dicho término ha sido utilizado de una manera genérica y no de forma técnica; pues en el desarrollo de esta vía de aplicación de los acuerdos colectivos se ha optado por utilizar un mecanismo normativo diferente, el de la Directiva. Se estima que "el acto adecuado para la aplicación de dicho Acuerdo marco es una Directiva con arreglo al art. 189 del Tratado (hoy art. 249 del Tratado en su texto consolidado); que por consiguiente obligará a todos los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejándoles, sin embargo, la elección de la forma y de los medios"<sup>74</sup>.

Desde el punto de vista de la eficacia hay que subrayar que si bien con estas Directivas se procede a aplicar o instrumentalizar un acuerdo colectivo, no tiene naturaleza negociada, sino que es una auténtica y verdadera Directiva, con

<sup>72</sup> En este sentido RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: "La negociación colectiva europea tras Maastricht", *op. cit.*, página 50. En todo caso este mismo autor considera que el primer mecanismo consagrado por el art. 139.2 admite también la posibilidad de acuerdos de contenido normativo, si bien sólo desarrollarían la eficacia normativa reconocida en cada uno de los ordenamientos internos.

<sup>73</sup> PÉREZ DE LOS COBOS, F.: *op. cit.*, página 150.

<sup>74</sup> Considerando nº 11 de la Directiva 96/34, relativa al Acuerdo marco sobre permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES. En el mismo sentido el considerando nº 15 a la Directiva 99/70, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

la eficacia propia de este instrumento que se enmarca dentro de las fuentes del Derecho comunitario; de manera que la fuente negociada pierde su naturaleza al incorporarse a este mecanismo heterónomo<sup>75</sup>. En todo caso, hay que afirmar que estamos ante un ejemplo de legislación pactada y no precisamente entre los actores sociales y el poder heterónomo que elabora la norma, sino entre los propios interlocutores sociales, limitándose el poder ejecutivo a transponer el acuerdo.

Esto último nos plantea una cuestión: ¿ha de respetar la Comisión el acuerdo? Al respecto la Comunicación de la Comisión de 14 de diciembre de 1993 señala que "el Consejo no tiene posibilidad de modificar el acuerdo" (apartado 38). Pero, en última instancia, la Comisión, a la hora de elaborar la propuesta que debe someterse al Consejo, ha de analizar la «legalidad» de cada cláusula del convenio colectivo respecto del derecho comunitario (...). Si la Comisión considera que no está indicado presentar al Consejo una propuesta de decisión relativa a la aplicación de un acuerdo, informará inmediatamente a los firmantes del acuerdo de las razones de esta decisión". Se establece así un mecanismo de control de lo negociado, a través del cual puede paralizarse la tramitación como Directiva del acuerdo colectivo. En definitiva, la Comisión puede aceptar o rechazar el acuerdo, pero no modificarlo<sup>76</sup>.

Esta vía de aplicación de los acuerdos colectivos está empezando a dar importantes frutos en forma de Directivas comunitarias que aplican los acuerdos marco a los que llegan los interlocutores sociales. Así, ha de señalarse en primer lugar a la Directiva 96/34, relativa al Acuerdo marco sobre permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES. Esta ha sido la primera, pero no la única, pues le han seguido la Directiva 97/81, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES; la 99/63, relativa al Acuerdo sobre ordenación del tiempo de trabajo de la gente del mar suscrito por la Asociación de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación de Sindicatos del Transporte de la Unión Europea (FST); y la Directiva 99/70, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

En cuanto que estamos ante Directivas, éstas deben ser transpuestas al ordenamiento interno de cada país, en los plazos establecidos en las mismas. En desarrollo de esta actividad de transposición merece la pena destacar, aunque sea un mecanismo que queda fuera del diálogo social, la posibilidad de que estas normas comunitarias sean objeto de transposición, a través de negociación colectiva interna en cada país<sup>77</sup>, en vez de realizarse a través de la acción

<sup>75</sup> CASAS BAAMONDE, M.E.: "Directivas comunitarias de origen convencional y ejecución convencional de las directivas: el permiso parental", RL Tomo II de 1996, página 84.

<sup>76</sup> VENEZIANI, B.: "Dal dialogo sociale alla contrattazione collettiva nella fase della trasformazione istituzionale dell'Unione Europea", Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale, nº 2 de 1998, página 260.

<sup>77</sup> Serían acuerdos o convenios traspositivos, en la terminología de OJEDA AVILÉS, A.: "La negociación colectiva europea", RL Tomo II 1993, página 1257.

normativa del Estado. Esta posibilidad se recoge con carácter general en el art. 117.A del Tratado Constitutivo, y sobre todo está pensada para satisfacer intereses de países concretos que practican el "abstention of law", tales como Bélgica u Holanda<sup>78</sup>; pero que al reconocerse con carácter general supone la posibilidad de que las Directivas comunitarias en materia social sean transpuestas no por normas heterónomas, sino de carácter autónomo; es decir, que hay un reconocimiento normativo expreso de que el convenio colectivo es un mecanismo adecuado para la transposición de Directivas comunitarias al ordenamiento interno<sup>79</sup>.

Para que se produzca esta posibilidad, ha de ser solicitado conjuntamente por los interlocutores sociales. El Estado podrá acceder a tal posibilidad, para lo cual analizará cuál es la representatividad y legitimación de los solicitantes; se trata, por tanto, de una delegación, pero de carácter potestativo<sup>80</sup>. En todo caso el Estado ha de asegurarse de que en la fecha prevista por la Directiva los actores sociales hayan realizado la transposición y que se alcancen los resultados fijados por la Directiva; de manera que si los interlocutores no lo consiguen puede intervenir normativamente. Téngase en cuenta que los Estados son los que responden ante la Comunidad por el retraso en la transposición de la Directiva, aunque se haya optado por la vía convencional.

<sup>78</sup> OJEDA AVILÉS, A.: *op. cit.*, página 1257.

<sup>79</sup> Se trata de una norma introducida por el Acuerdo de Política Social del PPS de Maas-tricht, debiendo resaltarse como con anterioridad al mismo la jurisprudencia comunitaria se había mostrado reacia a admitir esta posibilidad; así CASAS BAAMONDE, M.E.: "Directivas comunitarias de origen convencional y ejecución convencional de las Directivas ..."; *op. cit.*, páginas 92 y ss.

<sup>80</sup> OJEDA AVILÉS, A.: *op. cit.*, página 1257; también MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: "Derecho Social Europeo", *op. cit.*, página 47.

## LA RELACIÓN LABORAL DE CARÁCTER ESPECIAL DE LOS MINUSVÁLIDOS QUE TRABAJAN EN LOS CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO

CAROLINA GALA DURÁN<sup>1</sup>

### ÍNDICE

1. Introducción
2. La relación laboral especial de los minusválidos en los centros especiales de empleo; 2.1. Los sujetos implicados: Trabajadores minusválidos y centros especiales de empleo; 2.2. La normativa aplicable; 2.3. El proceso de colocación y las modalidades contractuales; 2.4. Las condiciones de trabajo; 2.5. Las vicisitudes y extinción de la relación laboral; 2.6. La representación y negociación colectiva; 2.7. La prevención de riesgos laborales; 2.8. Cuestiones de Seguridad Social; 2.9. La problemática de la sucesión de contratos cuando interviene un centro especial de empleo
3. La relación entre la reserva de puestos de trabajo y los centros especiales de empleo: El RD 27/2000, de 14 de enero
4. Conclusiones

### 1. INTRODUCCIÓN

Desde una perspectiva general, la política de integración de los minusválidos encuentra su principal apoyo en lo dispuesto en los artículos 49 y 35.1 de la Constitución Española. En el primero de ellos se prevé que "los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos"<sup>2</sup>; mientras que en el segundo se reconoce el derecho al trabajo y a la

<sup>1</sup> Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona.

<sup>2</sup> Precepto que implica, tal y como han señalado DE LA VILLA y SAGARDOY BENGOCHEA, que "la CE ha querido compeler a los órganos públicos a llevar a cabo las acciones necesarias para situar a los disminuidos o minusválidos en pie de igualdad con los demás ciudadanos y trabajadores...", en "El derecho al trabajo de los minusválidos". Revista de Trabajo, nº 79. 1985.