

LA UNIÓN EUROPEA Y LA POLÍTICA SOCIAL

por el Académico de Número

Excmo. Sr. D. Manuel ALONSO OLEA*

Por mucho que quisiera, me resultaría imposible abordar los aspectos sociales y laborales de la Unión Europea, como si la hora cero de su historia fuera el Tratado de la Unión, firmado el 7 de febrero de este año 1992. Imagino que el estudio de cualquiera de los múltiples aspectos de la Unión tiene que remontarse a sus precedentes, a los inmediatos siquiera. Respecto de los que son objeto de mi disertación hoy, no es que lo imagine, sino que estoy seguro de ello; me siento incapaz de hacer una exposición seria sin aquellas referencias al pasado comunitario, que es a lo que, tras una breve introducción (parte I), voy a proceder en primer lugar (partes II y III) para seguidamente pasar a la Unión, tema básico de esta disertación (parte IV); procurando a lo largo de toda ésta, no encapsular ni desbordar aquel —el pasado como preciso para exponer el presente— riesgos ambos que es de todo punto necesario prevenir y evitar.

INTRODUCCIÓN

Son tres las fases a considerar, cuyos respectivos episodios y momentos iniciales son los siguientes:

1.^a *La creación de la Comunidad Económica Europea* (CEE, en adelante) por el Tratado de 1956. Como es sabido, lo correcto sería hablar de las Comunidades Europeas, en plural, para abordar, junto a la CEE, la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA, 1951) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM,

* Sesión del día 2 de junio de 1992.

1957); sin embargo, mi exposición tendrá en cuenta sólo la CEE que es donde básicamente aparecen las materias objeto de esta disertación, aunque una indagación histórica de mayor profundidad tendría que extenderse también a las otras dos Comunidades¹.

2.^a *La modificación del Tratado de la CEE por el Acta Única Europea* (el Acta en adelante) en 1986. Es el Acta un documento extremadamente complejo, porque no sólo modifica el Tratado de la CEE —también los de la CECA y EURATOM— sino que comprende materias ajenas a los tres Tratados y a las Comunidades por ellos creadas en cuanto tales (Disposiciones sobre la *Cooperación Europea en Materia de Política Exterior*, Título III del Acta, señaladamente). El apellido intrigante y esotérico de Acta *Única* deriva precisamente de que se utilizó un único Tratado para la regulación de estos varios conjuntos de materias. Resalto esto porque algo muy parecido va a ocurrir en el Tratado de la Unión.

(Entre el Tratado de la CEE y el Acta Única se intercala, lo que para nosotros es bien importante, el Tratado de Adhesión de España —y de Portugal— a las Comunidades, «hecho en Lisboa y Madrid el día 12 de junio de 1985», y en vigor desde que en 1 de enero de 1986, previa ratificación, se publicaron los correspondientes instrumentos en el *Boletín Oficial del Estado*.

El 3 de julio de 1987 se publicó el Instrumento de Ratificación del Acta Única. En ésta aparece ya Su Majestad el Rey de España conviniendo en nombre de nuestro país.)

3.^a El Tratado de la Unión Europea (la Unión en adelante); reservo para un momento ulterior de la exposición algunas consideraciones generales sobre el mismo.

De lo que se trata, decía, es de contemplar cada uno de estos Tratados Internacionales, fuentes primarias del Derecho Comunitario, desde la perspectiva de su Política Social —expresión ésta, la de *Política Social*, que en los Tratados recobra parte de su quizá pérdida grandeza— o de cómo la política social, especialmente por lo que a los trabajadores por cuenta ajena, por lo que a los asalariados, toca, va siendo sucesiva, directa o indirectamente, abordada en cada una de ellos.

¹ Ilustro esto con un ejemplo: al estudiar un laborista las condiciones de trabajo de la mujer en España —tema éste de importancia formidable en cualquier ámbito, incluido desde luego el comunitario— forzosamente tiene que referirse, por muy igualitaria con la del varón que sea la tendencia actual de su regulación, a normas especiales para ella en cuanto a la seguridad del trabajo. Pues bien, las relativas a protección contra las radiaciones ionizantes de «mujeres gestantes» y de «mujeres en condiciones de procrear» estaban reguladas por el Decreto 2519/1982, de 12 de agosto; este Decreto fue modificado por los sucesivos 1573/1987, de 25 de noviembre, y el muy reciente, 53/1992, de 24 de enero, dictados, como el preámbulo del último indica, «con el fin de proceder a (la) adaptación (de la protección sanitaria contra las radiaciones ionizantes) al régimen de Derecho Europeo sobre protección radiológica, en particular a *las Directivas 80/836 y 84/467, del EURATOM* ambas, relativas a la protección sanitaria del público y de los trabajadores contra los peligros que resultan de las radiaciones ionizantes...» (mías las cursivas).

Sobre este tema, todavía sin tener en cuenta el Decreto de 1992, cuya incorporación habrá de esperar una nueva edición, ver la 12.^a edición, Madrid 1991, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, de M. Alonso Olea y M.^a E. Casas Baamonde, *Derecho del Trabajo*, págs. 126 y 229-230.

EL TRATADO DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA

El Tratado de la CEE crea una Comunidad Económica Europea; su artículo 1.º es tan breve como que sólo contiene precisamente esta declaración.

Por el presente Tratado, las partes contratantes *constituyen entre sí una Comunidad Económica Europea*.

Lo económico es definitorio, tanto que entra en el nombre de la Comunidad creada y hasta se incorpora a su sigla —la primera *E* de CEE; la segunda *E* de la versión inglesa EEC— y preside los fines, y los medios para alcanzar estos, de la propia CEE. La lectura de los artículos 2.º, misión que la Comunidad tiene, y 3.º, objetivos que se propone alcanzar, del Tratado de la CEE no deja lugar a dudas sobre ello.

Con todo, es claro, como no podía dejar de ser, que la finalidad última que la CEE persigue es social: para el artículo 2.º la «expansión continua y equilibrada» y la «estabilidad creciente» tienen como punto de mira «una elevación acelerada del nivel de vida» de los moradores de la Comunidad; y en éstos está pensando también como beneficiarios últimos de «relaciones más estrechas entre los Estados que la integran». La «misión», de la Comunidad, en este sentido, es social por esencia.

Pero todavía, con todo, embebido en el espíritu de la CEE, está que «la mejora de las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores» de la Comunidad más resultará de la evolución natural de ésta, «del funcionamiento del mercado común» (art. 117 del Tratado), que de medidas directa y específicamente dirigidas a la tal mejora².

Lo que no quiere decir que por completo falten, quizá teñidas por esta concepción, reflejas o derivadas, medidas específicas sociolaborales; que pueden agruparse en los siguientes apartados:

- Libre circulación de trabajadores.
- Política social comunitaria.
- Fondo Social Europeo³.

A cuya exposición resumidísima paso:

A) La libre circulación de trabajadores

La libre circulación de los trabajadores en la CEE puede sin duda titularse de *libertad comunitaria fundamental*; medio para la consecución de los fines de la CEE

² Las citas, de los artículos 2 y 117 del Tratado de la CEE. Remito Alonso Olea-Casas Baamonde, *Derecho del Trabajo*, ya mencionado, págs. 668 a 678, y a la bibliografía que estas páginas y en las 738-739, citamos.

³ Este mismo esquema utilicé para mi disertación sobre los *Aspectos sociales de la Comunidad Económica Europea*, en la sesión ordinaria del día 11 de febrero de 1986; publicada en nuestros *Anales*, año XXXVIII, número 63, páginas 243-251.

es la «supresión entre los Estados miembros de los obstáculos a la libre circulación de personas...», que comprende desde luego, la «libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad» (arts. 3.c) y 48.1)⁴.

Sucesivos Reglamentos comunitarios (leyes para cada uno de sus Estados miembros, sin necesidad de ratificación por éstos, como es sabido) han ido desarrollando y regulando este derecho con toda amplitud, y restringiendo al máximo las excepciones permisibles «por razones de orden público, seguridad y salud públicas» que el artículo 48.3 del Tratado autoriza.

B) La política social

El intento de la CEE en lo que su Tratado dedica a la *Política Social*, es —aparte de que, como se ha dicho, en la evolución «natural» del mercado común está lo esencial— procurar la «armonización de los sistemas sociales..., y..., la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas» sobre los propios «sistemas sociales» de los Estados miembros (art. 117).

Pero aquí el Tratado de la CEE es muy suave; aunque la lista, o el revoltijo de materias, que están dentro de lo que denomina «el ámbito social» comprende todas las imaginables (art. 118: empleo; Derecho del Trabajo y condiciones de trabajo; formación profesional; accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; higiene del trabajo; sindicación y negociación colectiva) el Tratado no quiere ir más allá de «promover una estrecha colaboración entre los Estados miembros» en el ámbito citado, actuando en contacto también «estrecho» con ellos «mediante estudios, dictámenes y organización de consultas».

Sólo en un punto es absolutamente terminante el Tratado, a saber, la prohibición de discriminación salarial por razón de sexo, esto es, en realidad, la discriminación contra la mujer; conforme a su artículo 119, párrafo 1.º:

Cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución de los trabajadores masculinos y femeninos para un *mismo trabajo*⁵.

⁴ La libre circulación supone «la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo» (artículo 48.2).

La libre circulación de los trabajadores «implicará el derecho... de responder a ofertas efectivas de trabajo..., desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros.... residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo (en las mismas condiciones que los trabajadores nacionales ... y) permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo» (artículo 48.3). Bien entendido que las disposiciones de este artículo 48, según su número 4, «no serán aplicables a los empleos en la Administración pública».

⁵ El Tribunal de Justicia Comunitario tiene declarado que el precepto es de vigencia inmediata y directa. Aparte de ello, las directivas comunitarias, señaladamente la 75/1117 de 10 de febrero de 1975, interpretaron el Tratado corrigiendo su redacción anacrónica, en el sentido de que había de pagarse el mismo salario no

C) El Fondo Social Europeo

Los artículos 123 al 128 del Tratado (que siguen a sus *Disposiciones Sociales*)⁶ preveen la creación y regulan el funcionamiento de este *Fondo Social Europeo* —uno de los varios «estructurales» de la CEE— con la finalidad general de «mejorar las posibilidades de empleo de los trabajadores en el mercado común» y, reiterando la expresión del artículo 2.º, «contribuir..., a la elevación del nivel de vida». El Fondo tiene el encargo de «fomentar dentro de la Comunidad, las oportunidades de empleo y la movilidad geográfica y profesional de los trabajadores»⁷. No parece que durante sus primeras etapas tuviera el Fondo gran actividad ni, sobre todo, se mostrara adecuado para lidiar los problemas de reconversión de los numerosos sectores industriales afectados por la situación de «crisis» que pasados los años de oro (*circa* 1950-1975) se desencadenó mediada la década de los setenta.

La propia alusión del artículo 123 a la «movilidad geográfica» como uno de los medios de fomentar el empleo, resulta quizá hoy anacrónica por mucho sentido que tuviera hace cuatro décadas, en vista de las emigraciones intra-europeas entonces tan intensas —incluso entre países, entonces también «no comunitarios», caso de España— como amortiguadas ahora por las situaciones de crisis de empleo de los países miembros, de un lado, y porque el equilibrio relativo y a la baja de los índices de natalidad y mortalidad ha devenido común a todos ellos, de otro. Trabajo escaso y equilibrio demográfico concurren en la reducción de los movimientos de los trabajadores dentro del Mercado común; la presión actual, intensísima, sobre éste, es extracomunitaria.

sólo por trabajos iguales, si no por trabajos de valor igual, aunque fueran distintos (al respecto, nuevamente Alonso Olea-Casas Baamonde, *Derecho del Trabajo*, cit., págs. 123-124, y bibliografía que se cita); también la sentencia del Tribunal Constitucional 145/1991, de 1 de julio, y su comentario en *Jurisprudencia Constitucional de Trabajo y Seguridad Social*, tomo IX, ref. 570.

El artículo 1.º de la Directiva citada dice que «el principio de igualdad de retribución» del art. 119 del Tratado, «implica... la eliminación de toda discriminación por razón de sexo... para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuya valor igual...» (mías las cursivas). Es obvia la interpretación extensiva.

El núm. 3/91 de *Europe Sociale*, publicación de la Comisión de las Comunidades Europeas, está dedicado monográficamente a «la igualdad de oportunidades de mujeres y hombres». Por cierto, en un breve y simpático trabajo que aparece en el mismo (F. R. BODDENDIJK: *Le long chemin qui mène à l'égalité des chances*, págs. 94-97) se dice que «nadie hubiera imaginado en 1957 que este artículo (el 119 del Tratado) sería la piedra angular de una política europea de igualdad de sexos».

⁶ Referencia completa, que además sirve para dar una idea elemental de la estructura del Tratado: la Parte 3.ª del Tratado (que tiene seis), lleva por rúbrica *Política Social*: comprende siete títulos, de los cuales el III es el destinado a la *Política de la Comunidad* [comprende dos Capítulos; el I sobre *Disposiciones Sociales* (artículos 117 a 122), y el II sobre el *Fondo Social Europeo* (artículos 123 al 128)].

⁷ Sobre el *Fondo*, en esta época, A. Martín Valverde: *El Fondo Social y la política de empleo en la Comunidad Europea*, Madrid, 1986.

EL ACTA ÚNICA

Pasamos al *Acta Única*, contemplada también desde su impacto en las tres parcelas sociolaborales que han quedado examinadas en el Tratado de la CEE, y con la misma brevedad que se han examinado respecto de éste. Añadiendo una reflexión sobre la *Cohesión económica y social*, novedad del Acta.

A) El espacio sin fronteras

La libre circulación de trabajadores no experimenta modificación alguna en el *Acta Única*; los artículos 48 a 51 —contenido del Capítulo del Tratado ya reseñado⁸— se dejan como originariamente estaban, sin adición ni modificación.

Hay, es claro, el cambio de espíritu de todo el Tratado del que es reflejo y compendio la visión del «espacio sin fronteras»; en el nuevo artículo 8A, añadido por el Acta; en su párrafo 2.º —el 1.º contiene el compromiso de adoptar las medidas para establecerlo— se nos dice que,

El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de ... personas... estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente *Tratado*.

Esto aparte, quizá la mejor demostración de que la libre circulación de trabajadores por cuenta ajena (otra cosa es la de las personas ocupadas en «actividades no asalariadas», sobre las que volveré al final brevemente, al hablar del Tratado de la Unión) se da por conseguida, sea que la actividad reglamentaria —esto es, legal; el *reglamento* es la ley comunitaria, como es sabido— sobre la libre circulación no ofrece nuevas promulgaciones importantes tras el Acta Única, salvo en el tema torturado —torturado nacional, infranacional, «comunitaria» e internacionalmente— de la Seguridad Social⁹.

B) Directivas sobre seguridad y salud en el trabajo y «aproximación de las legislaciones»

Las modificaciones del Acta Única en este respecto han sido importantes; tan importantes como confusas, añadiría, sumiendo en ocasiones al intérprete en una gran perplejidad y haciéndole dudar de su capacidad de comprensión.

⁸ Para dar también aquí el dato sistemático del Tratado: Parte 2.ª (*Fundamentos de la Comunidad*), Título III (*Libre Circulación de personas, servicios y capitales*), Capítulo I (*Trabajadores*).

⁹ Ver sobre este punto, brevemente, M. ALONSO OLEA y J. L. TORTUERO PLAZA: *Instituciones de Seguridad Social*, 13.ª ed., Madrid, 1992, págs. 397 a 406 y bibliografía que allí citamos.

(Reitero aquí que sólo estoy estudiando el *Tratado* y el *Acta Única* en cuanto introductorios al tema propio de esta disertación que es el de la *Unión*.

Probablemente se dirá que esta introducción, aparte de pesada, es larga en exceso; con todo puedo asegurar que se trata de indicaciones extremadamente someras; especialmente lo van a ser en lo que sigue, al tenerlo estudiado en otro lugar)¹⁰.

En primer término, el Acta adiciona al Tratado un largo precepto (Artículo 118A) en el que selecciona, de entre las «materias sociales» tan ampliamente listadas en el artículo 118 originario, como parte sin duda de «las condiciones de trabajo», la relativa a la promoción de «la mejora del medio de trabajo, para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores». Prevé que se dicten —y por mayoría cualificada, no por unanimidad— directivas que contengan «las condiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente» con tal fin, sin perjuicio de que cada Estado miembro pueda mantener, y aun en el futuro adoptar, «medidas de mayor protección de las condiciones de trabajo, compatibles con el presente Tratado».

Al Acta Única, en ejecución de lo recién dicho, siguieron una Directiva general o marco *Para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo* y, conforme a las previsiones de ésta, una serie de «directivas específicas» [sobre: 1.ª lugares de trabajo; 2.ª equipos de trabajo («cualquier máquina, aparato, instrumento o instalación utilizado en el trabajo»); 3.ª equipos de protección individual (los comúnmente e incluso en las mismas directivas llamadas *EPÍ*s o *Epis*, «equipos llevados o sujetos por el trabajador —cubriendo partes de su cuerpo o todo él— para que le protejan» durante el trabajo); 4.ª manipulación manual de cargas que entrañen riesgos, en particular dorsolumbares; 5.ª equipos que incluyan pantallas de visualización; 6.ª protección contra la exposición a agentes carcinógenos (siempre «de trabajadores... en el trabajo», como en todas estas directivas)].

Al nuevo artículo 118A, sigue pues, una actividad normativa muy intensa¹¹ sobre

¹⁰ M. ALONSO OLEA: «Directivas Comunitarias y normas nacionales. El carácter mínimo de las Directivas sobre seguridad e higiene en el trabajo y la posible mayor protección de la norma nacional». (*Revista de Instituciones Europeas*, vol. 18, núm. 1, 1991; págs. 9 a 38).

¹¹ Justamente son estas Directivas y el sentido del inciso, «... no serán obstáculo para el mantenimiento y la adopción, por parte de cada Estado miembro, de medidas de mayor protección de las condiciones de trabajo, compatibles con el presente Tratado» (art. 118A.3, en relación con el artículo 36, del Tratado ambos), el tema de mi estudio referenciado en la nota precedente al que vuelvo a remitir, así como a la bibliografía que allí cito; centrado sobre los obstáculos que a la libre circulación de mercancías, esencia entrañable del Mercado Común Europeo, puede generar la utilización extensa de la cláusula de reserva, y los procedimientos ideados para solventarlos. Por lo demás la concentración sobre la seguridad e higiene en el trabajo de las directivas «sociales» comenzó antes del Acta Única, como constatan MONTOYA-GALIANA-SEMPERE: *Instituciones de Derecho Social Europeo*, Madrid, 1988, págs. 52-60.

Quizá se puede añadir aquí que la cláusula de medidas de mayor protección por cada Estado miembro, que puedan ser mantenidas o adoptadas, en cuanto sean «compatibles con el presente Tratado», aparece también en los nuevos preceptos que añadió al Tratado CEE el Acta Única, a propósito del *Medio Ambiente*, Título VII (artículos 130R,S,T; la cláusula en el art. 130.T).

lo que en nuestra legislación y práctica se denominan «medidas de seguridad e higiene en el trabajo». Volvemos, a finales del siglo XX y desde su perspectiva, a los mismos problemas a los que se dirigieron, a principios del XIX desde la suya, las *Factories Acts* del Derecho del Trabajo incipiente.

Lo anterior aparte, el Acta Única, fuera de las «Disposiciones Sociales» a las que nos hemos referido, introdujo modificaciones importantes en la parte del Tratado relativa en general a la *Aproximación de las legislaciones*¹², mediante la adición de unos largos artículos, 100A y 100B al originario artículo 100. El sentido general de las adiciones es que para conseguir los objetivos del artículo 8A («el mercado interior implicará un espacio sin fronteras...», recuérdese) pueden adoptarse:

medidas relativas a la aproximación de las disposiciones *legales reglamentarias y administrativas de los Estados miembros* (artículo 100A.1).

Pero este apartado 1.º, según el apartado 2.º del propio artículo 100A,

no se aplicará... a las disposiciones relativas a la circulación de personas, ni a las relativas a los derechos e *intereses de los trabajadores por cuenta ajena*.

Con lo que, si la cuestión acabara aquí, parecería —dejando a un lado «la libre circulación de personas»— que no se pueden adoptar «medidas de aproximación» sobre la seguridad e higiene o salud en el trabajo, que evidentemente afectan «a los derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena», con lo cual habría una contradicción entre este artículo 100A y el 118A. La cuestión se complica porque el artículo 100A.4.º sigue diciendo que cuando se adopte una «medida de armonización» —aquí sinónimo de «aproximación»— de las previstas en el apartado 1.º —lo que puede hacerse por mayoría— el Estado miembro puede seguir aplicando sus disposiciones nacionales, si lo estima justificado.

por alguna de las razones importantes contempladas en el artículo 36¹³ o relacionadas con la protección del medio de trabajo o del medio ambiente.

Con lo cual el medio de trabajo y por tanto la seguridad e higiene en el trabajo parecen no estar incluidos o escapar del artículo 100A.2 y buscar ímplicitamente su refugio en el 118A.

Y se debe añadir que para la actividad normativa no han sido obstáculo «las numerosas dificultades interpretativas a las que se presta el art. 118A» de que sin fundamento del todo notorio habla R. BLANPAIN: *Labor Law and Industrial Relations in the European Community*, Deventer-Boston, 1991, págs. 145-146. O que el temor «a tener que reducir sus exigentes niveles de protección del medio ambiente» se ha citado como una de las causas del *no danés* (*Time Int.* 15-6-1992, pág. 32).

¹² Parte 3.ª, *Política de la Comunidad*, título I, *Normas Comunes*, capítulo III *Aproximación de las legislaciones*.

¹³ Entre ellas, dicho sea de paso, las relativas a «la protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional», respecto del cual, por tanto, pueden adoptarse «prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o transito».

Quizá podría, pero no me propongo profundizar aquí sobre este espinoso tema normativo que quiero sólo dejar planteado, por no perjudicar el equilibrio de la disertación¹⁴.

C) **El Fondo, intocado**

La regulación del Fondo Social Europeo no fue afectada por el Acta Única. Bien es verdad que a lo largo del año 1988, y por tanto trayendo causa de la aprobación del Acta, se dictaron una serie de Reglamentos sobre el Fondo, mirando especialmente aquella de sus finalidades que se refería a las «oportunidades de empleo y la movilidad..., profesional de los trabajadores».

D) **La cohesión económica y social**

Novedad del Acta Única fue la adición a la parte tercera del Tratado, de un nuevo Título V (artículos 130A a 130E), rubicado *Cohesión económica y social*, cuyos preceptos miran a —y en esto consiste la cohesión— «reducir las diferencias económicas y sociales entre las diversas regiones (de la Comunidad) y el retraso de las menos favorecidas».

Los fondos estructurales deben contribuir a tal finalidad y, en general, los Estados miembros deben «conducir su política económica y coordinarla, con miras a alcanzar también los objetivos enunciados», esto es, la reducción de diferencias y el impulso adelante de las regiones retrasadas. En especial uno de ellos, el *Fondo Europeo de Desarrollo Regional* está destinado a corregir aquellas diferencias participando «en el desarrollo estructural de las regiones menos desarrolladas y en la reconversión de las regiones industriales en decadencia» (artículo 130C).

LA INCORPORACIÓN DE ESPAÑA A LAS COMUNIDADES

Ya dijimos que la incorporación de España a la CEE —y a la CECA y el EURATOM— se produjo muy poco antes del Acta Única, con lo cual se nos ha aplicado simultáneamente, a todos los efectos prácticos, Tratados más Acta Única. Sin embargo, como es sabido, la libre circulación de trabajadores, en cuanto a España, tuvo un período transitorio en virtud del cual sólo fue completamente efectiva a partir del 1 de enero de 1992 (1 de enero de 1993 para Luxemburgo)¹⁵.

¹⁴ Al tema se refiere F. Suárez González, en págs. 137-141 de su estudio: «El Espacio Social Europeo», en *Cuestiones Actuales de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1990.

¹⁵ Según el Reglamento 2194/91, de 25 de junio de 1991. La transitoriedad originaria duraba hasta 1 de enero de 1993 (hasta el 1 de enero de 1995 para Luxemburgo).

Del principio y de las normas comunitarias de libre circulación de trabajadores derivó que se dictaran dos Reglamentos de la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, *sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España*) uno para los trabajadores extranjeros en general (R.D. 1119/1986, de 26 de mayo) y otro para los extranjeros «comunitarios» (R.D. 1099/1986, también de 26 de mayo, derogado por el RD 766/1992, de 26 de junio y substituido por éste (a partir de 1-7-1992 para todos los «comunitarios» excepto los luxemburgueses; a partir de 1-1-1993 también para éstos) que definitivamente consagra la posición privilegiada en España del trabajador «comunitario» respecto de los demás trabajadores extranjeros, como en el mismo respecto el trabajador español lo está en los demás países de la Comunidad¹⁶.

El proceso de adaptación de las normas españolas al Derecho Comunitario en materia «laboral», se va produciendo lentamente y sin grandes dificultades por lo mismo que, como se dijo, dada la suavidad al respecto de Tratado y Acta, su impacto es mínimo. Será laboriosa, eso sí, la adaptación de las normas españolas sobre seguridad e higiene en el trabajo a las más cogentes directivas comunitarias a las que me he referido.

Lo será mucho más, imagino, si se piensa que «la incorporación (a nuestro Derecho) de las soluciones comunitarias..., reclama la regulación *ex novo*» de alguna materia (así, por Ley 19/1992, de 2 mayo— de cuya exposición de motivos [1. 1-2] son las citas— para el contrato de agencia; incorporando «al Derecho español el contenido normativo de la Directiva 86/653/CEE»).

A recalcar también como la incorporación de la Comunidad ha permitido a España, obtener ayudas del Fondo Social Europeo para programas de formación profesional y apoyo a la contratación de trabajadores desempleados.

EL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA

Paso inmediatamente a las consideraciones generales que ya había anunciado, muy breves, sobre la Unión Europea.

¹⁶ Remito al respecto al ya citado Alonso OLEA-CASAS BAAMONDE: *Derecho del Trabajo*, capítulo 4.º III, págs. 129 a 139 y a la bibliografía que allí citamos. Quizá puedo desahogarme aquí diciendo que La Ley de Extranjería, más sus dos Reglamentos, más la Ley 5/1984 de 28 de marzo sobre *Regulación del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado*, más el *Estatuto de los Refugiados*, más el *Protocolo* de éste, ambos ratificados por España más, por supuesto, los Tratados y Reglamentos Comunitarios, más los internacionales bilaterales con países no comunitarios, señaladamente Iberoamericanos [art. 3 de la Ley de Extranjería; así los de doble nacionalidad, insistentemente aplicados por los Tribunales; p. ej. con Chile, de 24-5-198, por STS, Sala 4.ª, sec. 7.ª, de 25 febrero 1992 (Av. 1034), que cita seis más; entre otras muchas] han hecho de nuestro Derecho de Extranjería una inextricable maraña en la que sólo el muy avezado puede moverse; de la que quizá es símbolo la OM de 26 de julio de 1989 que exige a los extranjeros que no tengan la obligación de contar con el permiso de trabajo un certificado en el que conste que no tienen tal obligación, esto es, si se me permite, el permiso de que no necesitan permiso.

A) En general sobre el Tratado de la Unión y sobre sus aspectos sociales

El Tratado —que tal es tras su firma, aunque esté aún pendiente de ratificación¹⁷— es un instrumento sumamente complejo. Comprende siete títulos de los cuales sólo el II refiere al Tratado de la CEE, modificando varios de sus preceptos (el título III se refiere a la CECA y el título IV al EURATOM); los siguientes títulos son normas relativas a otras materias en conexión más o menos próxima con el propio Tratado de la CEE, pero no integrantes del mismo. A los títulos sigue un *Anexo I* que comprende hasta 17 *Protocolos*, partes esenciales integrantes del propio Tratado de la Unión; de los cuales para este estudio tienen importancia especial el Protocolo núm. 14 sobre *Política Social* y el 15 sobre *Cohesión Económica y Social* (a éstos me referiré en su lugar, más adelante, bajo la rúbrica didáctica *Protocolos sociales*).

Acompañan al Tratado hasta 33 *declaraciones* de valor vario, en general sin eficacia jurídica directa, no sometidas a ratificación, utilizables como criterios no vinculantes para la interpretación del Tratado, del que *no* son parte formal¹⁸.

El Título I, que contiene *Disposiciones Comunes* al complejo entero del Tratado, tras de decir que por éste «las altas partes contratantes constituyen entre sí una Unión Europea», fijan como su objetivo primordial y primero:

promover un progreso económico *y social* equilibrado y duradero, principalmente mediante la creación de un espacio sin fronteras interiores, el fortalecimiento de la cohesión económica *y social*...

¹⁷ La ratificación debe tener lugar por cada uno de los Estados que lo han suscrito, «de conformidad con sus respectivas normas constitucionales». Previsión del Tratado es su entrada en vigor el día 1 de enero de 1993, aunque en el caso de que para entonces no «se hayan depositado todos los instrumentos de ratificación», la vigencia comenzará «el primer día del mes siguiente al del depósito del instrumento de ratificación del último Estado signatario que cumpla dicha formalidad» (título VIII, *Disposiciones Finales*, artículo R).

Sobre la ratificación en general y, por España, R. Alonso García, *Estudio Preliminar* a su edición del *Tratado de la Unión Europea*, 1.ª ed., Madrid, «Civitas», 1992 (§§ I-II, págs. XV-XXIV). Se mantiene y funda bien por este autor el parecer de que no es necesario modificar la Constitución para ratificar el Tratado, pese al derecho de sufragio activo y pasivo que su artículo 8B otorga a «todo ciudadano de la Unión ... en las elecciones municipales del Estado en que resida, dado que ello amplía, no restringe, el ejercicio de ambos derechos. A la misma conclusión llega el dictamen del Consejo de Estado 859/1991, de 20 de junio, y a la contraria la «declaración» vinculante del Tribunal Constitucional —pedida por el Gobierno al amparo del art. 95.2 de la Constitución— de 1 de julio de 1992. No ha lugar a insistir sobre la nada clara cuestión de si la reforma era necesaria en el caso, bizantina ya tras la *Reforma* de la Constitución aprobada por la Ley —de una Ley se trata, ¿de qué si no?— de 27 de agosto de 1992, dictada conforme al art. 167 de aquella.

El art. 12.3 reformado dice:

«Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo *y pasivo* en las elecciones municipales».

La reforma añade *y pasivo*. En líneas muy generales: el art. 23 de la Constitución reconoce el derecho de sufragio; activo, derecho a elegir, su núm. 1; pasivo, derecho a ser elegido, su núm. 2.

¹⁸ R. ALONSO GARCÍA: *Estudio Preliminar* citado (§ III, El valor de las declaraciones anejas al Acta Final de la Conferencia de Maastricht, págs. XXIX-XXXIII).

Uniendo, pues, una y otra vez el aspecto *social* al económico como objetivo básico de la Unión.

Lo que se recalca implícitamente en el comienzo mismo del Título II —de modificación del Tratado de la CEE, como se ha dicho— que comienza por modificar el artículo 1 de éste con una variante simple en apariencia de redacción:

Decía el artículo 1 «viejo», cuya transcripción se reitera:

Por el presente Tratado, las Altas Partes Contratantes *constituyen entre sí una Comunidad Económica Europea*.

Dice el artículo 1 «nuevo»:

Por el presente Tratado, las Altas Partes Contratantes *constituyen entre sí una Comunidad Europea*.

El adjetivo *económica* —en las abreviaturas la primera *E* de la CEE; la 2.^a *E* de la versión inglesa EEC— desaparece.

(Hablar de la CE ahora —de la EC en inglés— resulta un poco tonto. Cuando para la *Organización de las Naciones Unidas* se usaban las siglas ONU o UNO, no chocaban; pero las NU o las UN, cuando pasaron a llamarse *Naciones Unidas* sin más, sí chocan en el lenguaje hablado. Hablemos pues, en adelante, de la *Comunidad Europea*; o de la *Comunidad*, sin más, si el contexto lo consiente.)

No quiero decir que esta desaparición equivalga *simpliciter* a que la Comunidad, como si ya no lo fuera, pase a ser social además de económica; pero sí que abandona el enfoque puramente económico para explícitamente abrirse a otros mucho más amplios, el político en general incluido y, desde luego, el social.

Lo que a su vez se confirma cuando en la modificación del artículo 2.^º del Tratado CEE, la redacción se cambia para insistir sobre factores sociales antes englobados, como se vio, en la «elevación acelerada del nivel de vida»; ahora, además ha de elevarse de la vida la «calidad» junto al nivel, aparecen específicamente citadas como misiones de la Comunidad promover,

... un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión *económica y social*...

También en el listado —de lo que se ha de hacer para tal promoción— del nuevo artículo 3.^º, subsistiendo la remoción de obstáculos que se opongan a la libre circulación de las personas, y la existencia del Fondo Social Europeo, aparece explícitamente citado, como novedad, *el fortalecimiento de la cohesión económica y social*¹⁹.

¹⁹ Todas estas modificaciones del Tratado de la CEE en el Título II, artículo G del Tratado de la Unión.

Cabe preguntarse sobre el sentido profundo y último de estos nuevos enfoques verbales; muy posiblemente sean una reacción frente al economicismo excesivo de la terminología usada por el Tratado originario y por el Acta Única. Si no en las mentes clarividentes —para las cuales aquellos instrumentos internacionales, como cualquier teoría o práctica económica, privados de finalidad social son engendros diabólicos— si en las de orden segundo, tercero o ínfimo se puede perder la perspectiva o, más sencillamente, no ver el bosque social, los niveles de bienestar de las personas, tapado por los árboles, las medidas económicas de expresión dominante; si éstas son, como lo son necesariamente, medios y no fines, hay que expresar con claridad el carácter medial que las justifica, especialmente cuando se anticipa su dureza a plazo corto y medio, si es que no a largo. De otro modo, la medida económica cuando menos se abre a la crítica demagógica, inconsciente o consciente, de su aparente anti-socialidad y como resultado de ella a resistencias difusas contra su aceptación, a las que pueden sumarse otras, en ocasiones más específicas y quizá mejor fundadas, bien a su falta de generalidad o de ejemplaridad, bien a su contribución al nacimiento, acentuación y aún nueva generación de situaciones personales de privilegio.

Aparte de lo que, con toda su importancia, se acaba de decir —aunque no se dude de la bondad económica de los medios, ni de su necesidad estricta para alcanzar fines sociales, ni aun de que la búsqueda directa e inmediata de éstos, de los sociales, pueda ser en el caso una utopía o una falacia—, debe tenerse en cuenta que no sólo las decisiones, desde luego, sino también la forma de su presentación, tienen un «umbral de tolerancia», psicológico ahora, diríamos, que sólo el temerario puede traspasar, haciendo pagar a todos las crisis sociales, la oposición, el desaliento y el malestar generalizado, por utilizar expresiones suaves —las convulsiones sociales si se quiere otra más enérgica, aunque todavía barroca, en absoluto carentes de verismo histórico y actual— del traspaso. Aun sin modificaciones de fondo en cuanto a los fines sociales, presentes desde 1956, y aun desde el convencimiento de la bondad y eficacia de los medios económicos, han hecho bien los padres del Tratado de la Unión en subrayar en los textos fundamentales mismos, la dimensión social de la Comunidad Europea; lo que sin desmayo debe proseguirse, por quien corresponda dentro de los Estados miembros, al nivel de explicación que la ciudadanía de cada uno de ellos exija —lo que no parece fuera el caso de Dinamarca, cuyo ministro de Asuntos Exteriores, en vísperas del referendium, declaraba jocosamente que «nadie que leyera (el Tratado de la Unión) lo entendería...; ni yo mismo que lo he negociado» (*Time Int.*, 1.6.1992, pág. 70)— elevando el diapasón, si fuera preciso, para contrarrestar las voces interesadas contrarias de los demagogos personales e institucionales; y para sacar los temas sociales del ámbito nacional estricto y la posible debilidad en éste del interés general, con el que se disfrazan los de grupos interesados defensores de intereses particulares que, además, tienden a incrustarse en los procesos legislativos internos de los Estados miembros²⁰. Al tiempo que se abandona el recurso fácil a «la culpa la tiene Maastrich»

²⁰ Sobre esta versión, «comunitaria», una entre otras muchas modernas, del neocorporativismo, J. H. H. WEILER: *The Transformation of Europe*, II.D.2; Yale Law Journal, vol. 100.1, 1991, págs. 50-51.

o «son los sacrificios que exige Maastrich», para disimular errores que tienen otros orígenes y causas

Dicho lo cual, abordemos los aspectos expresos concretos «sociales» de la Unión, siguiendo la sistemática con la que se ha estudiado el Tratado de la CEE y el Acta Única, a saber: la libre circulación de trabajadores, la política social comunitaria y el Fondo Social Europeo; añadiendo ahora un apartado más para el estudio de los Protocolos 14 y 15 citados.

B) De nuevo sobre la libre circulación de trabajadores; y sobre los profesionales «no asalariados»

Sobre la libre circulación intra-comunitaria de trabajadores por cuenta ajena sigue insistiendo el actual artículo 49, sin modificación notable de sustancia en cuanto a la regulación anterior; si, de un lado, de procedimiento en cuanto al de adopción de Reglamentos y Directivas²¹; y de otro porque de creer es que la libre circulación quedará más facilitada aún, visto que, conforme al nuevo artículo 8.1-2:

Se instituirá una ciudadanía de la Unión.

Será ciudadano de la Unión, toda persona que ostente la *nacionalidad de un Estado miembro*.

Y visto que, conforme al, también nuevo, artículo 8A.1:

Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y *residir libremente en el territorio de los Estados miembros...*

Poco o nada de esto reza de la libertad de establecimiento ni de la libertad de circulación, salvo la turística, de los profesionales que quieran trabajar por cuenta propia²², para los que se sigue manteniendo un cierto enclaustramiento nacional y, por

²¹ Sujeta al nuevo artículo 189A, que regula las relaciones entre la Comisión y el Consejo al respecto. «Viejo» y «nuevo» refieren, respectivamente, a la redacción primitiva del Tratado CEE (más el Acta Única, en su caso) y a la redacción dada por el Tratado de la Unión.

²² No es necesario insistir en que una cosa es la libre circulación de trabajadores, residencia incluida, y otra es la llamada «libertad» de establecimiento, que afecta a lo que los artículos 57, nuevo y viejo, llaman «actividades no asalariadas», todavía con dificultades; al afectar a «los principios legales vigentes en cada Estado miembro relativos al régimen de las profesiones en lo que se refiere a la formación y las condiciones de acceso a las mismas de las personas físicas», el Tratado impone que las directivas se adopten por unanimidad. Y aún en el caso de las «profesiones médicas y farmacéuticas» las directivas sobre libertad de establecimiento se subordinan «a la coordinación de las condiciones exigidas para su ejercicio en los diferentes Estados miembros», lo que puede seguir siendo, como hasta ahora lo ha sido, un obstáculo considerable para la libertad de establecimiento de estos profesionales.

Especialmente torturada en España es la «realización por cuenta propia (por el no nacional) de la actividad de odontología», sobre la que existe jurisprudencia muy abundante, incluso constitucional (ver Margarita I. Ramos Quintana, *Comentario* a la sentencia del Tribunal Constitucional 120/1991, de 3 de junio, en M. Alonso Olea *et. al.*, «Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social», tomo IX, ref. 564); para un complejo caso «comunitario» reciente, sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, sec. 7.ª, de 16 de marzo de 1992 (Ar. 20L6).

tanto, un monopolio y cierre defensivo hacia afuera de las oportunidades de trabajo en favor (*sic*) de los nacionales.

C) **Las reglas aparentemente inmodificadas sobre política social**

Los preceptos que a Política Social dedicaron el Tratado de la CEE y el Acta Única, no han sido modificados directamente por el Tratado de la Unión; siguen pues en pie, los artículos 117 a 122 del primero y los artículos 118A y 118B agregados por la segunda (aunque ahora incorporados a un Título, el VIII, que lleva por rúbrica *Política Social, de Educación, de Formación Profesional y de Juventud*, frente a la titulación simple *Política Social* del antiguo Título III al que sustituye).

Las modificaciones derivan del *Acuerdo* anejo al *Protocolo* sobre Política Social; a lo que sobre ellos diré en su momento remito, anticipando aquí que ha sido la discrepancia del Reino Unido la causa de la situación confusa de que hablaré.

D) **El Fondo, tocado**

Por lo pronto se conciben con mucha más amplitud las funciones del Fondo. Aunque se conserva la de promover «la movilidad geográfica y profesional», la insistencia es ahora sobre puntos adicionales; el nuevo artículo 123 añade que es finalidad del Fondo,

facilitar la adaptación (de los trabajadores) a las transformaciones industriales y a los cambios de los sistemas de producción, especialmente mediante la formación y la reconversión de profesionales.

Pero, sentado lo anterior, desaparecen las normas del Tratado de la CEE sobre cuáles eran los compromisos concretos que el Fondo podía asumir, y las condiciones en que podía asumirlos, que son sustituidas por un precepto simple o carta virtualmente en blanco de remisión a reglas futuras; en efecto el nuevo artículo 125 dice:

el Consejo adoptará con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 189C y previa consulta al Comité Económico y Social las decisiones de aplicación relativas al Fondo social Europeo.

Compárese esta redacción con la meticulosidad del antiguo y derogado artículo 125.

(Se compensa la falta de precisión actual, imagino, con los nuevos artículos 126 a 129A, especialmente insistentes: sobre la acción comunitaria en cuanto a *Educación, Formación Profesional y Juventud*, artículos 126 y 127 nuevos; sobre *Cultura*, el nuevo artículo 128, al que se dedica incluso un Título nuevo, el IX; si se quiere, el nuevo artículo 129, también integrante de un Título nuevo especial, el X, sobre *Salud Pública*;

y la *Protección a los Consumidores*, nuevo artículo 129A y para él, el también Título nuevo XI.)

No me propongo entrar en ninguno de estos temas, salvo decir quizá que respecto de todos ellos, las reglas nuevas son las tibias de «fomentar la cooperación de los Estados y, si fuera necesario, apoyar y completar la acción de estos». Con mimo todo ello: «pleno respeto a sus (de cada Estado) plenas responsabilidades en cuanto a los contenidos de la enseñanza...»; «dentro del respeto de su (de cada Estado) diversidad nacional y regional...», por vía de ejemplo de la cautela²³.

Esperemos que aquí también el espíritu decidido triunfe sobre la letra timorata.)

E) **Los Protocolos sociales**

Los Protocolos son partes integrantes del Tratado de la Unión; en su virtud las «altas partes contratantes *convienen*» el contenido del Protocolo respectivo.

De los hasta 17 que contiene el Tratado nos vamos a referir sólo a los dos «sociales» expresos, digámoslo así, esto es, a los:

- Protocolo sobre Política Social.
- Protocolo sobre cohesión económica y social.

Que en la ordenación —informal aún, entiendo— aparecen con los números 14 y 15, respectivamente.

a) *El Protocolo y el Acuerdo sobre Política Social*

El protocolo relativo a *Política Social* (en adelante, el *Protocolo*), tiene como particularidad muy importante la de que en cuanto a su parte sustantiva sólo convienen once de los Estados miembros (todos menos el Reino Unido que se sitúa al margen del *Acuerdo* anejo al Protocolo, del que hablaré inmediatamente). De ahí las anomalías, comparado con los demás, de este Protocolo 14, a saber:

1.^a El *Protocolo* en sí mismo aparece como adoptado por todos los miembros de la Comunidad; pero en él todos los miembros de la Comunidad constatan que no todos, sino todos menos uno, el Reino Unido, «desean proseguir en la vía trazada por la Carta Social de 1969» (a la que me referiré al final), y que, por consiguiente, sólo ellos, los once, han adoptado el Acuerdo que figura como Anexo (en adelante el *Acuerdo*) al

²³ Por cierto, el artículo relativo a Protección de los Consumidores (art. 129A, Título XI), dice que las acciones que se realicen para conseguir un alto nivel de protección de los consumidores «no obstarán para que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con el presente Tratado». Regla similar a la de los artículos 118A.3 y 130T, que son las ya aludidas analizadas en mi estudio *Directivas comunitarias y normas nacionales*, antes citado.

Protocolo. De forma que existe un documento «formal», el *Protocolo* anejo al Tratado, y un documento sustancial, el *Acuerdo* anejo al Protocolo. Según sus respectivas titulaciones: el primero *Protocolo sobre Política Social*; el segundo *Acuerdo sobre Política Social celebrado por los Estados Unidos miembros de la Comunidad Europea a excepción del Reino Unido*.

2.^a *Protocolo y Acuerdo* «se entienden sin perjuicio del Capítulo del Tratado (de la CEE) relativo a la Política Social, cuyas disposiciones constituyen parte integrante del acervo comunitario». Volveré en seguida sobre esto.

3.^a Al *Acuerdo* acompañan dos *Declaraciones* específicas (la 1.^a sobre empresas medianas y pequeñas; la 2.^a sobre convenios colectivos), distintas de las del grupo general de las hasta 33 del Tratado; su valor es el muy relativo, ya visto, de las *Declaraciones*, manifiesto para estas en su redacción misma.

Dijimos más arriba —perdónesenos la reiteración ahora —que «los preceptos que a Política Social dedicaron el Tratado de la CEE y el Acta Única no han sido modificados directamente por el Tratado de la Unión..., y que las modificaciones derivan del Protocolo sobre Política Social».

Así es en efecto; tan lo es, que el evidente sentido del Protocolo (entiéndase del Acuerdo anejo al mismo) es sustituir con sus preceptos los del Tratado y el Acta. La lectura de los artículos 1 a 7 demuestra con evidencia que se quieren poner en lugar de los antiguos 117 a 122 —incluidos los procedentes del Acta Única, artículos 118a y 118B—. Un texto a doble columna demostraría esto sin dificultad.

En vista de lo cual son dos las preguntas que es necesario formular, a saber:

- en qué consisten, si en algo, las modificaciones que sobre Política Social derivan del Protocolo y, por tanto, del Tratado de la Unión,
- qué sentido tiene la conservación de los artículos viejos recién mencionados, de Tratado y Acta Única.

Intentaremos contestarlas.

a') En cuanto a lo primero, *en cuanto a las modificaciones*, la más notable consiste en que la facultad del Consejo de adoptar directivas sobre Política Social, antes limitada —y ello sólo tras la adición al Tratado por el Acta del artículo 118A— a la seguridad e higiene del trabajo (el «... para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores...», del artículo 118A.1) se extiende ahora a toda la Política Social en la forma en que el Tratado de la Unión la concibe, comprendiendo virtualmente toda materia que imaginablemente se pueda comprender dentro de tal titulación. En el artículo 2 nuevo, número 1, aparece en primer lugar, homenaje y recuerdo de la conmoción producida por el Acta Única, la «mejora... del medio de trabajo para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores»; pero a ella se adicionan ahora: las condiciones de trabajo (adición que comprende todo el contenido de la relación de trabajo); la información y la consulta a los trabajadores; la igualdad de oportunidades en el mercado laboral y en el trato en el trabajo entre hombres y mujeres; y «la

integración de las personas excluidas del mercado laboral» (lo que en su contexto, y vistas las referencias de este inciso²⁴ quiere referir a los «excluidos» por lo que en España llamaríamos expedientes de regulación de empleo o a los que nunca han podido acceder a empleos remunerados por la escasez de estos).

Tras esta lista —parecida, aunque menos anárquica, a la del art. 118 del Tratado CEE— el núm. 2 del mismo artículo 2 prosigue diciendo que con el fin de conseguir, en su concepción más general, «la mejora de las condiciones de vida y de trabajo», en cuanto a las materias reseñadas:

El Consejo podrá adoptar, mediante directivas, las disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y regulaciones técnicas *existentes en cada uno de los Estados miembros*²⁵.

Sin entrar en el detalle procedimental, complejo, las directivas que se acaban de mencionar, se pueden adoptar por mayoría cualificada (en esto consiste, en sustancia, la remisión del art. 2.º.1.2 al art. 189C *nuevo* del Tratado; tal procedimiento, en el art. 118A viejo solo cabía para las directivas sobre seguridad e higiene en el trabajo). La unanimidad es necesaria, sin embargo, sea cual fuere la naturaleza del acto comunitario, si se refiere: a seguridad social y protección social de los trabajadores; despidos; representación y defensa colectiva de los trabajadores y empresarios, «incluida la cogestión»; condiciones de empleo de nacionales de terceros países que residan en el territorio de la Comunidad; y «contribuciones financieras» para fomento y creación de empleo, «sin perjuicio de las disposiciones relativas a Fondo Social Europeo» que autorizan o autorizaban (art. 127 viejo) decisiones por mayoría cualificada.

²⁴ Al artículo 127 del Tratado, que a su vez se refiere al artículo 125, y este a los trabajadores en paro forzoso, inicial o consecutivo, buscando su reconversión profesional.

²⁵ El artículo 2.2 prosigue diciendo que «tales directivas evitarán establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculizan la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas», texto calcado del antiguo artículo 118A.2, párrafo 2.º, aunque en éste, como se dijo, referido sólo a las directivas en materia de seguridad e higiene. La *Declaración 1.ª*, sobre este artículo 2.2, «toma nota» de que al discutirlo, precisamente en cuanto a las «obligaciones mínimas para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores», los once convinieron en que «la Comunidad no tiene la intención de establecer respecto de los trabajadores de la pequeña y mediana empresa una discriminación *no justificada por las circunstancias*»; una declaración de lenguaje circunspeto para que no resulte contradictoria con el texto del *Acuerdo*, buscando un equilibrio entre la protección de las empresas pequeñas y la de quienes en ellas trabajan.

Tan circunspeto como el de la reciente *Ley de Industria* (21/1992, de 23 de julio): «... especial atención a las empresas de pequeña y mediana dimensión», «... especialmente entre las pequeñas y medianas empresas», en las distintas vertientes de los programas de promoción industrial (art. 5.1 y 3.h); Ley que traigo a colación porque su artículo 6.1 se cuida de decir que los tales programas, «... se someten a la normativa nacional y comunitaria sobre defensa de la competencia».

No entro en el dinamismo relativo de la empresa «pequeña» respecto de la grande en cuanto fuente de empleo; menos en el sector «no estructurado» de las economías avanzadas, las europeas incluidas, tema hoy sometido a profunda revisión (ver al respecto, básico, *El dilema del sector no estructurado*, memoria a la 78.ª reunión de la Conferencia Internacional de Trabajo del Director General de la OIT, Ginebra, 1991).

Por lo demás, los once, no digamos el doce, huyen de los avisperos: según su número 6, nada de lo dicho en los demás números del artículo 2 del *Acuerdo*, se aplica,

a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, derecho de huelga, ni al derecho de cierre patronal.

Por cierto, poniendo en el mismo nivel las asociaciones de trabajadores y empresarios (sindicatos y asociaciones a secas, respectivamente) y sus formas de actuación colectiva conflictiva (huelga y *lock-out*, respectivamente); y excluyendo ambos temas —derecho sindical y derecho de los conflictos colectivos, dirá el especialista— de la posibilidad de regulación comunitaria.

Prosiguiéndolo en sus aspectos más relevantes, el estudio comparado de esta parte del Tratado CEE (se insiste, artículos 117 a 122) y del *Acuerdo* pone de relieve:

1.º Que además de los principios de «igualdad de oportunidades en el mercado laboral y (de) igualdad de trato en el trabajo de hombres y mujeres», que aparece en la lista general de su artículo 2.1, en el artículo 6 del *Acuerdo* se reitera que cada Estado miembro garantizará la aplicación del *principio de igualdad* de retribución entre trabajadores *masculinos y femeninos* para un *mismo trabajo*, utilizando por cierto la fórmula arcaica de igualdad de salario para *un mismo trabajo*, y no la moderna o contemporánea de igualdad de salario para *trabajos de valor igual*, aunque sean distintos. Probablemente no se quiso variar, y en nada se varió en este respecto, la redacción del artículo 119 del Tratado, para no variar la base esencial de las interpretaciones amplias correctivas realizadas así por el Consejo como por el Tribunal comunitarios²⁶ con el riesgo de que también variaran éstas, tenidas ya como aceptables.

Importante novedad del artículo 6 del *Acuerdo* es la autorización expresa de la «acción afirmativa» de cada Estado para eliminar discriminaciones de hecho contra la mujer²⁷; en efecto, dice su número 3, que el artículo no impide que,

cada Estado miembro mantenga o adopte medidas que prevean ventajas concretas destinadas a facilitar a las mujeres el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar *algún impedimento en sus carreras profesionales*.

La igualdad real en efecto exige medidas compensatorias desiguales para los desiguales; *si inaequalibus aequalia addas, omnia erunt inaequalia*, «un axioma así de justicia como de matemáticas», como sentenciará Bacon²⁸.

²⁶ Ver *supra*, nota 5; en general sobre el tema S. PRECHAL y N. BURROWS: *Gender Discrimination Law of the European Community*, Aldershot, 1990 (págs. 48-103 sobre igualdad de remuneración).

²⁷ Sobre esto en España, marcando el giro en la jurisprudencia constitucional y estudiándolo, con bibliografía sobre el tema, M.ª Emilia CASAS BAAMONDE: *Comentario* a la sentencia 68/1991, de 8 de abril (en *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, tomo IX, Madrid, 1991, referencia 544 bis); también mi *Comentario* a la sentencia 166/1988, de 26 de septiembre (en la misma *Jurisprudencia*, tomo VI, ref. 351); con citas adicionales de jurisprudencia en ambos.

²⁸ *The Advancement of Learning* (1605), Londres, ed. C. W. Kitchin, 1861, págs. 86-87.

2.º Que para todas reglas comunitarias de desarrollo del *Acuerdo* sobre Política Social, rige el principio, antes propio sólo de seguridad e higiene, o posibilidad de,

el mantenimiento y la adopción por parte de cada Estado miembro, de medidas de mayor protección *compatibles con el presente Tratado*.

Si se me disculpa la insistencia, este fue exactamente el tema de mi trabajo citado en las notas 10 y 11 al que vuelvo a remitir.

3.º El Protocolo es particularmente insistente sobre «la consulta a los interlocutores sociales a nivel comunitario ... velando porque ambas partes (esto es, trabajadores y empresarios y sus organizaciones respectivas) reciban un apoyo equilibrado» (artículo 3.1), incluso aceptando que,

el diálogo de los interlocutores sociales en el ámbito comunitario podrá conducir, si éstos lo desean, el *establecimiento de relaciones convencionales, acuerdos incluidos*.

Acuerdos que, a su vez —prosigue el art. 4— pueden ser desarrollados y aplicados «según los procedimientos y prácticas propios de los interlocutores sociales y de los Estados miembros», indicación ésta en favor de la existencia de convenios colectivos internacionales comunitarios, o de algo parecido a ellos, línea de buena voluntad en favor de algo que hasta ahora ha sido imposible en el ámbito europeo, ni en ningún otro internacional, por las reticencias de cada Estado en cuanto aceptarlos como norma. Reticencia a la que no es extraña el *Acuerdo*, en cuya *Declaración* segunda, los once, por no hablar tampoco aquí del doce, manifiestan que tal desarrollo,

mediante negociación colectiva y con arreglo a las normas de cada Estado miembro ... no implica que los Estados miembros estén obligados a practicar de forma directa dichos acuerdos o a elaborar normas de transcripción de los mismos, ni a modificar *la legislación nacional para facilitar su ejecución*.

b') *En cuanto al sentido que tiene la conservación* de los artículos 117 a 122 del Tratado CEE (más los artículos 118A y B adicionados por el Acta Única), las conclusiones parece deben ser las siguientes:

1.ª En cuanto al Reino Unido y a sus relaciones con los once, siguen plenamente en vigor, al no haber suscrito el primero el *Acuerdo* sobre Política social.

2.ª En cuanto a los once firmantes del *Acuerdo*, este se entiende, dice el preámbulo del *Protocolo*.

sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo (hoy I, título VIII, 3.ª parte) del Tratado relativo a la política social y cuyas disposiciones constituyen parte integrante del acervo comunitario.

Lo que probablemente quiere decir que formalmente los preceptos citados siguen en vigor, en aquellas de sus partes en que no hayan sido modificadas por el *Acuerdo*. Para los once, pues, el resultado es similar al de una cláusula derogatoria expresa que

dijera que continúan en vigor las disposiciones anteriores en cuanto no se opongan —léase aquí, además, y en cuanto sobre la misma materia no sean distintas— a las del *Acuerdo*; bien que éste, por su amplitud, mande al limbo de lo obsoleto, para los once, los artículos en cuestión²⁹.

La solución verdaderamente no es demasiado brillante, pero probablemente la oposición del Reino Unido exigía formalmente dejar al respecto en vigor para todos las *Disposiciones sociales* del Tratado (siempre con las modificaciones del Acta Única).

b) *El Protocolo sobre la cohesión económica y social*

Se dijo en su lugar (*supra* III.D) que el Título (V, parte 3.^a) sobre esta cohesión era una de las novedades que el Acta Única incorporaba al Tratado originario de la Comunidad.

Sobre esta novedad vuelve el *Protocolo* (que se incorpora también al Tratado como Anexo) para insistir en que,

la Unión se ha fijado el objetivo de fomentar el progreso económico y social a través del fortalecimiento de la cohesión económica y social.

Quedando incólumes como quedan los artículos 130A y 130E, sin modificación apenas de sustancia, la finalidad del *Protocolo* —que más parece en su forma pieza literaria que texto normativo— se halla en su insistencia sobre la cohesión económica y social (esta expresión aparece hasta nueve veces en el texto del *Protocolo*, pese a la brevedad de éste), que conjuntamente quiere obtenerse.

Con seguridad lo más importante de él es el mandato dirigido al Banco Europeo de Inversiones de que,

debe continuar dedicando la mayor parte de sus recursos al fomento de la cohesión económica y social.

Reafirmando su convicción en tal sentido los Estados miembros y declarando que están dispuestos a reconsiderar las dotaciones de capital del Banco en cuanto sean necesarias para tal fin; al tiempo que respecto de los Fondos Estructurales se conviene en la necesidad de reconsiderar su volumen, el de los fondos, «según los cometidos de la Comunidad en el ámbito de la cohesión económica y social», teniendo en cuanto para ello, más que lo fuera en el pasado, «la capacidad contributiva de los distintos estados miembros» al tiempo se estudian «medios para corregir en los Estados miembros menos prósperos, los elementos regresivos que existen en el sistema actual de recursos propios», fórmula cabalística comprensible si se tiene en cuenta la manifestación de

²⁹ Cfr., R. ALONSO GARCÍA: *Estudio Preliminar*, cit., págs. LV-LVI.

que al dotar los Fondos Estructurales se quiere «prevenir incrementos excesivos en los gastos presupuestarios de los Estados miembros menos prósperos».

En suma, pues, un compromiso comunitario, con trascendencia económica, para el progreso mayor o más acelerado de las zonas y comarcas menos desarrolladas del ámbito comunitario, que exprese la «solidaridad entre los Estados miembros», y su voluntad «de fomento de la cohesión económica y social». Algo para nuestro país bien importante, si se lleva a la práctica.

LA CARTA COMUNITARIA DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES

El Protocolo de Política Social manifiesta en su preámbulo que los once «desean proseguir en la vía trazada por la Carta Social de 1989» y que precisamente con tal fin, han adoptado el *Acuerdo* anejo al mismo.

El propio *Acuerdo*, también en su preámbulo, dice que los once han convenido sobre el mismo en su deseo de «aplicar, a partir del acervo comunitario, la Carta Social de 1989».

Alguna referencia a la formalmente titulada *Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores* (en adelante la Carta), parece necesaria aquí, pues.

Comiéncese por decir que la Carta es contenido de una declaración y que por lo tanto carece de la fuerza vinculante propia del tratado internacional y, en derecho comunitario, de los reglamentos y directivas que derivan de los tratados comunitarios. La Carta «no modifica en nada la situación jurídica existente», «no tiene efecto legal vinculante»³⁰; sin embargo al llamársela como inspiradora del Protocolo de Política Social realza su significado originario; puede y deber servir como fuente indirecta o conjunto de criterios interpretativos de los pactos, éstos sí vinculantes (para los once, sólo los once adoptaron la Carta, dicho de paso; si la expresión se nos consiente, desde la Carta empezó a desmarcarse el Reino Unido de la política social europea), contenidos en el *Acuerdo* anejo al *Protocolo*; y, por ello mismo, de la aplicación y desarrollo de la política social comunitaria.

Finalidad proclamada de la Carta es, «dar a los aspectos sociales la misma importancia que los aspectos económicos», para conseguir «un desarrollo equilibrado» de ambos, «consagrando los progresos ya obtenidos en el terreno social» y afirmando «de

³⁰ Respectivamente, V. PAPANDEOU: *Prefacio* al núm. 1/92 de *Europe Sociale*, destinado precisamente al primer informe sobre la aplicación de la Carta; y D. CURTIN: «Prospects for a European Social Policy», en *The Future of European Social Policy*, Deventer-Boston, 1991, pág. 163.

El § 1 del tal primer informe, comienza diciéndonos que la Carta, aunque «acto de identidad europea ... en sí misma no modifica en nada la situación jurídica existente».

forma solemne que la aplicación del Acta Única debe tener en cuenta la dimensión social de la Comunidad». Con todo, «de la aplicación de la Carta no puede derivar una ampliación de las competencias de la Comunidad tal y como están definidas por los Tratados», esto es, por los tres Tratados de fundación de las Comunidades Europeas y por el Acta Única.

Está dividida la Carta en dos títulos que comprenden 30 apartados. El Título I, apartados 1 a 26, da a la Carta su contenido material sobre, siempre referido a los trabajadores: libre circulación, empleo y salarios; mejora de condiciones de vida y trabajo; protección social; libertad de asociación y de negociación colectiva (lo que incluye «el derecho de huelga, salvo las obligaciones que resultan de las regulaciones nacionales y de los convenios colectivos»; § 13) formación profesional; igualdad de trato de hombres y mujeres (tema constante éste en el acervo comunitario, como es sabido); información, consulta y participación de los trabajadores; salud y seguridad en el medio de trabajo; protección de niños y adolescentes; viejos e inválidos. El título II, apartados 27 a 30, contiene reglas de procedimiento; en armonía con el carácter de la Carta, remite a la responsabilidad de los Estados miembros «conforme a las prácticas nacionales, en especial por leyes y convenios colectivos», la puesta en práctica de los principios de la Carta; e invita a la Comisión (de las Comunidades) a presentar iniciativas para adoptar instrumentos jurídicos para la puesta en práctica real de la Carta, a medida que vaya realizándose el Mercado interior.

En suma, es la Carta para la Comunidad Europea una norma programática, a la vez inspiradora e interpretativa de las acciones nacionales y comunitarias para la efectividad de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores que enuncia³¹; parece como si, aunque con este carácter limitado, se hubiera querido suplir la carencia en el Derecho comunitario de un pacto de derechos humanos; carencia que de alguna forma cubre el artículo F del Tratado de la Unión, al comprometer a ésta a respetar el *Convenio Europeo de Derechos Humanos* de 1950, y los que resultan de las «tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros»³². Pero este tema, los Derechos humanos fundamentales y las Comunidades europeas, precisa de un análisis que aquí no puedo hacer.

CONCLUSIÓN, FORZOSAMENTE PROVISIONAL

Si en 1956 los seis Estados pactantes del Tratado originario de la Comunidad quisieron «sentar las bases de una unión cada vez más estrecha en los pueblos

³¹ El texto de la *Carta* en las dos referencias recién citadas; en *Europe Sociale* 1/92, en págs. 7 a 11; en *The Future...*, en págs. 211 a 220.

³² Dice así, con redacción reticente característica, el artículo F.2:

La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, como principios generales del Derecho comunitario.

Europeos», y los doce del Acta Única convinieron en 1986 «proseguir la obra emprendida, transformando el conjunto de (sus) relaciones en una Unión Europea», los mismos doce ven el Tratado de 1992 «una nueva etapa en el proceso creador de una Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa»³³. Un impulso más, cada vez más decisivo, por lo mismo que parte de bases ya cimentadas, que Europa necesita «con objeto de proteger más eficazmente sus intereses comunes y su independencia».

Protección bien necesaria, dicho sea de paso, para su población minúscula —el 6,4 por 100 de la población mundial, que apenas será un 4,4 por 100 en 2.010³⁴— en el ancho mundo, «afirmando su identidad en el ámbito internacional»³⁵; sin extremarla, económicamente al menos, se añadiría.

Para concluir, en 1992 se puede repetir lo que se dijo hace más de setenta años: «todas las naciones de la Comunidad Europea experimentan a esta hora el estremecimiento de hallarse en el momento más crítico y decisivo (de) su historia, en punto a la determinación definitiva de sus destinos»; lo que, a su vez cuenta entre *Los problemas actuales de mayor urgencia para el Gobierno de España*³⁶.

³³ Respectivamente de los preámbulos del Tratado CEE y del Acta Única, y del artículo A del Tratado de la Unión.

³⁴ Ch. CRAWLEY, en *Europe Sociale*, núm. 3-91, pág. 8.

³⁵ Tratado de la Unión, artículo B; la cita anterior (-con objeto de proteger...) del Preámbulo del Acta Única.

³⁶ Título del libro el texto el cursivas, y pasaje del mismo, págs. 1-2, la cita anterior. El libro está publicado en Madrid, 1916; un respetable volumen (360 páginas) sobre los *Problemas actuales* de su título, éste del que fuera nuestro veterano colega Académico de número (de 1890 a 1942; veteranía que casi llega a la de mi antecesor en la medalla D. Luis Redonet, 1919 a 1972) y Presidente (efectivo y honorario; de 1919 a 1942), Don Joaquín Sánchez de Toca; el libro está en nuestra biblioteca, entre los de su legado; llamaron mi atención sobre el mismo los pasajes que cita A. Montoya Melgar en *Ideología y Lenguaje en las Leyes Laborales de España*, Madrid, 1992; págs. 84 y 88.