

# LA INCIDENCIA DEL TRATADO DE LISBOA EN EL ÁMBITO SOCIAL

JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO

*Profesor Interino de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Santiago de Compostela

## EXTRACTO

**Palabras Clave: Derecho Comunitario**

Aunque su entrada en vigor plantee considerables dudas, el Tratado de Lisboa contiene algunas novedades que merecen ser examinadas. La consolidación del principio atributivo, en un intento de aclarar el panorama competencial, es una de las más relevantes, junto con la incorporación de la Carta de Niza al Derecho originario. En el campo de la política social en sentido estricto, se han corregido algunos defectos que se venían detectando en su funcionamiento, especialmente en materia de libre circulación y articulación de regímenes de Seguridad social, si bien otras cuestiones clave, como una correcta sistematización de las bases jurídicas o el preciso funcionamiento del diálogo social, han sido dejadas al margen. El Tratado de Lisboa, en definitiva, merece más el elogio del técnico que del político.

## ABSTRACT

**Key Words: EU-Law**

Even if the Lisbon Strategy Treaty may bring up some uncertainties, it contains many significant concerns that are to be considered. The principle of attribute along with the Niza Statement of Ordinary Law, aims to clarify the treaty's competencies. Considering the strict social policy scenario, some issues have been left aside, for example correcting some functional deficiencies, especially as regards the Social Security system free-circulation, and other key issues such as the correct systematization of the juridical basis or in respect the social dialogue. Overall, The Lisbon Treaty has a more technical improvement than political one.

## ÍNDICE

1. ¿UN PASO O UN TROPIEZO MÁS EN EL CAMINO DE LA INTEGRACIÓN?
2. SOBRE LAS COMPETENCIAS EN MATERIA SOCIAL
3. ¿LA SOLUCIÓN AL DILEMA SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?
4. PEQUEÑOS RETOQUES Y OCASIONES PERDIDAS
5. EL DIÁLOGO SOCIAL Y EL MANTENIMIENTO DE UNA DESVIACIÓN
6. UNA LIBRE CIRCULACIÓN DE MIRAS MÁS AMPLIAS
7. CONCLUSIÓN

### 1. ¿UN PASO O UN TROPIEZO MÁS EN EL CAMINO DE LA INTEGRACIÓN?

La experiencia de la descarrilada Constitución Europea invitó ciertamente al sosiego en el estudio de la reforma de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas firmada en Lisboa el 13 de diciembre de 2007. Frente al considerable caudal doctrinal que generó el texto de 2004, la acogida del texto lisboeta fue mucho más prudente y moderada. La misma tardanza en la aparición de un texto consolidado, preparado por el Consejo<sup>1</sup>, pareció ser una señal de esos tiempos lentos, que no incentivaban la comparación entre el sistema actualmente en vigor, derivado del Tratado de Niza, y el que podría regir en el futuro, si supera las actuales coyunturas políticas.

Este diseño de reforma presenta, aparentemente, un perfil más discreto que los ambiciosos objetivos que se insuflaron en la Constitución Europea y que coadyuvaban en buena medida a su fracaso<sup>2</sup>. Ahora bien, no quiere esto decir que sea una reforma superficial, sino que aborda una considerable cantidad de cuestiones institucionales de gran importancia. La primera de ellas es la redefinición del marco de los Tratados. El Tratado de la Unión Europea (TUE) pasaría a ser el centro del sistema, con un cierto perfil constitucional, breve y oscuro, mientras que el Tratado de la Comunidad Europea abandonarían su cincuentenaria denominación y adquirirían una nueva identidad como Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), recogiendo la mayor parte

<sup>1</sup> 6655/08. Cfr. la opinión precavida de M. P. Andrés Sáenz de Santamaría, “El Tratado de Lisboa: comienza una nueva etapa para Europa”, *Diario La Ley*, 6851, 2007: “De este opaco bosque normativo no se va a proporcionar ninguna versión consolidada oficial durante el proceso de ratificación, seguramente para evitar facilitar su comparación con la Constitución Europea, por el temor de que resurjan dificultades políticas en algunos Estados miembros. Así pues, durante un tiempo serán inevitables los ejercicios de intertextualidad o el recurso a versiones no oficiales”.

<sup>2</sup> No es la primera vez que un exceso de entusiasmo determina la caída de una iniciativa europea de crecimiento. El ejemplo de la Comunidad Europea de Defensa y de la Comunidad Política Europea no debería abandonar el recuerdo de los dirigentes comunitarios.

del anterior contenido. Desaparecería así la Comunidad y sobreviviría únicamente la Unión, titular de la mayor parte de las competencias, y la Comunidad de la Energía Atómica, con un papel claramente menor<sup>3</sup>. Esta fusión, no tan extrema como la que planteaba el proyecto de Constitución, no simplificaría sin embargo con éxito el panorama y obligaría además a un reajuste terminológico. Cuando entre en vigor el Tratado, sí podrá hablarse de la política social de la Unión Europea, pero se abrirá la incógnita de las menciones al “Derecho comunitario” y la mayor corrección del adjetivo aplicable al Derecho de la Unión, “unitario”, “unido” u otro término. Dentro de este plano simbólico, merece la pena resaltar la renuncia a plasmar en el Tratado cualquier referencia a himno, bandera o lema<sup>4</sup>, el mantenimiento de los nombres de Reglamento y Directiva, abandonando las esbozadas leyes y leyes marco europeas, o la desaparición de la cláusula del proyecto de Constitución que reconocía el principio de primacía, ahora relegada a una Declaración anexa de la Conferencia Intergubernamental<sup>5</sup>.

En el marco de esa reordenación, la materia social experimentaría ligeros cambios de escenario. La libre circulación de trabajadores pasaría a ocupar el Capítulo I del Título IV (artículos 45 a 48 TFUE); la política de inmigración, el Capítulo II del Título V; la política de empleo el Título IX (artículos 145 a 150 TFUE), siendo el antecesor inmediato de la política social, que se situaría en el Título X (artículos 151 a 161 TFUE). Éste llevaría por título simplemente “Política social”, como se había previsto también en la Constitución, desgajando las disposiciones sobre el Fondo Social Europeo en el nuevo Título XI<sup>6</sup> y sobre educación, formación profesional, juventud y deporte en un nuevo Título XII. Por último, la cohesión económica y social se regularía en el Título XVIII (artículos 174 a 178 TFUE).

La segunda gran cuestión ha sido el intento de ordenación institucional esbozado. El Título III del Tratado de la Unión recogería en el futuro una mención introductoria de las principales instituciones, sobre cuyos detalles de funcionamiento abundaría el Tratado de Funcionamiento. Se plasmaría así mismo la figura del Presidente del Consejo Europeo y se limitaría el número de miembros de la Comisión a los dos tercios del número de Estados miembros, estableciéndose un sistema de rotación igualitario entre éstos. El Tribunal de

<sup>3</sup> La Declaración nº 54, anexa al Tratado de Lisboa, recoge la voluntad de algunos Estados de que se proceda, cuanto antes, a la reforma y adecuación del EURATOM.

<sup>4</sup> En la Declaración nº 52, 16 Estados miembros hacen constar que los planteados en la Constitución seguirán siendo para ellos los símbolos de su pertenencia a la Unión.

<sup>5</sup> La Declaración nº 17 recoge además un Dictamen del Servicio Jurídico del Consejo de 22 de junio de 2007 en el que se señala que el hecho de no incluir la primacía en los Tratados no cambia en nada el panorama comunitario.

<sup>6</sup> La Constitución había optado por crear un escueto artículo III-219 para regular el Fondo.

Justicia pasaría de denominarse Tribunal de Justicia de la Unión Europea, abarcando al Tribunal de Justicia, el Tribunal General (el antiguo Tribunal de Primera Instancia) y los tribunales especializados.

Dentro de este intento de racionalización organizativa se reconfiguran, simplificándolos, los procesos legislativos. La codecisión se transformará en el “procedimiento legislativo ordinario”, recogiendo el texto del Tratado a partir de su entrada en vigor una mención bicéfala al Consejo y al Parlamento, con lo cual se hace visible la cotitularidad de este último del poder legislativo. A su lado, se crearía una amplia categoría de “procedimientos legislativos especiales”, donde se subsume la antigua consulta y otros procedimientos que difieran del ordinario. Desaparecen la cooperación y el dictamen conforme. Por último, debe destacarse que se dará una nueva definición de la mayoría cualificada, que aparece formulada en el artículo 16.4 TUE como la norma de votación ordinaria y regulada detalladamente en el artículo 238 TFUE.

Para completar el panorama, debe hacerse referencia al nuevo mecanismo doble de reforma de los Tratados que contendrá el futuro artículo 48 TUE. En función de si la reforma proyectada afecta o no a las competencias atribuidas a la Unión, se iniciará un procedimiento ordinario o simplificado. El primero se llevará a cabo a través de la convocatoria de una Convención (salvo casos excepcionales), con una nutrida participación institucional. El segundo, a través del cual no pueden aumentar las competencias de la Unión, se basa en una decisión del Consejo Europeo por unanimidad. En ambos casos, la ratificación de los Estados miembros es un requisito insoslayable.

## 2. SOBRE LAS COMPETENCIAS EN MATERIA SOCIAL

Retomando el hilo de actuación que se había plasmado en la Constitución Europea, el Tratado de Lisboa intenta aclarar el panorama formal de la distribución de competencias entre los Estados miembros y la Unión. El contenido de las bases jurídicas no ha sido, como regla general, objeto 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.

Merece la pena resaltar también la multiplicación de las menciones del principio atributivo. Como se sabe, 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. La consagración de este principio por el Tratado de la Unión Europea en 1992 en el antiguo artículo 3B TCE no había cambiado en nada las reglas que ya se extraían de los textos de 1957. Y nada cambiará con la hipotética entrada en vigor de la

reforma. Sin embargo, la proyectada redacción futura de los Tratados aparecerá colmada de referencias a este principio. Así, en el primer párrafo del artículo 1 TUE se leería 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 tiene numerosas apariciones más 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 reproducirá, con los debidos ajustes terminológicos, el Título III de la Constitución, con un nuevo artículo 2 TFUE que recogerá la quintuple clasificación de las competencias de la Unión: exclusivas, compartidas, de coordinación económica y en empleo, en materia de política exterior y de seguridad común, y de apoyo, coordinación o complemento (complementarias).

En el ámbito de las primeras, “sólo la Unión podrá legislar y adoptar actos jurídicamente 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”. Como había señalado el Praesidium de la Convención que preparó la Constitución, este último inciso se introdujo para recordar que, por regla general, corresponde a los Estados la aplicación del Derecho de la Unión. El artículo 3 TFUE contendrá una enumeración de las competencias exclusivas de la Unión que debía considerarse exhaustiva y cerrada: la unión aduanera, el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior, la política monetaria de los Estados miembros cuya moneda es el euro, la conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común y la política comercial común. Ninguna materia de contenido social podrá 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 recogería 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 configurarían 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 tendrá 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>7</sup>, la cohesión económica, social y territorial, y el espacio de libertad, seguridad y justicia (donde encaja la política de inmigración).

El artículo 5 TFUE recogerá la intención de la Constitución Europea de plasmar el carácter específico de la coordinación de las políticas económicas y de empleo. En su momento, juzgando por el número de enmiendas presentadas durante los trabajos de la Convención y las tendencias enfrentadas en ellas, la categoría había sido polémica y la redacción final reflejó un compromiso entre todas estas posiciones. Este futuro artículo 5 TFUE supondría la plasmación del método abierto de coordinación como estrella ascendente en el firmamento comunitario, 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.

La quinta categoría de competencias previstas en el futuro Tratado será la de las competencias complementarias, cuyo ejercicio en lo sustancial no priva a los Estados de ninguna atribución. El papel de la Comunidad sería en estos casos completamente secundario<sup>8</sup>. Recogidas en el artículo 6 TFUE, se formulaban como ámbitos de “apoyo, coordinación o complemento”. En las materias incluidas, que deberán 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.

<sup>7</sup> Debe resaltarse que esta nueva aparición del principio atributivo sólo aparece en este apartado de toda la lista, poniendo de manifiesto el considerable interés de los Estados en mantener firmes las riendas de sus políticas sociales.

<sup>8</sup> Cfr. T. De la Cuadra-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”.

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 experimentará la formulación del principio de subsidiariedad, recogido en el futuro artículo 5.3 TUE. La nueva redacción es verdaderamente limitativa, al establecerse que la Unión intervendrá “sólo en el caso de que” los objetivos no puedan ser alcanzados por los Estados. La acción comunitaria se configurará de forma irremediamente 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, recalcará y desarrollará la aplicación efectiva del principio.

### 3. ¿LA SOLUCIÓN AL DILEMA SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?

Estas consideraciones sobre el tema competencial conducen al artículo 6 TUE, donde parece ponerse fin a una larga historia de vacilaciones a propósito del tratamiento de los derechos fundamentales en las Comunidades Europeas. La Carta de Niza, tal y como fue adoptada en Estrasburgo en 2007, tendrá a partir de la hipotética entrada en vigor del Tratado de Lisboa el valor jurídico del Derecho originario, sin que ello implique atribución de competencia alguna a la Unión en esta materia. Su interpretación queda diluida por las trabas que establece el propio artículo 6 TUE, pero una base ha quedado sentada. En efecto, la mencionada proclamación de Estrasburgo afectó principalmente al Título VII, referente a la interpretación y aplicación de la Carta. Se introdujeron en él todo tipo de cortapisas al alcance de la Carta, recalcando que no tiene trascendencia competencial alguna y que los Estados sólo están vinculados por ella en tanto apliquen el Derecho de la Unión.

La aplicación que el Tribunal de Justicia haga de este nuevo instrumento de su arsenal determinará si la Carta conserva su actual estatus de comprimario o se convierte en una nueva *prima donna* de la escena europea. Ahora bien, este uso como parámetro en las decisiones, que el Tribunal ya estaba llevando a cabo con frecuencia<sup>9</sup>, quedará irremediamente vinculado a “las explica-

<sup>9</sup> Por ejemplo, en sus Conclusiones sobre los asuntos *Booker e Hydro* (asuntos acumulados C-20/00 y C-64/00), el Abogado General Mischo la calificó de como “la expresión, al más alto nivel, de un consenso político democráticamente elaborado sobre lo que hoy debe considerarse como el catálogo de los derechos fundamentales, garantizados por el ordenamiento jurídico comunitario”.

ciones elaboradas para guiar en la interpretación de la (...) Carta”, esto es, el polémico documento elaborado por el Presidium de la Convención Europea que lleva por título “Explicaciones actualizadas sobre el texto de la Carta de los Derechos Fundamentales” (CONV 828/1/03). A ello hay que añadir las singulares posiciones de algunos Estados miembros frente a la Carta, plasmadas en los Protocolos y Declaraciones anexas al Tratado.

El segundo desencuentro que concluiría con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa tiene por protagonista al Convenio Europeo de Derechos Humanos. A partir de su ratificación en 1974 por parte de Francia, último de los Estados miembros en hacerlo, el Tribunal ha venido utilizando el Convenio como criterio interpretativo en su jurisprudencia<sup>10</sup>. Sin embargo para la Comisión no era suficiente tal grado de compromiso, cuyos defectos quedaban patentes para la doctrina<sup>11</sup>. Hasta 1990 no instó formalmente al Consejo para que autorizara las negociaciones sobre la adhesión de la Comunidad al Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Dictamen 2/94 del Tribunal de Justicia, objeto de notables críticas, descartó tal posibilidad, ante la falta de competencia de la Comunidad para hacer que sus instituciones legislen sobre derechos fundamentales y el hecho de que la adhesión al Convenio situaría a la Comunidad en un marco institucional distinto, lo que impediría el recurso al antiguo artículo 235 TCEE para suplir tal laguna<sup>12</sup>.

El artículo 6.2 TUE recogerá la obligación de que la Unión se adhiera al Convenio, sin que esta decisión suponga, nuevamente, atribución de competencia alguna. De esta forma se sobrevuela el obstáculo planteado por el Tribunal de Justicia de una forma que no es, en modo alguno, muy precisa jurídicamente. Cerrada esta brecha, se plantea ahora un escenario de futuro cuando menos dudoso: un Tribunal de Justicia, hasta ahora omnipotente, sometido hipotéticamente a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a pesar de formar parte de ordenamientos jurídicos diferentes<sup>13</sup>. Nuevamente el tiempo tiene la palabra para decidir sobre los resultados de esta posible crisis.

Finalmente, el nuevo artículo 8 TFUE, heredero del antiguo artículo 3.2 TCE, mantendrá el enfoque de horizontalización del principio de igualdad entre

<sup>10</sup> Por primera vez en la STJCE de 28.01.1975, *Rutili*, asunto 36/75, Rec.1975, p.1219.

<sup>11</sup> Por todos, cfr. B. Valdés de la Vega, “La protección de los derechos fundamentales por el Tribunal de Justicia”, *Revista de Derecho Social*, 23, 2003, pp.39–40.

<sup>12</sup> Vid. C. Escobar Hernández, “Comunidad Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: ¿el fin de una vieja polémica?”, *Revista de Integración Europea*, 3, 1996, pp.828 y ss.

<sup>13</sup> La Declaración n° 2 precisa que la adhesión deberá llevarse a cabo de forma que preserve las especificidades del Derecho de la Unión, señalando la necesidad de un diálogo fortalecido entre ambos órganos.



el hombre y la mujer<sup>14</sup>, que deberá estar presente en todas las acciones de la Comunidad, incluyendo el tratamiento de la violencia doméstica, como precisa la Declaración nº 19. De forma paralela, se introduce un nuevo artículo 10 TFUE donde, de forma más liviana, se pedirá 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 convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. A estas declaraciones generales de principios corresponderían después las apropiadas bases jurídicas, ya presentes en los Tratados, que habilitan la intervención comunitaria.

#### 4. PEQUEÑOS RETOQUES Y OCASIONES PERDIDAS

A primera vista, es inevitable la impresión de que el Tratado de Lisboa, si llega a entrar en vigor, no será recordado, en materia social, como un hito de la categoría de los de Maastricht o Amsterdam. Podría decirse incluso arriesgadamente que palidece ante el Acta Única Europea<sup>15</sup> o el Tratado de Niza<sup>16</sup>. El contenido social de esta reforma se ha centrado en la introducción de una serie de ajustes, de tipo procedimental en línea con el planteamiento general o específicos de la materia que ahora ocupa, pero de un calado que desborda el percibido en una primera impresión.

En las nuevas formulaciones de objetivos de la Unión recogidas en los artículos 2 y 3 TUE (casi copias literales de los artículos I-2 y I-3 de la Constitución), se distinguirían varios contenidos sociales: las menciones a la igualdad, la no discriminación, la libre circulación de personas, la economía social de mercado (empleando las palabras de Ludwig Erhard) altamente competitiva, el pleno empleo, el progreso social, la lucha contra la exclusión social o la cohe-

<sup>14</sup> La Constitución, en este campo, tenía el llamativo rasgo de que todas las menciones a este principio habían sido ajustadas de tal forma que siempre se refiriera a la igualdad entre mujeres y hombres. Tal trabajo de ajuste no se ha repetido, curiosamente, en el nuevo Tratado.

<sup>15</sup> Recuérdese que ésta, como contenido social principal, añadió un nuevo artículo 118 A TCEE, que otorgaba base jurídica propia a la seguridad y salud en el trabajo, y un nuevo artículo 118 B TCEE, que buscaba el fomento del diálogo social a nivel europeo.

<sup>16</sup> Introdujo, a su vez, nuevas materias en el ámbito de la Política social comunitaria: lucha contra la exclusión social y modernización de los sistemas de protección social. Introdujo además ajustes procedimentales, en su mayoría destinados a reflejar el abandono de la consulta y la unanimidad en pro de la codecisión y la mayoría cualificada en materia de igualdad (art.13.2 TCE), derecho a circular y residir libremente (art.18 TCE), elaboración de Acuerdos (art. 139.2 TCE), industria (art.157.3 TCE), entre otros preceptos. Junto a estas medidas positivas, el Tratado de Niza trajo consigo además una considerable cantidad de cortapisas a la acción comunitaria, de tipo financiero y procedimental.

sión económica y social. Aunque reformuladas, todas estas ideas ya estaban presentes en los antiguos Tratados, si bien su concentración y sistematización en estos dos preceptos debería permitir una concepción clara de lo que debe ser el modelo social europeo.

En el Tratado de Funcionamiento, el artículo 9 TFUE puede ser considerado como una cláusula social de seguridad. Tomando elementos de los antiguos artículos 127.2 TCE y 136 TCE y añadiéndoles algún matiz, este precepto establecerá una cláusula de horizontalización, semejante a la señalada antes para la discriminación, para el núcleo del modelo de perfiles borrosos: “en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana”. La trascendencia real de esta declaración queda pendiente de demostración con su puesta en práctica, que hará ver si es una huería declaración programática más o un auténtico intento de encarrilar por la vía de lo social el futuro del acervo de la Unión. El carácter ni claro, ni preciso ni incondicional de la afirmación, en cualquier caso, inclina las profecías hacia la primera solución.

También en el campo de los principios, se ha dejado pasar la oportunidad de revisar la redacción del futuro artículo 151 TFUE (actual 136 TCE). Se trata de un artículo construido a base de aluviones, donde apenas nada se ha rectificado o puesto al día desde su redacción en el Tratado de Roma, sino que por el contrario ha ido admitiendo con escaso concierto nuevos elementos. El tercer párrafo, por ejemplo, continúa recogiendo lo previsto en 1957 sobre el funcionamiento del mercado común y el empleo de los mecanismos del Tratado y de la aproximación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, que conducen a la armonización de los sistemas sociales. La modificación del primer apartado del artículo 136 TCE y la interpolación de un nuevo apartado segundo en 1997 hacen que este tercer párrafo sea en la actualidad poco claro. En definitiva, un ajuste de este precepto, concordándolo con lo recogido en el artículo 2 TUE, habría sido deseable, aunque su consecuencia práctica sea, debe reconocerse, escasa.

De la misma manera, la lista de bases jurídicas del artículo 152 TFUE (antiguo artículo 137 TCE) podría haber sido mejorada. Resulta difícil no criticar la defectuosa factura de este precepto. La lista de materias es poco precisa, desordenada e induce a la confusión. Conforme a la redacción dada en el Tratado de Amsterdam, era considerablemente más claro a la hora de clasificar materias y procedimientos, mientras que en el futuro, al no haberse corregido la redacción dada en Niza, se entremezclarán las remisiones al procedimiento legislativo ordinario y al especial, a la votación por mayoría cualificada

y a la unanimidad. Se impone una reforma del Derecho originario que depure este precepto y aclare el panorama social, eliminando posibles redundancias y contradicciones, y vincule claramente materias, vías de actuación y herramientas disponibles.

Ya con un mayor calado material, el futuro artículo 156 TFUE (sucesor del artículo 140 TCE) incorporará un nuevo inciso final 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 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<sup>17</sup>.

Con la posible entrada en vigor de la reforma, el papel central de la Comisión se consolidaría formalmente. Hasta ahora, ha venido ocupando, ciertamente, una posición muy relevante como motor de la aplicación del método abierto<sup>18</sup>, más allá de lo previsto inicialmente en Lisboa y por supuesto de lo

<sup>17</sup> De entre la abundante actividad de reflexión de la Convención pueden resaltarse las conclusiones del Grupo VI (Gobernanza económica), que señaló “un amplio apoyo a la inclusión en el Tratado Constitucional, por motivos de claridad, de los objetivos, procedimientos y límites básicos del método abierto de coordinación, en el que también deberían desempeñar un papel el Parlamento Europeo y la Comisión Europea, pero de forma que no perjudique a la flexibilidad del método (que es una de sus ventajas principales) y que no tenga por efecto la sustitución o la elusión de procedimientos o políticas de la Comunidad”. El Grupo IX (Simplificación) insistió en la línea de la inclusión en el Tratado, pero desde un planteamiento radicalmente opuesto a lo defendido doctrinalmente. Consideraba que el método abierto “se refiere a la acción concertada de los Estados miembros al margen de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión” y que “no debe confundirse este método con las competencias de coordinación atribuidas a la Unión por diversas bases jurídicas, especialmente en materia económica y de empleo”. Como se puede constatar, ni siquiera entre los propios protagonistas del Derecho comunitario está claro el alcance de este método. El Grupo V (Competencias complementarias), también sugiriendo la pertinente incorporación al Tratado, propuso en su Informe definitivo la siguiente caracterización del método abierto de coordinación: “un proceso de planificación, examen, comparación y ajuste de las políticas (sociales) de los Estados miembros (de la UE) que se nutra de una información mutuamente suministrada y esté basado en objetivos comunes”. Por último, el Grupo XI (Europa social) también apuntaba a la necesidad de un planteamiento expreso y claro en el texto del Tratado, poniendo el acento en señalar que no debería utilizarse en ningún caso para socavar las actuales competencias de la Unión o de los Estados miembros. La justificación de la nueva categoría residía, para la Convención, en “el carácter específico de la coordinación”.

<sup>18</sup> Cfr. M. Telò, “La gouvernance économique et sociale et la réforme des traités. La méthode ouverte de coordination”, 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, p.484: “Le rôle important dévolu à la Commission semble souvent aller de pair dans les traités avec le rapport au concept de coordination plutôt qu’avec celui de coopération, un concept plus souple et de toute évidence de nature plus nettement intergouvernementale”.

contemplado en el Tratado<sup>19</sup>. Este protagonismo ha tenido una doble dimensión: por un lado, los diseños contemplados en las numerosas Comunicaciones elaboradas por ella han sido llevados a la práctica, creando así la actual configuración del método. En segundo lugar, buena parte de la labor de evaluación comparativa ha quedado encomendada a esta Institución en el ámbito de la protección social. La Declaración nº 31 recalcará, en todo caso, que el papel principal en la puesta en práctica de estas políticas corresponde a los Estados, y que el rol de la Unión es simplemente complementario.

Un último e ínfimo ajuste se refiere a la supresión del segundo párrafo del artículo 159 TFUE (antiguo artículo 143 TCE). La mención a la capacidad del Parlamento de solicitar informes de la Comisión sobre problemas sociales específicos, que aparecía duplicada en los artículos 143 y 145 TCE, será eliminada, en un acertado trabajo de depuración del Tratado. Este loable esfuerzo, sin embargo, no se extiende a otros preceptos donde sería conveniente. Por ejemplo, los artículos que recogen la creación de los comités de empleo (150 TFUE) y de protección social (160 TCE) seguirán redactados como posibilidades de futuro, cuando dichos órganos ya están en funcionamiento.

En definitiva, el Tratado de Lisboa se ha limitado a llevar a cabo algunos ajustes en lo que a la política social, entendida en sentido estricto, concierne. Si hubiera que escoger el más relevante de entre todos ellos, éste sería, casi con total seguridad, el reconocimiento formal del método abierto de coordinación, con carácter global y ya no limitado al campo del empleo, en el Derecho originario. Este hecho simboliza claramente los nuevos rumbos, iniciados en 2000, por los que probablemente discurra el devenir social comunitario.

## 5. EL DIÁLOGO SOCIAL Y EL MANTENIMIENTO DE UNA DESVIACIÓN

La creación de un nuevo artículo 152 TFUE, donde se establecerá que la Unión reconocerá y promoverá el papel de los interlocutores sociales en su ámbito, teniendo en cuenta la diversidad de los sistemas, asume la apariencia de un importante hito en el camino que se inició en el Acta Única Europea. El establecimiento de un precepto singular que proclama la importancia del diálogo social, ya señalado como fin de la política social de la Unión en el artículo 151 TFUE, resalta su consideración central en el modelo europeo, en línea con lo comentado anteriormente sobre otras simbólicas declaraciones.

<sup>19</sup> Vid. M. Robles Carrillo, "El método abierto de coordinación: una técnica original de acción europea", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 239, 2005, p.11.

Ahora bien, reconociendo su importancia formal, el precepto venidero merece ser objeto de varias críticas. En primer lugar, su colocación no es afortunada. Debería haberse situado junto a los artículos que regulan la efectiva participación de los interlocutores sociales en el procedimiento legislativo comunitario. Un capítulo II dentro del Título X, que recogiera los artículos 152, 154 y 155 TFUE, obedecería a una sistemática mucho más racional. En cuanto a su contenido, en cierta medida repite lo afirmado en el artículo 154 TFUE, con mínimas variaciones de redacción. Por añadidura, no puede sostenerse que tenga auténtica relevancia la indicación a la cumbre social tripartita, que no aparece definida en modo alguno en el Tratado, para que contribuya al diálogo social.

A esta modificación debe yuxtaponerse en el análisis el mantenimiento de una práctica desviada del texto del Tratado. El artículo 155 TFUE seguirá manteniendo que los acuerdos de los interlocutores sociales podrán ser aplicados a través de una decisión del Consejo. Insistiendo en esta cuestión, se añadirá un inciso al primer párrafo del apartado 3 del artículo 153 TFUE (antiguo 137.3 TCE), donde se recuerda que los interlocutores sociales nacionales pueden aplicar, a semejanza de cualesquiera directivas, las decisiones del Consejo adoptadas de conformidad con el artículo 155 TFUE. Aunque la redacción del artículo 155 TFUE se refiera a una “decisión del Consejo”, dando la apariencia de que el acto típico del artículo 288 TFUE es el precedente<sup>20</sup>, esta interpretación ha sido desmentida por la realidad, encajando con la versión alemana del texto, que contiene el término *Beschluss* y no *Entscheidung*, que es el empleado en la enumeración de los actos típicos. Los seis acuerdos dotados de esta clase de eficacia han sido incorporados como anexos a directivas del Consejo, aplastando con rotunda uniformidad las dudas doctrinales.

Los redactores del proyecto de Constitución Europea fueron conscientes de este desajuste y el texto del artículo III-212 contemplaba la adopción de reglamentos o decisiones europeos, mediando informe al Parlamento Europeo, aunque esta solución no habría puesto fin a los problemas detectados<sup>21</sup>. Los redactores del Tratado de Lisboa optaron por pasar por alto la anomalía y mantener, sosteniendo y no enmendando, que la decisión del Consejo es el eje de la aplicación heterónoma de los acuerdos de los interlocutores sociales comunitarios. La única explicación razonable para esta obstinación es que el Consejo haya decidido alterar su práctica en el futuro e iniciar la incorporación de estos acuerdos a través de estos instrumentos.

<sup>20</sup> En la doctrina española, pionero y extensamente, A. Ojeda Avilés, “Los euroacuerdos reforzados y la naturaleza de la decisión del Consejo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 62, 1993.

<sup>21</sup> Sobre esta previsión, M. C. Aguilar González, *La negociación colectiva en el sistema normativo comunitario*, Lex Nova, Valladolid, 2006, pp.232 y ss.

## 6. UNA LIBRE CIRCULACIÓN DE MIRAS MÁS AMPLIAS

Enclavado en la Ciudadanía de la Unión y ya no en el mercado interior, el artículo 21 TFUE (antiguo artículo 18 TCE) regulará la libre circulación de la que disfruta todo ciudadano de la Unión. Merece la pena señalar la inversión conceptual, ya presente en el actual Derecho originario, que se ha producido en este derecho vinculado con la ciudadanía de la Unión frente a la libre circulación de trabajadores. Ésta consideraba su núcleo esencial la prohibición de cualquier discriminación basada en la nacionalidad y el derecho a desplazarse se configuraba como un contenido instrumental. En cambio, el desplazamiento es aquí el corazón del derecho y la prohibición de discriminación tiene un tratamiento independiente en el futuro artículo 18 TFUE, aunque sea inconcebible sin ella. A pesar de su planteamiento general, este artículo tiene carácter residual, como sucede también a propósito del principio de no discriminación por razón de nacionalidad, ya que se empleará cuando los Tratados no hayan previsto otros poderes de acción al respecto. Su verdadera utilidad parece limitarse a amparar a quienes se desplazan por motivos no económicos<sup>22</sup>. De ahí su utilización como base jurídica de apoyo, nunca en solitario, en el Derecho derivado.

El Tratado de Lisboa supondrá un considerable avance en este campo en materia social. El Tratado de Niza había incorporado a este artículo un tercer apartado que excluía la aplicación del artículo en materia de los pasaportes, documentos de identidad, permisos de residencia o cualquier otro documento asimilado, o disposiciones referentes a la seguridad social o la protección social. Dicho apartado será suprimido y dará paso a uno nuevo donde se recogerá la posibilidad de que el Consejo, mediante un procedimiento legislativo especial, previa consulta al Parlamento Europeo, y decidiendo por unanimidad, adopte medidas sobre seguridad social o protección social.

Con esta decisión se llenaría un importante hueco que obligaba a recurrir a la cláusula de flexibilidad del antiguo artículo 308 TCE para aprobar normativa sobre estas cuestiones cuando afectara a personas que no fueran trabajadores por cuenta ajena. Sirve como ejemplo el Reglamento (CE) n° 883/2004, llamado a sustituir al actualmente vigente cuando se apruebe su Reglamento de aplicación. Se sustenta sobre una base doble: el antiguo artículo 42 TCE, como era de esperar, completado por el artículo 308 TCE. La utilización de este último se debe a la existencia en la norma de medidas referidas a quienes no son trabajadores por cuenta ajena, como justifica la propia exposición de

<sup>22</sup> STJCE de 18.01.2007, *Comisión contra Suecia*, asunto C-104/06, Rec.2007, p.I-671: “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”.

motivos. La primera propuesta incluía como base jurídica el artículo 8 A TCE (después reenumerado como artículo 18 TCE y a punto de transformarse en el comentado artículo 21 TFUE) como base jurídica adicional, si bien se descartó en la tramitación del reglamento sin que conste justificación alguna. La explicación era la falta de un apoyo jurídico, que queda ahora solventada con esta modificación. Ciertamente, es un paso muy importante en la consolidación de la Ciudadanía de la Unión, puesto que abre las fronteras de la Seguridad social para todos los ciudadanos, desbordando la concepción profesional vinculada a la libre circulación y permitiendo concebir una Europa de los ciudadanos no muy lejana.

En línea con estos meritorios ajustes técnicos, que revelan una cuidada reflexión sobre las fallas del Derecho originario y que por desgracia no se ha extendido a otros ámbitos ya comentados, el artículo 48 TFUE (antiguo artículo 42 TCE) será también objeto de un ligero ajuste. La base jurídica para la articulación de los regímenes nacionales de Seguridad social ya no se limitará a “los trabajadores”, sino que tendrá una redacción más precisa: “trabajadores migrantes, por cuenta ajena y por cuenta propia”. De esta forma se cubrirá otra laguna que obligaba al recurso a la cláusula de flexibilidad para regular los desplazamientos de los trabajadores autónomos, como había sucedido con ocasión del Reglamento (CEE) n° 1390/81. Con ello se ganará en precisión técnica y se facilitará el procedimiento, al pasar esta materia al procedimiento legislativo ordinario y a la votación por mayoría cualificada. Resulta curiosa, por lo demás, la inclusión del término “migrante”, abandonado por el Tribunal de Justicia a raíz de la sentencia *Unger*, y que nunca hasta ahora había tenido cabida en los Tratados.

Junto a estos indudables progresos, el Tratado de Lisboa traerá consigo una importante limitación. Al artículo 48 TFUE se le añadirá un nuevo inciso final, que quizás habría sido más acertado construir como apartado segundo, y que guarda un ligero parecido con la ya existente cautela del artículo 152.4 TFUE sobre las medidas que puedan afectar a los sistemas nacionales de Seguridad social. 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.

Valorando la extensión de la capacidad normativa de la Unión, no sorprende la aparición de este nuevo límite. Al abrir a toda la ciudadanía, en determinadas circunstancias, la capacidad de exportar sus prestaciones, pueden estar creándose brechas que debiliten la solvencia de algunos sistemas. Por

añadidura, la extensión no uniforme de las nuevas medidas nacionales de protección, como puede ser el seguro de dependencia, crea un escenario asimétrico contra el que se quieren proteger los países más desarrollados en este campo. El hecho de que el examen haya de ser realizado por el Consejo Europeo pone de manifiesto la importancia política que se otorga a esta cuestión y se enmarca en la línea de consolidación del órgano como cabeza pensante del diseño, que no de la ejecución, de la política social de la Unión Europea.

## 7. CONCLUSIÓN

De lo hasta ahora expuesto se desprende claramente que el Tratado de Lisboa no contiene novedades de relumbrón como pudieron ser el Protocolo de Maastricht o el Título VIII en Amsterdam. Sin embargo, esto no debe conducir a la conclusión de que vaya a pasar por la materia social sin dejar huella. El examen de lo consolidado revela un trabajo de perfil poco destacado, pero que en el fondo contiene algunas novedades más sustanciales que las que recogía la mucho más ambiciosa Constitución Europea. Además, los nuevos mecanismos de reforma de los Tratados sitúan a la Unión ante un escenario de mayor flexibilidad que puede permitirle avanzar con mayor ligereza, corrigiendo esos defectos, y encarando con otras perspectivas sus próximas décadas de existencia.

En todo caso, serán necesarias nuevas reformas antes de que los reproches puedan centrarse únicamente en la oportunidad de las decisiones, y no en su dificultad o insuficiencia jurídica. Más allá del trabajo técnico, no obstante, queda el político, para convencer a los ciudadanos de que el modelo es defendible y eficaz. Sólo así se decidirá si el análisis que recoge este trabajo es la autopsia de un *nasciturus* o el diagnóstico de un porvenir.