

Capítulo 14

EFICACIA DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS EUROPEOS

Antonio Ojeda Avilés, Sevilla

1. UNA ACELERADA MIS EN SCÈNE

Como si pretendiera anunciar el décimo aniversario de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales, en 1998 se firma el primer acuerdo colectivo europeo (en adelante, ACE) a nivel sectorial, sobre jornada de marinos, entre la Asociación de Armadores de la Comunidad Europea y la Federación de Sindicatos del Transporte de la Unión Europea¹. Antes de él, varios acuerdos marco al máximo nivel entre los actores sociales europeos habían despejado el sendero para pasar a estos acuerdos sectoriales, de los que ya existen asimismo varios². En el lapso de muy pocos años, el panorama de la negociación colectiva europea ha cambiado drásticamente, dejando quizá obsoletas las opiniones vertidas con cautela durante tanto tiempo en tema de eficacia de tales instrumentos, y haciendo necesaria una revisión de la materia, que desde luego no puede ser ni la última ni la definitiva. No solamente existen al momento actual un número apreciable de acuerdos intersectoriales y sectoriales europeos, sino que la Comisión acaba de actualizar su lista de organizaciones representativas en las diversas ramas de actividad³, y la Confederación Europea de Sindicatos parece hallarse cómoda con los nuevos

¹ Suscrito en Bruselas el 30 de septiembre de 1998.

² Su último exponente —por ahora— es el European Agreement on guidelines on Telework in Commerce, suscrito en Bruselas el 21 de abril de 2001 por EuroCommerce y Uni-Europa Commerce, sobre cuya naturaleza jurídica dudosa hablaré más adelante.

³ Comunicación de la Comisión titulada *El diálogo social europeo, una fuerza para la innovación y el cambio*, Bruselas, 26 de junio de 2002, COM(2002) 341 final, anexo 1.

estatutos de Helsinki en donde encuentra la base requerida para una negociación más normalizada. También el contenido de dichos acuerdos colectivos ha cambiado, como tendremos ocasión de analizar en las páginas siguientes. Paralelamente, la Comisión se interroga sobre la naturaleza de los acuerdos que van surgiendo inexorablemente entre las empresas multinacionales y las representaciones europeas de sus trabajadores. Hay un nuevo panorama, en fin, donde los empresarios se han dado más prisa en organizarse que los sindicatos⁴ y existen hasta veintisiete comités de diálogo sectorial, aunque la negociación en sí misma no se encuentre exenta de dificultades⁵.

Antes de pasar a reflexionar en torno a las cuestiones directamente relacionadas con la eficacia de los ACE será menester, en consecuencia, realizar un breve *excursus* sobre los orígenes y las señas de identidad de este fenómeno tan nuevo, que alcanza la madurez ante nuestros mismos ojos.

1.1. Los orígenes de la negociación colectiva europea

Se ha repetido hasta la saciedad que la negociación colectiva nace a nivel comunitario con los acuerdos sectoriales sobre jornada en la agricultura alcanzados en el seno del comité paritario europeo de ese sector a partir de 1968⁶, los cuales dieron pie a la más difundida opinión sobre el valor de

⁴ En la Comunicación de la Comisión antes citada (anexo 1) aparecen treinta y ocho organizaciones sectoriales europeas de empresarios, frente a doce organizaciones sindicales europeas, la mayoría de ellas no afiliadas a la CES, como consultadas ex artículo 138 TCE.

⁵ Así, en 1995 la Comisión consultó a las partes sociales europeas sobre una regulación de la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de género, y obtuvo opiniones separadas, por lo que dictó la Directiva 97/80/CE, en verdad basada en el Acuerdo sobre Política Social anexo al Tratado de Maastrich. Las negociaciones sobre flexibilidad laboral, iniciadas en 1995, lograron sendos acuerdos marco sobre trabajo a tiempo parcial en 1997 y trabajo de duración determinada en 1999, pero las referentes a empresas de trabajo temporal fracasaron en mayo de 2001 después de largo tiempo intentando un acuerdo, y en otras materias han sido más los fracasos que los éxitos, como puede verse en las consultas hechas por la Comisión en 1996 (prevención del acoso sexual en el trabajo), 1997 (información y consulta de los trabajadores), y 2000 (tres consultas: protección de los trabajadores frente a la insolvencia del empresario, protección contra el asbestos, y seguridad y salud en el trabajo para los autónomos), que recibieron opiniones separadas y desembocaron la mayoría de ellas en Directivas. Sobre la situación actual de las consultas hechas en materia de protección de datos personales y de aspectos sociales de la reestructuración de empresas, véanse los capítulos sobre sujetos colectivos europeos y diálogo social en este mismo libro.

⁶ Es el segundo comité paritario sectorial en antigüedad (1963; Decisión de la Comisión Europea 74/422/CEE, reformada por Decisión 87/445/CEE), sólo precedido por el del carbón y el acero (1955). Actualmente formado por las representaciones de EFFAT (sindicatos) y GEOPA-COPA (organizaciones empresariales). Se trata de uno de los veintisiete

tales compromisos, considerados habitualmente como meras recomendaciones dirigidas a los actores sociales nacionales⁷. El objeto de tales comités paritarios refiere a la formulación de políticas económicas o comerciales del sector en las relaciones entre Estados miembros y frente a los países extracomunitarios, por más que sus tomas de posición tengan frecuentemente relevancia indirecta en materia de relaciones laborales⁸. En efecto, la propia Federación Europea de Sindicatos Agrícolas señalaba, refiriéndose a ellos, que pretendían ser «recomendaciones europeas» en el sentido dado a los acuerdos objetivos a la negociación colectiva de nivel nacional⁹. Pero como ha indicado Bercusson, la ausencia de una efectiva organización empresarial europea en el sector y la falta de interés en ir más allá de difusas opiniones conjuntas continuaron impidiendo los esfuerzos de la Comisión Europea por desarrollar el diálogo social sectorial¹⁰. En realidad, como bien indican Rocella y Treu, se trataba de «recomendaciones conjuntas», formas próximas al verdadero y propio convenio colectivo, nacidas significativamente en un sector donde la autoridad comunitaria ha invertido conspicuos recursos, según líneas de política económica común, aunque fuertemente tributarias de los intereses nacionales¹¹.

Igual cabe decir de las declaraciones conjuntas suscritas entre las grandes confederaciones europeas UNICE, CES y CEEP bajo el auspicio de la Comisión Europea en Val Duchesse. Fruto de las reuniones tripartitas¹² en la cumbre han sido *dictámenes* muy interesantes sobre cuestiones que van desde el empleo (1986) o los comités consultivos interprofesionales (1993), hasta la formación profesional (1995), sin ningún propósito de regular las condiciones de trabajo en el sentido que lo hace un convenio colectivo¹³. Señalan Lyon-Caen y Guarriello que las partes

comités consultivos derivados de carácter sectorial y bipartito que configuran la participación institucional en la UE, los primeros de los cuales pueden verse en RIBAS, J. J.; JONCZY, M. J. y SÉCHÉ, J., *Derecho Social Europeo*, Madrid, 1980, págs. 196-197. Los acuerdos se firmaron en 1968, 1972, 1978 y 1981. El de 1968 establece la jornada de los trabajadores permanentes en la agricultura, y el de 1972 en la zootecnia.

⁷ Ya SCHNORR VON CAROLSFELD, «I contratti collettivi in un'Europa integrata», *Riv. Dir. Lav. I* (1993), 333. No tienen eficacia normativa, decía, porque no inciden de modo inmediato sobre las relaciones de trabajo, pues tal eficacia sobre las partes del contrato, como terceros, no puede hacerse derivar del acuerdo.

⁸ ROCELLA, M. y TREU, T., *Diritto del Lavoro della Comunità Europea*, Padova, 1995, pág. 371.

⁹ BERCUSSON, B., *European Labour Law*, Londres, 1996, págs. 83-84.

¹⁰ BERCUSSON, *ibidem*, pág. 84.

¹¹ *Diritto del Lavoro*, pág. 372.

¹² En cuanto auspiciadas por la Comisión Europea (Programa de Acción Social Europea de 1984), que sin embargo no toma parte en ellas, en esa clase de tripartismo virtual donde una parte —de ordinario el Gobierno— se compromete y financia, pero permanece formalmente al margen.

¹³ Los *Dictámenes* desde 1986 hasta 1995, en MTAS, *El Diálogo Social en la Unión Europea*, Madrid, 1997, págs. 49 y sigs.

se ponen de acuerdo, no sobre una regla entendida como norma vinculante, sino sobre una opinión¹⁴. El tripartismo asume nuevas funciones con las reuniones bianuales entre las confederaciones europeas y la trioka desde 1997 y las cumbres sociales de Estocolmo, Laeken y Barcelona (2001 y 2002), pero no las acercan, sino quizá las alejan de los cometidos propios de la negociación colectiva.

Ni los acuerdos sobre jornada en la agricultura ni los dictámenes sobre aspectos concretos procedentes de las reuniones de Val Duchesse pueden considerarse como los orígenes de cuanto consideramos como convenios colectivos europeos. El argumento para tal conclusión estriba en la ausencia de una voluntad de regular las condiciones de trabajo en lo que sus propios autores consideraban recomendaciones o dictámenes, por no decir lisa y llanamente bucólicas *desiderata*. Y no podía existir tal voluntad desde el momento en que una parte de los sujetos firmantes, los empresarios, ni disponían de organizaciones con capacidad negociadora, ni estaban dispuestos a apoderar a la UNICE o la CEEP para suscribir instrumentos colectivos. Todavía en el Acuerdo Marco sobre permiso parental de 1995 fue preciso el apoderamiento específico de cada confederación miembro a la UNICE¹⁵, mandato que negó la patronal británica CBI, sin otra trascendencia en aquel momento que el impedir su aplicación en el propio país. Sólo en 1987 el Acta Única Europea, con su incorporación del artículo 118 B y su apoyo mediante la Comisión al diálogo social europeo y a los acuerdos colectivos de ese nivel comenzarán a cumplirse las etapas para la aparición de convenios europeos. Luego será la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales, y por la influencia de la poderosa personalidad de la comisaria V. Papandreu, la que el artículo 14 de dicha Carta dejará claro que la libertad de negociación y de suscripción de convenios colectivos implica «en particular, la posibilidad de que se establezcan a escala europea relaciones convencionales entre las partes sociales si éstas lo estiman conveniente», y la regulación en tales convenios de las condiciones de empleo y de trabajo y de las ventajas sociales correspondientes.

En este breve *excursus* sobre los antecedentes he de mencionar como hito mayor al Acuerdo sobre Política Social (APS) logrado en 1992 como anexo al Tratado de Maastrich, en donde los once países firmantes declaran su deseo de proseguir en la vía trazada por la Carta Social de 1989. El APS propone una tríada de acuerdos colectivos europeos: los *sustitutivos* de normas comunitarias, los *reforzados* por normas comunitarias, y los *traspositivos* de normas comunitarias¹⁶. Dejando al margen el último tipo, para los

¹⁴ G. y A. LYON-CAEN, *Droit Social International et Européenne*, París, 1993, pág. 333, y GUARRIELLO, F., *Ordinamento comunitario e autonomia collettiva. Il dialogo sociale*, Milán, 1992, pág. 375, citados por ROCELLA y TREU, *Diritto del lavoro*, pág. 375.

¹⁵ Acuerdo de 14 de diciembre de 1995, basado en el Acuerdo de Política Social, que excluía inicialmente a Reino Unido e Irlanda del Norte.

¹⁶ Cfr. mi artículo «La negociación colectiva europea», *RL II* (1993), 1249 y sigs.

que el APS confirma la posibilidad de que los convenios nacionales puedan operar la trasposición de normas comunitarias, papel puesto en duda por el Tribunal de Justicia en diversas ocasiones¹⁷, los otros dos tipos suponen auténticas novedades en el Derecho Social Europeo, con no pocos problemas aplicativos que paulatinamente parecen resolverse con la práctica, como veremos a lo largo de este artículo. Aquí sólo diré que, contra la apariencia de tratarse en realidad de un solo tipo de acuerdo, insertado en el proceso de elaboración de una Norma comunitaria que después se promulgará de todos modos, pero en conexión con el acuerdo, en realidad estamos en presencia de dos tipos independientes a los cuales se ha vinculado inicialmente hasta el punto de dar la impresión de constituir un único cuerpo con dos elementos. Volveré sobre la cuestión con mayor detenimiento.

Con el APS se dan ya todos los elementos para producir convenios colectivos europeos. Todavía asistiremos a dos intentos fallidos de regulación colectiva en base a sus mecanismos, cuando la Comisión consulta a las partes sociales europeas sobre su disposición para negociar un acuerdo sobre comités de empresa europeos y sobre carga de la prueba en las discriminaciones de género, y obtiene en ambos casos una respuesta negativa, que darán paso a las Directivas del Consejo 94/45/CE y 97/80/CE, respectivamente¹⁸.

El Tratado de Amsterdam de octubre de 1997 incorpora al Derecho Originario la tipología de convenios colectivos europeos del APS (arts. 137, 138 y 139 TCE), pero hará algo más: en el nuevo artículo 136 TCE aparece la mención expresa a la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de 1989 y el dialogo social pasa a figurar como objetivo de la Comunidad y de los Estados miembros. El Tratado de Niza de febrero de 2001 no ha introducido novedades de relieve en cuanto a la negociación colectiva europea.

1.2. Las señas de identidad

En mi opinión el concreto arranque de la negociación colectiva tiene lugar a partir de dos Directivas relevantes, las dos surgidas después de, y basadas en el APS: la Directiva sobre Jornada 93/104/CE, una de

¹⁷ Por ejemplo, en sentencia del TJE de 30 de enero de 1985, Comisión c. Reino de Dinamarca C 143/83, respecto a la trasposición de la Directiva 75/117, sobre paridad retributiva entre hombre y mujer. También sentencias del TJE de 8 de junio de 1982, Comisión c. República Italiana C 91/82; 10 de julio de 1986, Comisión c. República Italiana C 235/84; 21 de octubre de 1999, Comisión c. Gran Ducado de Luxemburgo. Cfr. sobre el tema, CASAS BARAMONDE, M. E., «Directivas comunitarias de origen convencional y ejecución convencional de las Directivas: el permiso parental», *Relaciones Laborales II* (1996), 85 y sigs.

¹⁸ Más específicamente, las exposiciones de motivos de ambas indican que «al término de la segunda fase de las consultas, los interlocutores sociales no informaron a la Comisión sobre su voluntad de iniciar el proceso que podría conducir a la celebración de un acuerdo, tal y como se prevé en el artículo 4 del Acuerdo».

las pocas que consiguieron aprobarse en aquel período de renovada preocupación por lo social en el ámbito comunitario, y la Directiva 94/45/CE, sobre comités de empresa europeos.

La primera supone un importante giro en diversos aspectos, pues regula minuciosamente multitud de cuestiones sobre tiempo de trabajo, lo que le valdrá al Consejo una demanda ante el Tribunal de Justicia por algún país afectado¹⁹; remite constantemente a la negociación colectiva nacional o regional para la concreción de algunos aspectos; y contiene un misterioso artículo 14 en el cual contempla la no aplicación de la Directiva para el caso en que «otros instrumentos comunitarios» establezcan disposiciones más específicas relativas a determinadas ocupaciones o actividades profesionales. Probablemente los redactores de la Directiva no tenían claro en el momento de presentarla de qué instrumentos comunitarios podría tratarse, e incluso cae dentro de lo posible que estuvieran pensando realmente en otras Directivas específicas, del tipo de las que desarrollan a la 89/391 en materia de seguridad y salud en el trabajo. Sin embargo la estrategia comunitaria cedió el protagonismo a la negociación colectiva en punto a regulación de las condiciones de trabajo, no sabemos si por cumplir escrupulosamente el mandato de fomento del diálogo social, por aplicar el principio de subsidiariedad, o por replegarse en una materia, la de condiciones de trabajo, sobre la cual siempre se había mostrado recelosa. A mi juicio, la Comisión reaccionó ante elementos nuevos con los que antes no puedo contar, a saber, la disposición a negociar que asumieron las organizaciones de empresarios desde que el APS —desembarazados los once países firmantes del habitual freno británico— les demostrara la disponibilidad del Consejo para aprobar normas comunitarias hasta hacía poco impensables²⁰.

En cuanto a la segunda, los comités de empresa europeos comienzan a negociar insistentemente toda suerte de compromisos sobre la marcha de las empresas, dirigidos en principio no tanto hacia las condiciones de trabajo cuanto hacia la *sostenibilidad* de las mismas en términos laborales, auténticos acuerdos de empresa cuyos rasgos merecen un capítulo específico en este mismo libro. Aquí dedicaremos nuestra atención a los

¹⁹ Me refiero a la sentencia del TJE de 12 de noviembre de 1996, Reino Unido c. Consejo de las Comunidades Europeas C 84/94. La Directiva sobre información al trabajador 91/533, que le precede, es también suficientemente concreta, pero la propia materia regulada no le permite ser demasiado extensa.

²⁰ El más reciente ejemplo lo encontramos en materia de jornada de transporte por carretera: a pesar de que las federaciones sectoriales habían alcanzado sendos acuerdos en el ámbito de la navegación aérea y del transporte marítimo, los representantes del transporte por carretera europeo fracasaron en sus intentos: «a pesar de intensas negociaciones entre los interlocutores sociales, no ha sido posible llegar a un acuerdo con respecto a los trabajadores móviles del sector del transporte por carretera», precisaba la exposición de motivos de la Directiva 2002/15/CE, de 11 de marzo, que a consecuencia de ello se dictó por el Parlamento y el Consejo.

acuerdos intersectoriales y sectoriales, que en breve tiempo han dibujado el siguiente panorama:

a) Los primeros en aparecer, y más numerosos, son los ACE intersectoriales del tipo *marco*, referidos a una materia concreta para todos los sectores de actividad y negociados por representantes de las confederaciones sindicales y empresariales europeas²¹. A su vez cabe realizar una subdivisión dentro de ellos, a tenor de sus relaciones con las Directivas sobre las mismas materias:

1. ACE marco con Directiva de acompañamiento, que son la mayoría de los mencionados²².

2. ACE marco sin ella, grupo sólo formado hasta el momento por el de teletrabajo, el más reciente.

b) Algo más tarde, y como resultado de la negociación entre federaciones sectoriales europeas, surgen los primeros acuerdos sectoriales, inicialmente como desarrollo de la Directiva sobre Jornada, que según hemos visto se autoproclamaba de aplicación subsidiaria ante disposiciones comunitarias más específicas²³, aunque no tarda en aparecer un acuerdo sectorial autónomo, el de teletrabajo en el comercio europeo²⁴. A su vez cabe distinguir dos clases en estos acuerdos sectoriales, en paralelo con lo acabado de ver para los intersectoriales:

1. ACE sectoriales acompañados por una Norma comunitaria, también aquí la mayoría, dándose el caso de que se trata de los ACE procedentes de la Directiva sobre Jornada y que a su vez provocan la promulgación de otras Directivas específicas²⁵.

²¹ Acuerdo Marco sobre Permiso Parental, de 14 de diciembre de 1995, suscrito por CES, UNICE y CEEP; Acuerdo Marco sobre Trabajo a Tiempo Parcial, de 6 de junio de 1997, suscrito por CES, UNICE y CEEP; Acuerdo Marco sobre Trabajo de Duración Determinada, de 18 de marzo de 1999, suscrito por CES, UNICE y CEEP.

²² Véase nota anterior. Directiva 96/34/CE, sobre permiso parental; Directiva 97/81/CE, sobre trabajo a tiempo parcial; y Directiva 99/70/CE, sobre trabajo temporal.

²³ ACE sectorial sobre jornada de marinos de 30 de septiembre de 1998, suscrito por las organizaciones Asociación de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y Federación de Sindicatos del Transporte de la Unión Europea (FST); ACE sectorial sobre jornada de trabajo del personal de vuelo en la aviación civil, de 22 de marzo de 2000, suscrito por las organizaciones Association of European Airlines (AEA), European Transport Workers' Federation (ETF), European Regions Airline Association (ERA), European Cockpit Association (ECA) e International Air Carrier Association (IACA).

²⁴ De 26 de abril de 2001, suscrito por Eurocommerce y UniEuropa Commerce, ya citado.

²⁵ Dos para reforzar el ACE sobre jornada de marinos: las Directivas 1999/63/CE y 1999/95/CE, debido a que el Acuerdo reproduce básicamente los artículos 1 a 12 del Convenio OIT 180 sobre gente de mar, aún no entrado en vigor; y una para el ACE sobre jornada en la aviación civil, la Directiva 2000/79/CE.

2. ACE sectoriales sin Norma comunitaria de acompañamiento, por el momento sólo el referente al teletrabajo en el comercio europeo.

Ni que decir tiene que la máxima novedad en el panorama recién expuesto lo constituyen los acuerdos carentes de una Norma comunitaria de acompañamiento, tanto en la categoría de los acuerdos marco como en la de los sectoriales.

Como una tendencia advertible también en el conjunto de instrumentos negociales europeos y sus Normas comunitarias «especulares» —entre las que no sólo cabe mencionar a las de acompañamiento, sino a las dictadas tras el fracaso de las negociaciones para un acuerdo—, creo importante señalar la progresiva minuciosidad de sus textos, como puede deducirse de la simple comparación entre el ACE marco sobre permiso parental y el ACE marco sobre trabajo a tiempo parcial, o del contenido de la Directiva 2002/15/CE con que se *castiga* a los interlocutores sociales del transporte por carretera por no haber sabido, o querido, llevar sus negociaciones a buen término.

2. LAS INCÓGNITAS DEL TRATADO

2.1. ¿Cuántos tipos de acuerdos colectivos europeos?

Dejando al margen los acuerdos traspositivos nacionales, europeos sólo en cuanto interiorizan una norma de ese nivel y cuya consagración como instrumentos válidos queda plasmada en el artículo 137 TCE, aún existen problemas interpretativos referentes a lo querido por el Tratado respecto a los acuerdos europeos puros. Se viene admitiendo corrientemente que los artículos 138 y 139 TCE aluden a un solo tipo de acuerdo colectivo por el hecho de que el primero remite al segundo cuando los interlocutores sociales deciden informar a la Comisión de su voluntad de «iniciar el proceso previsto en el artículo 139». Cabe entender con esa frase una remisión a todo el artículo siguiente, y por ende comprensiva de una voluntad de negociar un acuerdo, que enervaría el proyecto de Norma comunitaria sobre la misma materia, y cuya aplicación podría venir realizada, bien por los procedimientos propios de los interlocutores sociales, bien sobre la base de una decisión del Consejo adoptada a propuesta de la Comisión. Existiría un *continuum* entre estos dos artículos, de tal modo que el acuerdo *sustitutorio* de una acción comunitaria vendría *reforzado* indefectiblemente por otra, la cual dotaría al acuerdo de un alcance similar o idéntico al de la Norma comunitaria frustrada. Da la impresión de que el Tratado no concibe que los signatarios del acuerdo vayan a omitir la petición conjunta de una norma comunitaria de respaldo, pues la alternativa que ofrece consiste en aplicar los acuerdos mediante instrumentos colectivos. Esto último lo precisa la De-

claración 27 anexa al Tratado de Amsterdam, a cuyo tenor queda indicado que los procedimientos propios de los interlocutores sociales a que alude el artículo 139 hacen referencia a la negociación colectiva sometida a las normas de cada Estado miembro, sin que exijan a cada Estado la aplicación directa de los acuerdos ni la promulgación de normas de trasposición de los mismos, ni la modificación de la legislación nacional.

Cabe no obstante una interpretación algo más abierta de la frase «iniciar el proceso previsto en el artículo 139» si consideramos que la indicada remisión se refiere exclusivamente al primer apartado de dicho artículo, allá donde dice que el diálogo entre los interlocutores sociales podrá conducir a acuerdos colectivos. De esta forma quedaría «liberado» el segundo apartado del mismo, de modo que la aplicación de los acuerdos celebrados a nivel comunitario, en general, podría realizarse mediante la negociación colectiva interna o mediante el apoyo de una decisión comunitaria. La unidad tendencial entre los acuerdos sustitutorios y los reforzados quedaría rota, y cualquier acuerdo colectivo europeo podría venir acompañado de una decisión comunitaria, no exclusivamente los sustitutorios. El repetido interés de la Comisión por publicar las listas de las organizaciones generales y sectoriales que considera dotadas de representatividad acudiría a facilitar el procedimiento de identificar cuáles de los acuerdos europeos podrían aspirar a obtener un respaldo normativo comunitario, interés que no tendría demasiado objeto si ya de antemano supiéramos que sólo los acuerdos sustitutorios merecen tal apoyo.

Por otra parte, queda demasiado fácilmente sobreentendido que los acuerdos colectivos sólo pueden sustituir a una Norma comunitaria. El artículo 138 omite en todo momento semejante precisión, pues habla siempre de «acción comunitaria», que tanto puede incluir una acción normativa como sencillamente administrativa.

La antes citada Declaración 27, en fin, restringe angostamente las posibilidades de los acuerdos europeos, al precisar que sólo pueden aplicarse mediante decisión comunitaria o mediante negociación colectiva interna. Si el artículo 139 dice que cabe la opción de aplicar el acuerdo a través de los procedimientos propios de los interlocutores sociales, la Declaración como mínimo parece dar a entender que se refiere a los convenios internos cuando indica que no es posible una aplicación directa estatal de los acuerdos europeos.

Estas y otras oscuridades del TCE pueden y deben explicarse por el origen de sus artículos 138 y 139, así como de su Declaración 27. Ninguno de ellos vio la luz en el Tratado de Amsterdam de 1997, sino que los orígenes últimos se encuentran en el Acuerdo sobre negociación colectiva celebrado el 31 de octubre de 1991 entre CES, UNICE y CEEP²⁶, el cual

²⁶ Las organizaciones europeas CES, CEEP y UNICE habían llegado al acuerdo sobre negociación colectiva y regulación comunitaria en el seno de un grupo *ad hoc* impul-

pasó al Acuerdo sobre Política Social anexo al Tratado de Maastrich de 1992 como norma vinculante para once países de la Comunidad, y de ahí al Tratado fundacional a partir del Tratado de Amsterdam. La misma Declaración 27 tiene su origen en la incorporación de lo pactado por las partes sociales europeas en 1991 al Acuerdo de Política Social de 1992²⁷. Las limitaciones observadas en el actual TCE consisten, por tanto, en falta de perspectiva de las posibilidades que la negociación colectiva europea iba a adquirir a partir de la segunda mitad de los años noventa. Y es que el texto procede, repito, de lo pactado por las partes sociales en 1991, cuando el ímpetu normativo de la comisaria Papandreu obliga a la UNICE a aceptar como mal menor una regulación negociada antes que una regulación impuesta²⁸. De ahí que, en realidad, la *intentio legis* de los arts. 138 y 139 sea meramente la de evitar que llegaran a buen fin los proyectos de Norma comunitaria iniciados por la Comisión, mediante su sustitución por compromisos negociados entre las partes sociales europeas. De ahí también el énfasis puesto por el artículo 138 en la aparición *excitada* de dichos acuerdos, como el resultado de un comunicado de la Comisión anunciando que tiene el propósito de iniciar el procedimiento para una acción comunitaria. Y como la sustitución negociada puede derivar en una mera neutralización de la medida prevista, queda completado el panorama con la posibilidad «fuerte» de una decisión de acompañamiento, acaso para disipar los recelos de la autoridad cedente.

Tan estrecho escenario se confirma en los primeros años, pues cada vez que la Comisión anuncia un proyecto de norma comunitaria se alcanza el acuerdo sustitutorio, que sólo pretende el establecimiento de unas normas generales, un acuerdo marco. La superación de las previsiones llega con los acuerdos sectoriales sobre jornada, que a su manera sustituyen a la Directiva 93/104, como ya he mencionado, pero se trata de una sustitución mucho más autónoma, en el sentido de que ni evitan la existencia de la misma —sólo enervan su eficacia para ciertos sectores—, ni surgen dentro del procedimiento de excitación del APS, sino en base a la

sado por la Comisaria V. Papandreu, y viene acogido en los arts. 3 y 4 del Acuerdo sobre Política Social «en términos casi exactos»: MOLINA GARCÍA, M., *La negociación colectiva europea. Entre el acuerdo colectivo y la norma negociada*, Tirant, Valencia, 2002, pág. 37. El APS recoge «lo sustancial del Acuerdo anterior de 31 de octubre de 1991, suscrito por CES, UNICE y CEEP», indican COLINA, M.; RAMÍREZ, J. M., y SALA, T., *Derecho Social Comunitario*, Tirant, Valencia, 1995, pág. 559. El texto del Acuerdo de 1991 sobre propuestas de redacción de los artículos 118, 118 A y 118 B, en MTAS, *El Diálogo Social en la Unión Europea*, cit., págs. 85 y sigs.

²⁷ Se trató, como se recordará, de la Declaración de las once Altas Partes Contratantes relativa al apartado 2 del artículo 4 del Acuerdo sobre Política Social, añadido por el Tratado sobre la Unión Europea, Maastrich, 7 de febrero de 1992.

²⁸ Fue, también, una apuesta personal entre dos caracteres enérgicos, la comisaria Papandreu y el secretario general de UNICE, Tadeus Tyskiewicz, terminada con la transacción aludida en estas líneas.

normativa sobre seguridad y salud. Más tarde van a aparecer nuevos panoramas con los acuerdos marco no excitados —o, si se prefiere otra denominación, independientes u ordinarios—, como el de teletrabajo, que tampoco van reforzados por Norma comunitaria, y Normas comunitarias dictadas tras el fracaso de las negociaciones entre las partes sociales, como la 2002/15/CE. Claro que el panorama también se enturbia con la firma de determinados instrumentos que se autodenominan acuerdos y sin embargo proponen meras recomendaciones a la Comisión o a los negociadores nacionales.

Por fortuna para nosotros, los arts. 138 y 139, así como la Declaración 27, están redactados con amplitud suficiente como para salvar el desbordamiento descrito. Parece oportuno identificar los puertos amplificadores contenidos en ambos artículos antes de pasar a otras materias:

a) Los acuerdos sustitutorios del artículo 139.1 TCE no requieren del refuerzo de una decisión comunitaria en el sentido previsto en el artículo 139.2.

b) Los acuerdos europeos no precisan ser del género sustitutorios para obtener el respaldo de una decisión comunitaria del artículo 139.2 TCE, en su aplicación a los Estados miembros.

c) La aplicación de los acuerdos europeos puede advenir también mediante negociación colectiva y según las normas de cada Estado miembro, lo que no necesariamente requiere la intervención de convenios nacionales o internos, como discutiremos más tarde.

d) Ni los artículos ni la Declaración mencionan a los acuerdos ordinarios, esto es, surgidos como manifestación autónoma de las partes colectivas europeas, sin ánimo de sustituir a norma alguna comunitaria ni de venir acompañados por ella.

2.2. Los pseudoacuerdos colectivos europeos

Dentro del llamado diálogo social europeo no cabe hallar exclusivamente acuerdos normativos, dirigidos a regular las condiciones de trabajo o las relaciones entre las partes colectivas, sino que la variedad de instrumentos es por momentos más amplia, alcanzando tipos no normativos que conviene tener bien distinguidos de los acuerdos aquí analizados²⁹.

²⁹ En tal sentido alertaba SCHNORR VON CAROLSFELD, G., «I contratti collettivi in un "Europa integratata"», *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro* I (1993), 328, de que la referencia en el 118 B TCE (introducido por el Acta Única Europea de 1986) de que los interlocutores sociales europeos podían llegar a relaciones contractuales contrasta con el artículo 4.1 del APS 1992, que habla de «relaciones convencionales, acuerdos incluidos», por lo que llega a la conclusión que el concepto de acuerdos es superior al de relaciones contrac-

Cabría decir, incluso, que históricamente aparecen antes los instrumentos no jurídicos, siendo los acuerdos *stricto sensu* una derivación bien reciente, y aún en minoría. El número de declaraciones conjuntas (joint opinions) y de recomendaciones suscritos por los interlocutores europeos confederales y sectoriales es muy elevado³⁰, y no ha decaído en el momento presente, en el que acompañan a los acuerdos vinculantes.

Por desgracia, mientras que los instrumentos denominados declaraciones conjuntas o recomendaciones manifiestan con nitidez su carácter de simples propuestas a la Comisión, a los Estados miembros o a los negociadores nacionales, o meras manifestaciones de opinión, los que se proclaman acuerdos no siempre adoptan en su articulado el carácter que se les supone —y no importa en estos momentos si se trata de «*self-executing*» o de indirectamente vinculantes—. No estoy hablando de la típica distinción dentro de un instrumento colectivo entre parte obligacional y normativa, pues en realidad tal distinción requiere siempre del carácter forzoso, aunque en el primer caso se dirija a los propios firmantes con las cláusulas obligatorias y en el segundo a sus afiliados con las cláusulas normativas. Incluso en los Acuerdos donde únicamente se contemplan compromisos para las partes firmantes nos hallaremos ante un documento con valor jurídico. Me refiero, por contra, a otros documentos denominados ACE donde sin embargo el clausulado ofrece una dulzura en los términos muy próxima, si no idéntica, a las declaraciones conjuntas³¹. Son los textos denominados «de nueva generación» (cartas, códigos de conducta, acuerdos), expresivos de compromisos para ser aplicados a largo plazo³². Y si carecen de imperatividad formal, de nada valdrá lo que podemos llamar la imperatividad material, el que las partes signatarias dispongan de la capacidad para imponer sus mandatos sobre las relaciones laborales, que es el segundo elemento a tener en cuenta.

Pondré tres ejemplos recientes de la confusión surgida por las denominaciones ambiguas:

tules, y que sólo los primeros pueden conducir al «procedimiento integrado» contenido en los arts. 3 y 4. Según el mismo autor, las relaciones convencionales tendrán naturaleza jurídica inferior y se referirán al establecimiento de presupuestos organizativos de futuras negociaciones, así como incentivos al desarrollo de las prenegociaciones.

³⁰ Las opiniones conjuntas y pareceres o dictámenes de Val Duchesse y sus continuadores son ya numerosas, y no le van a la zaga las sectoriales del comercio y de la agricultura, por citar algunos ejemplos. En los sitios en internet de estas organizaciones, especialmente de las sindicales, pueden verse los textos de la mayor parte de ellas.

³¹ Es el contenido de las cláusulas, y no la atribución formal o expresa de efectos vinculantes lo que dota al ACE de efectos jurídicos: al límite, «la cuestión es si tiene efecto preceptivo, o si vale para orientar al legislador y al juez en la actuación y la interpretación de la Directiva», como indica ARRIGO, G., «A proposito dell comparazione nel diritto comunitario del lavoro». *Il Diritto del lavoro* 1-2 (2002), pág. 76.

³² Así lo llama la Comunicación CE sobre *El diálogo social europeo, una fuerza para la innovación y el cambio*, cit., pág. 18.

— El Acuerdo (*sic*) sobre derechos y principios fundamentales en el trabajo del comercio³³ indica repetidamente en su texto tratarse de una indicación conjunta (*joint statement*), lo cual parece diferir de las *declaraciones* conjuntas aunque sólo sea en el matiz nominal. Sin embargo el artículo 1 disipa las brumas al decir que las partes firmantes recomiendan a sus organizaciones nacionales miembros el impulsar a las empresas y trabajadores del comercio europeo a cumplir, *siempre que ello sea posible*, con los derechos fundamentales proclamados en los Convenios de la OIT, concretamente la eliminación del trabajo forzoso, la abolición del trabajo infantil, la eliminación de discriminaciones y los derechos de sindicación y de negociación colectiva³⁴.

— El Acuerdo Europeo (*sic*) sobre directrices para el teletrabajo en el comercio³⁵ ofrece un contenido más complejo, pues contiene delimitaciones útiles para la tarea normativa —así, por ejemplo, el teletrabajo obtiene una definición que puede ser muy provechosa en la distinción ante figuras afines—, muestra la resuelta voluntad de los firmantes de respetar el principio de igualdad y de proporcionalidad entre el teletrabajador y otro trabajador comparable, y confirma el derecho del teletrabajador a ser informado de los elementos básicos de su contrato, contempla el tratamiento del lugar de trabajo, el derecho a comunicarse con sus colegas y a participar en las actividades sindicales y asambleas, además de otras cuestiones. Simultáneamente contiene un sorprendente artículo 5 en donde *recomienda* a las organizaciones nacionales, tanto si deciden regular separadamente el teletrabajo, como si deciden incluirlo en los convenios existentes, el incluir las directrices del Acuerdo Europeo que comento. Por añadidura, la mayor parte de los derechos laborales quedan enunciados con un «debería aplicarse» o «debería asumirse», expresiones nada indicativas de una obligatoriedad. A mi juicio la calificación de semejante Acuerdo tendría que ser híbrida, en parte recomendación y parte acuerdo normativo, si no fuera porque no queda suficientemente claro qué partes son vinculantes y qué otras tienen simple naturaleza declarativa.

— La Recomendación-Acuerdo Marco sobre la mejora del empleo asalariado en la agricultura de los Estados miembros de la Unión Europea³⁶

³³ *Agreement on Fundamental Rights and Principles at Work*, suscrito en Bruselas el 6 de agosto de 1999 entre EuroCommerce y Euro-FIET.

³⁴ Añade que las organizaciones firmantes discutirán regularmente sobre la aplicación de la indicación conjunta, y si fuera necesario harán recomendaciones o emprenderán acciones relevantes (!).

³⁵ *European Agreement on guidelines on Telework in Commerce*, suscrito en Bruselas el 21 de abril de 2001 por EuroCommerce y Uni-Europa Commerce.

³⁶ Bruselas, 24 de julio de 1997, firmado por GEOPA/COPA y EFA/ETUC.

contiene numerosas recomendaciones sobre jornada y otras condiciones de trabajo para las negociaciones conducidas a nivel nacional, regional o provincial³⁷. De su carácter programático a muy largo plazo da idea la declaración final: la firma de esta Recomendación-Acuerdo Marco por GEO-PA/COPA y EFA/ETUC —dice— es la crucial primera etapa del proceso de mejorar unidamente la posición del empleo asalariado en la agricultura. Ella representa un acto de mutua confianza por las partes firmantes y hace mucho más probable que puedan encarar con éxito los desafíos que se le oponen en la víspera del tercer milenio.

Tales ambigüedades pueden ser salvadas, no obstante, cuando el instrumento colectivo dudoso obtiene el respaldo de una Norma comunitaria. La norma comunitaria insufla vida a lo que nace débil, y a partir de ella podrá decirse que algunas cláusulas no son suficientemente detalladas, o que tienen carácter dispositivo, pero siempre estaremos hablando de una norma (colectiva). Volveré sobre esta cuestión enseñuida.

La cuestión adopta otro cariz cuando las partes firmantes no solicitan a las autoridades comunitarias la promulgación de una Norma comunitaria de respaldo, o cuando el Consejo decide por mayoría o unanimidad rechazar la solicitud de respaldo, por lo que el Acuerdo tendrá la eficacia vinculante que merezca por sí misma. No sólo la clase de eficacia, sino hasta la propia naturaleza de tales acuerdos autónomos u ordinarios se encuentra en discusión.

En las líneas siguientes examinaré, en primer lugar, la situación jurídica de los acuerdos colectivos acompañados de una norma comunitaria, y en segundo lugar la posibilidad y la eficacia de los que no disfrutan de tal conexión.

3. LOS ACUERDOS REFORZADOS

3.1. ¿Han de venir siempre excitados por la Comisión?

Del artículo 138 TCE parece deducirse como si siempre, y en todo caso, los acuerdos colectivos europeos hayan de nacer como respuesta a una iniciativa de acción comunitaria que los interlocutores sociales deciden sustituir, por las razones que sean, con su propia actuación. Así, la Comisión consultará a los interlocutores sociales, y éstos responderán con un dictamen o una recomendación, en los que anuncien su voluntad de

³⁷ «La jornada anual efectiva normal establecida por los convenios nacionales, regionales o provinciales, no debe exceder de las 1.827 horas al año», dice por ejemplo. Más allá de su literalidad orientativa o programática, sorprende en la Recomendación-Acuerdo Marco la omisión de otros niveles de negociación, como el local o el empresarial.

iniciar el proceso previsto en el artículo 139. Y éste proclama que los interlocutores sociales europeos podrán llegar a acuerdos, y que la aplicación de los mismos podrá tener lugar a través de procedimientos propios o mediante una decisión del Consejo. A la vista de ambos artículos, parece que el panorama se abre en la salida, pero no en la entrada; o en otras palabras, que la aplicación del acuerdo ofrece dos posibilidades o vías, pero el nacimiento sólo puede provenir de una iniciativa de la Comisión a la que responden los actores sociales con su acuerdo. Ya he comentado que desde sus orígenes en el acuerdo de 1991, la intención de este procedimiento consistía en sustituir a la proyectada norma comunitaria, merced a una norma colectiva, por lo que parece lógico no sólo que el ACE nazca reactivamente, a la defensiva, sino que además obtenga una equiparación al rango de norma comunitaria gracias al cumplimiento de lo establecido en el artículo 139.

La meteórica evolución desde aquella época hasta hoy ha superado con creces la intención del legislador y otorga una nueva dimensión a los dos artículos del TCE en torno a los cuales giran estas ideas. La interpretación de una norma no puede quedar anclada en el momento histórico en el que nacen, sino que debe nutrirse de la realidad social del tiempo en que se aplican³⁸. Espontáneos, o no excitados, han sido los dos acuerdos sobre jornada de marinos y de tripulantes de aviación civil en la medida comentada más arriba; e igualmente espontáneo ha sido el acuerdo sobre teletrabajo en el comercio. La diferencia entre los dos primeros y el segundo radica en que aquéllos han obtenido el respaldo de Normas comunitarias, mientras que éste no parece haberlo solicitado ni conseguido³⁹. La brecha ha quedado abierta para la posibilidad de los acuerdos no excitados, y en verdad que parece de todo punto lógico el que las partes sociales, ya sean confederales o sectoriales —aunque con mayor razón las segundas— no esperen a que la Comisión inicie las fases preliminares si estiman conveniente ponerse de acuerdo sobre algún tema.

La interpretación de los artículos 138 y 139 TCE nos conduce a la misma conclusión. Si el apartado 1.º del artículo 138 ordena a la Comisión adoptar todas las disposiciones necesarias para facilitar el diálogo entre los interlocutores sociales, paralelamente el apartado 1.º del artículo siguiente proclama que el diálogo social comunitario puede conducir a acuerdos de ese nivel, un enunciado cuyo espíritu no cabe interpretar como un mandato imperativo de negociar, contradiciendo toda la filoso-

³⁸ Como dice el Código Civil español, artículo 3.1.

³⁹ En cambio, el Acuerdo Marco sobre el teletrabajo, de 16 de julio de 2002, vino motivado como reacción a la segunda fase de consultas de la Comisión sobre modernización y desarrollo de las relaciones de trabajo, con invitación formal a las partes sociales a iniciar negociaciones sobre teletrabajo, aceptada de manera asimismo formal por las partes el 20 de septiembre de 2001.

fía de libertades de la Comunidad, sino como el deseo del legislador comunitario de ver florecer tal práctica. Ambos apartados, por cuanto me alcanza, no contemplan una incitación administrativa, aunque provenga de niveles europeos, antes bien, señalan el reconocimiento de los acuerdos incluso en el supuesto de que no estén *guiados* por la acción comunitaria. El hecho de que en otro lugar del artículo 138 exista una remisión al artículo 139, que interpreto como a su apartado 1, no implica necesariamente que este apartado quede por ese mero hecho circunscrito a las oportunidades que le ofrezcan las iniciativas de la Comisión, ni que todo ACE haya de corresponder precisamente al afán de bloquear la incipiente acción comunitaria. La invitación a negociar no puede entenderse de ninguna forma como una legitimación *sine qua non*, ya que ello supondría un límite incompatible con el objetivo del diálogo social contenido en el artículo 136 TCE.

Así pues, cabe la posibilidad de ACE no excitados, es decir, de acuerdos nacidos espontáneamente del diálogo social, sin intervención alguna de la Comisión. Tanto ellos como los excitados pueden alcanzar el respaldo de una norma comunitaria, pues los contenidos del apartado 1 y 2 del artículo 139 son independientes, como vimos. Para disipar posibles dudas de que esto es así, conviene echar una mirada a las decisiones de refuerzo, en especial a la función que cumplen en el entramado normativo.

3.2. La decisión comunitaria de acompañamiento

Si ambiguo resulta el concepto de acción comunitaria para cuya sustitución emprenden a veces negociaciones los interlocutores sociales, igual o más es el concepto de «decisión» comunitaria dictada para acompañar a determinados acuerdos europeos, cuando así lo acuerda el Consejo por mayoría cualificada o unanimidad, según los casos⁴⁰. Las posiciones doctrinales surgidas en torno al APS oscilaron entre quienes entendían que con tal expresión se quería dar a entender en realidad a la norma habitual en el Derecho Social europeo, la Directiva, y quienes consideraban que el concepto debía tomarse en su sentido técnico, como una Decisión del Consejo, pasando por quienes defendían un significado nuevo y distinto para la palabra⁴¹. El problema de fondo radicaba en que las

⁴⁰ La Comisión, en su *Comunicación relativa a la aplicación del protocolo sobre la política social*, COM(93) 600 final, de 14 de diciembre de 1993, evita cuidadosamente pronunciarse sobre la naturaleza de tal medida, llegando a lo sumo a calificarla como «instrumento legislativo» (pág. 16).

⁴¹ Véanse los diversos posicionamientos doctrinales en mi artículo «Los euroacuerdos reforzados y la naturaleza de la decisión del Consejo», *REDT* 62 (1993), págs. 855 a 867, y en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 1994, págs. 150 y sigs.

Directivas otorgarían una eficacia *erga omnes* a los acuerdos europeos que podría inhibir la negociación en ciertos casos y para ciertos países en donde los efectos de la actividad comercial se habían restringido tradicionalmente a los afiliados de las partes signatarias. La Decisión, por su parte, carecía de tales pretensiones, y su carácter de norma dirigida a concretos destinatarios permitía ajustar la eficacia a lo querido por los interlocutores sociales, sin que por otro lado discrepara de otros casos en los que una Decisión llegaba a millones de personas en la UE. En la práctica se observa que las Decisiones tipificadas en el TCE se publican en el DOCE y que muchas de ellas tienen un destinatario *plural*, aunque no general: por ejemplo, las referentes a temas como concursos, convocatorias, subvenciones, etc., cuyo campo de aplicación afecta en ocasiones a muchos europeos⁴²; su identidad definitoria reside —afirma Boulouis— en la ausencia de ámbito general⁴³.

La experiencia habida desde entonces parece indicar que la Comisión se decantó por la simetría en el tipo de norma de acompañamiento: si el ACE sustituía a una Directiva, debía ser otra Directiva la que le reforzara. De ese modo, los ACE surgidos en los últimos años como reacción a los trámites para elaborar Directivas han sido emparejados con Directivas y sólo con ellas. Lo cual dejaba abierta la incógnita de qué sucedería cuando el proyecto de norma a sustituir fuera un Reglamento o una Decisión. Confirmando el mensaje de los hechos, a la altura del 2002 la Comisión parece adoptar una posición amplia, en donde condiciona las respuestas a «la naturaleza del instrumento utilizado (Directiva, Reglamento o Decisión)»⁴⁴. Ahora bien: ¿es posible una disparidad entre la norma comunitaria sustituida y la de refuerzo si, por ejemplo, la primera consistiera en un proyecto de Directiva y la otra en una Decisión? La identidad entre una y otra no consta en los artículos del TCE, y hay razones para responder a favor del uso de una variedad de instrumentos. Ello depende de la función que deba cumplir la norma de refuerzo.

⁴² Es el caso, entre otras muchas, de la Decisión del Consejo 93/465/CEE (DOCE de 30 de agosto) sobre sistema de colocación y utilización del marcado «CE», que no tiene destinatario expresado en sus artículos, aunque va dirigida a «los fabricantes» europeos en su anexo. La Decisión del Consejo, de 24 de junio de 1992 (DOCE de 26 de agosto), sobre Año europeo de las personas de edad avanzada, dirigida a «operadores públicos y privados», aunque tampoco ostenta destinatario preciso en su articulado. O la Decisión del Consejo 93/379/CEE (DOCE de 2 de julio), sobre programa plurianual de apoyo a las PY-MES, con medidas de diverso tipo sin expresar destinatario específico, aunque del Anexo se deduce que es el conjunto de PYMES.

⁴³ BOULOUIS, *Droit institutionnel des communautés européennes*, París, 1991, pág. 181. Véase para mayores detalles sobre el tipo de Decisión, mi artículo «Los euroacuerdos reforzados y la naturaleza de la decisión del Consejo», citado *supra*.

⁴⁴ Comunicado de la Comisión sobre *El diálogo social europeo, una fuerza para la innovación y el cambio*, cit., pág. 19, refiriéndose al seguimiento de la aplicación de la decisión del Consejo.

3.3. Función de la norma comunitaria de acompañamiento

Hay tres textos oficiales al menos de la Comisión Europea de los cuales deducir lo que podríamos denominar una interpretación auténtica sobre la intención del legislador en cuanto al objetivo asignado a las normas de refuerzo. La Comunicación CE de 1990, relativa a la aplicación del Protocolo sobre Política Social⁴⁵; la de 1998, sobre adaptación y promoción del diálogo social al nivel europeo⁴⁶, y la de 2002, sobre diálogo social europeo como fuerza para la innovación y el cambio⁴⁷. Aunque presentan opiniones discrepantes, y las vierten *incidenter tantum*, por lo que sólo deben tenerse en cuenta como a floración esporádica de un pensamiento, señalan por dónde orienta la Comisión su voluntad en la producción de normas de acompañamiento, descartando otros posibles rumbos. Por supuesto nos hallamos frente a declaraciones oficiales de la Comisión, de manera que incluso de esa guisa han de admitirse como aseveraciones firmes y concluyentes.

La Comunicación de 1993 indica rotundamente que la decisión del Consejo deberá limitarse a *hacer obligatorias* las disposiciones del acuerdo concluido entre los interlocutores sociales⁴⁸. En igual sentido, la de 1998 nos dice en un momento determinado de su texto: «Es importante subrayar que la Comisión no presenta una propuesta legislativa al Consejo para hacer vinculante a un acuerdo si considera que las partes firmantes no son suficientemente representativas en relación al objeto de su acuerdo»⁴⁹. Por su parte, la Comunicación de 2002 analiza el supuesto de una aplicación de ACE mediante decisión del Consejo, y puntualiza lo siguiente: «En tal caso, que es un procedimiento para extender acuerdos negociados y concluidos por los interlocutores sociales, el Consejo es requerido para adoptar una decisión sobre el texto de las partes sociales sin cambiar su sustancia»⁵⁰. Así pues, en el último documento parece haber un cambio en el sentido dado a las normas de acompañamiento por la propia Comisión. Si este juicio parece demasiado severo y no pensamos en que realmente haya habido un cambio de postura, sino una cierta inconsistencia u oscilación sobre la función de ellas, habremos de convenir en que por lo menos hay dos opiniones de la Comisión, igualmente válidas, al respecto. La norma de refuerzo puede pretender una consolidación vertical de ACE, en el sentido de otorgarle fuerza vinculante, o bien puede perseguir una consolidación horizontal del mismo, en cuanto a dotarle de eficacia *erga omnes*. No parece muy decidida la Comisión,

⁴⁵ Comunicación de 14 de diciembre de 1993, COM(93) 600 final.

⁴⁶ Comunicación de 20 de mayo de 1998, COM(98) 322.

⁴⁷ Comunicación de 26 de junio de 2002, COM(2002) 341 final.

⁴⁸ *Op. cit.*, pág. 18.

⁴⁹ *Op. cit.*, pág. 16.

⁵⁰ *Op. cit.*, pág. 19.

en cambio, a reconocerle el papel de convertir el ACE en fuente del Derecho, algo sobre lo que la doctrina científica se encuentra ampliamente enfrentada⁵¹. Un papel de fuente del Derecho (público) que ni le corresponde ni le hace falta para regular las condiciones de trabajo de las empresas europeas.

Como decía antes, el Tratado no expresa la función asignada a las normas de acompañamiento. Y probablemente las oscilaciones de la Comisión al opinar al respecto se deban a que las dos funciones por las que se decanta son perfectamente válidas y posibles. Me explicaré en breves palabras.

Hay un efecto primario de la norma de acompañamiento que consiste en el otorgamiento de fuerza vinculante, no entendida como conversión normativa, pues el ACE no se transforma en Directiva por el mero hecho de que la acompañante remita a su texto, sino entendida como fuerza de obligar para los Estados, que deben trasponer el Acuerdo mediante normas internas o por la negociación colectiva nacional. Así se ha considerado desde un principio por todos, y la Comisión ha vigilado la interiorización de los acuerdos reforzados prácticamente como si de una Directiva se tratase. A ello propendía la debilidad inicial de las negociaciones y el propio contenido de los primeros ACE, que eran del tipo marco, bastante ambiguos y dejando abiertas varias opciones para que las peculiaridades nacionales quedaran a salvo. La fuerza vinculante toma prestados de la doctrina alemana, a mi modo de ver, las categorías de eficacia inmediata e inderogable de los convenios colectivos⁵². Pero dicha fuerza vinculante no puede ser lo mismo para los ACE europeos, que a principios de los años noventa no pueden soñar con aplicarse de modo inmediato y compulsivo a las relaciones individuales de toda Europa: incluso aunque en ese tiempo los mayores detractores de semejante efica-

⁵¹ «La subsidiariedad horizontal volvería del revés el sistema de fuentes comunitario, convirtiendo al ACE en fuente principal de Derecho social, mientras las fuentes heterónomas asumirían un valor sancionatorio, sustitutivo y/o integrativo de la voluntad de las partes», decía GUARRIELLO, «Accordi di gruppo e struttura di rappresentanza europea», *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali* 53 (1992), págs. 58-59. Véanse las distintas posturas en mi artículo «La negociación colectiva europea», *Relaciones Laborales II* (1993), 1260 y sigs. Para la Comisión, por su lado, «a medio término el desarrollo del diálogo social europeo plantea la cuestión de los acuerdos colectivos europeos como fuentes del Derecho. Las discusiones de la próxima reforma del Tratado tomarán esto en consideración» (Comunicación sobre *El diálogo social europeo, una fuerza de innovación y cambio*, cit., pág. 19).

⁵² Eficacia inmediata (unmittelbare Geltung) significa que la parte normativa de los convenios se aplica a las relaciones de trabajo sin necesidad de recepción por los contratos individuales, como si se tratara de una norma objetiva, y eficacia inderogable de dicha parte (zwingende Geltung) significa que se aplica de tal forma incluso cuando las partes individuales se manifiestan en contra o han establecido cláusulas distintas, aunque en este caso valdrán si son más favorables (*in melius*). Cfr. KEMPEN, O. E., y ZACERT, U., *Tarifvertragsgesetz*, Bund Verlag, Köln, 1997, págs. 595 y sigs., comentando el artículo 4.1 TVG.

cia quedaran al margen, pues el Reino Unido no ha suscrito el APS y no se incorpora sino hasta el Tratado de Amsterdam de 1997⁵³, es pronto para suponer que un acuerdo marco de aquellas características pudiera aplicarse directamente, y la Directiva, por su propia idiosincrasia, tampoco podía prestarle dicha fuerza, aunque sí una muy parecida: la fuerza normativa, en el sentido de obligar a los Estados miembros a velar por su aplicación interna. Una eficacia que por sí mismo no tienen los ACE, que son instrumentos privados, pero que con el respaldo de la norma comunitaria pasa a vincular a los poderes públicos nacionales. El resultado final será similar al de la eficacia vinculante, pues obtiene la aplicación automática e inderogable sobre las relaciones de trabajo, pero no de forma directa o «*self-executing*», sino merced a las normas y a los convenios de trasposición.

Pero los acuerdos sectoriales que surgen en 1999 ya no son tan débiles ni vagorosos, sino muy concretos, y la norma de refuerzo pasa a ser vista como portadora de un valor distinto: el de la aplicación *erga omnes*, la obligación para los Estados miembros de garantizar la aplicación universal —siquiera dentro del sector correspondiente— de las cláusulas del acuerdo europeo por obra de la declaración de extensión que la norma comunitaria procura. En cambio, el valor vinculante entra en crisis en parte por las dudas técnicas que suscita la aplicación de semejante doctrina nacional a un instrumento internacional, y también porque los interlocutores sociales europeos afirman paulatinamente su poder frente a las organizaciones miembros, lo cual queda de manifiesto en su Congreso de Helsinki de 1999, aunque con discrepancias de algunas delegaciones nacionales. La eficacia general encuentra su explicación en un Ordenamiento como el comunitario, preocupado básicamente por la competencia leal, bajo cuyos parámetros no puede tolerarse el dumping en estas cuestiones, y busca en la norma de refuerzo una vía para imponer un standard con las condiciones de trabajo del ACE.

En puridad, dotar de eficacia general a un ACE envuelve o implica además el pretender su eficacia vinculante. No concibo la extensión de un instrumento colectivo carente de fuerza de obligar. Cabría pensar, es cierto, en un ACE extendido como regulación supletoria, que entrara en aplicación sólo cuando las normas o convenios nacionales nada establecieran al respecto, pero hasta el momento presente los convenios dispositivos forman una minoría, aunque relevante. Lo que sí puede suceder es que, como sucede habitualmente con el mecanismo de extensión en los diversos Ordenamientos nacionales que lo tienen establecido, la norma comunitaria presuponga que el instrumento colectivo detenta por sí

mismo dicha fuerza de obligar, y adapte su intervención a tal presupuesto. La Comisión Europea puede expresar en su Comunicación, por ello, que la Directiva de refuerzo sirve para extender la aplicación de un ACE a todos los trabajadores y empresarios, incluso no afiliados a las organizaciones europeas firmantes, un mecanismo de extensión que respeta el grado de vinculación que los autores del instrumento le hayan dado, porque es consciente de que ya se dan los elementos para considerar que los interlocutores sociales tienen suficiente fuerza para imponer por sí mismos la aplicación de los ACE.

Claro que lo antedicho plantea dos interrogantes: uno, si la Comisión piensa realmente como digo; dos, si los interlocutores sociales europeos tienen realmente la fuerza que se les supone. Salvo error u omisión, no conozco un pronunciamiento de la Comisión donde encontremos el rastro de su pensamiento. Se ha felicitado abundantemente por el éxito de la puesta en marcha de los nuevos comités paritarios sectoriales de diálogo social, y se esfuerza por crear foros de negociación a todos los niveles, pero guarda cautelosa su opinión sobre el poder jurídico y sociológico de los ACE. En varias ocasiones ha indicado cuáles son los requisitos que debe cumplir un ACE para obtener el respaldo de una norma comunitaria, y de ellos no obtenemos un pista segura en los interrogantes formulados:

- a) Representatividad suficiente de las partes signatarias.
- b) Licitud de todas las cláusulas del acuerdo.
- c) Respeto a las medidas referentes a las pequeñas y medianas empresas.
- d) Mandato suficiente de las partes signatarias para concluir el acuerdo⁵⁴.

La pista de esa confianza en el poder negociador nos viene desde otro lugar, a saber, desde los propios interlocutores sociales. Éstos han aprendido a negociar a nivel intereuropeo a raíz de los primeros ACE marco y de los compromisos asumidos para la puesta en marcha de los comités de empresa europeo, de los que nacen cuatrocientos como inmediata consecuencia de la Directiva 94/45/CE⁵⁵. Como un síntoma de tal confianza, ya se han producido acuerdos que no han solicitado a la Comisión una norma de refuerzo. Sin duda que la abstención puede deberse a la eficacia *erga omnes* asignada al mecanismo, contraria y hasta extraña a la normalidad de los diversos países europeos: la declaración de extensión es un procedimiento extraordinario allí donde

⁵⁴ Los tres primeros requisitos, en la Comunicación de 2002 sobre diálogo social citada, pág. 18. El cuarto aparece junto a los anteriores en las Comunicaciones sobre la aplicación del protocolo de política social de 1993, pág. 17, y sobre adaptación y promoción del diálogo social de 1998, pág. 16.

⁵⁵ «Hay un diálogo social que se desarrolla rápidamente en el seno de las empresas multinacionales», constataba en su Comunicación de 20 de mayo de 1998, pág. 17.

⁵³ Sobre la necesidad de incorporación contractual de las condiciones reguladas por convenio, en el Derecho británico, cfr. DEAKIN, S. y MORRIS, G., *Labour Law*, Butterworths, Londres, 1998, págs. 258 y sigs.

existe⁵⁶, y sólo en España disponen *ab initio* de eficacia general los convenios colectivos más representativos. Pero es claro también que no la despreciarían si fueran incapaces de alcanzar por sí mismos alguna clase de incidencia. Hay una fuerte negociación sectorial en marcha actualmente de la que aún no hay resultados manifiestos, los sindicatos nacionales están perdiendo sus recelos mutuos y llegan a acuerdos de negociación conjunta a nivel descentralizado transnacional⁵⁷, se ha regulado al menos del lado sindical la atribución de mandatos negociadores a nivel europeo, los empresarios han constituido más organizaciones representativas europeas que los sindicatos, etc.

Lo anterior confirma, en mi opinión, que por vez primera hallamos interlocutores sociales europeos con autoridad sobre sus organizaciones nacionales para imponer socialmente los ACE. El problema de si también disponen de capacidad jurídica para hacerlo tiene un distinto tratamiento, que veremos en el epígrafe próximo.

Concluamos antes lo hasta ahora visto con cinco reflexiones:

— *Una*, que la decisión del Consejo puede cumplir distintas funciones en su acompañamiento de un ACE: obligar a los Estados a imponer su aplicación, extender su eficacia a todos los trabajadores y empresarios, o ambas cosas.

— *Dos*, que el artículo 139 TCE adopta el concepto «decisión» de manera genérica, significativo de que tanto puede ser una Directiva como una Decisión e incluso un Reglamento.

— *Tres*, que el tipo de decisión del Consejo a elegir en cada ocasión no depende del tipo de acción comunitaria a la cual responde el ACE — incluso podría no ser una iniciativa legislativa —, sino de la función asignada respecto de aquél.

— *Cuatro*, que cada función encuentra un tipo de decisión más adecuado para lograr el resultado previsto: una Directiva, si se pretende aplicar el ACE a través de los Estados miembros y con eficacia general; un Reglamento, si se busca la aplicación general y directa a los trabajadores y empresarios europeos; una Decisión, si se pretende la aplicación directa, pero sólo a los trabajadores y empresarios afiliados a las organizaciones firmantes.

— *Cinco*, que la elección de una u otra norma dependerá también de la base jurídica o poder comunitario de referencia expresado en un artículo del TCE que sustente el apoyo otorgado⁵⁸.

⁵⁶ Francia, Alemania, España.

⁵⁷ Los Acuerdos de Doorn, de 5 de noviembre de 1998, entre los sindicatos alemanes, holandeses, belgas y luxemburgueses, sobre coordinación de sus políticas negociadoras, en especial en materia de salarios («by attuning their wage policies»), ejemplifican lo que digo. Otros ejemplos se analizan en distintos capítulos de este libro.

⁵⁸ «La aplicación del Acuerdo contribuye a la realización de los objetivos marcados en el artículo 136 del Tratado», dicen, por ejemplo, los preámbulos de las Directivas

4. LOS ACUERDOS ORDINARIOS

4.1. Fenomenología

El debate sobre la posibilidad de su existencia, planteado hasta no hace mucho⁵⁹, queda resuelto en la actualidad con la presencia de varios de ellos, tanto a nivel intersectorial como sectorial. No sólo han nacido espontáneamente, sin inducción comunitaria, sino que tampoco han solicitado una decisión del Consejo para su acompañamiento, a pesar de reunir los requisitos exigidos por la Comisión para pedirlo, acabados de mencionar.

Como primera observación respecto a los ACE ordinarios cabe aludir a que sus requisitos no han de ser necesariamente los mismos de los ACE reforzados. Por ejemplo, no tienen que atender a la protección de las pequeñas y medianas empresas, ni los firmantes tienen por qué ser suficientemente representativos, y la licitud de sus cláusulas no ha de sujetarse a los requisitos del Derecho comunitario. La razón estriba en que, si bien nos hallamos ante instrumentos colectivos europeos, falta aún una normativa comunitaria sobre ellos, de manera que su calificación jurídica inicial es la de contratos internacionales sometidos a las Leyes nacionales en cada momento aplicables. Salvo las normas sobre competencia judicial contenidas en el Reglamento Europeo 44/2001 y de las normas sobre conflicto de Leyes del Convenio de Roma, un ACE suscrito en Bruselas se someterá a la legislación belga para ciertas materias y a la legislación nacional de los Estados donde vaya a tener efecto para ciertas otras. De ahí que el artículo 139 TCE señale expresamente que cuando un Acuerdo comunitario no se aplique sobre la base de una decisión del Consejo, se realizará por los procedimientos y prácticas propios de los interlocutores sociales y de los Estados miembros.

1999/70/CE, referente al Acuerdo marco sobre trabajo de duración determinada, y 1999/63/CE, relativa al Acuerdo sectorial sobre jornada de marinos. «La aplicación del acuerdo contribuye a la realización de los objetivos contemplados en el artículo 1 del Acuerdo sobre política social», dice el preámbulo de la Directiva 97/81/CE, referente al Acuerdo sobre trabajo a tiempo parcial, que además cita los principios de subsidiariedad y proporcionalidad del artículo 3B del Tratado.

⁵⁹ Para NAVARRO NIETO, F., «La negociación colectiva en el Derecho comunitario del trabajo», REDT 102 (2000), 387, el acuerdo colectivo que él llama *extra legem*, además de posible, no tiene por qué quedar sometido a la iniciativa de la Comisión, dado que no va a integrarse en el iter legislativo comunitario. Por su parte, CASAS BAAMONDE, M. E., «La negociación colectiva europea como institución democrática (y sobre la representatividad de los "interlocutores sociales europeos")», *Relaciones Laborales II* (1998), págs. 78-79, hace una interpretación algo más restrictiva del tema a través de la sentencia del Tribunal Europeo de Primera Instancia, de 17 de junio de 1998, UEAPME T-135/96.

Gorelli, Valverde y Gordillo resumen en cuatro los principales problemas técnicos de la negociación europea⁶⁰: a) cuáles pueden ser los sujetos negociadores; b) cuál es el procedimiento de negociación a seguir; c) cuál es la imperatividad de este tipo de acuerdos; y d) los problemas de articulación y complementariedad entre el convenio europeo y la regulación nacional.

4.2. La eficacia vinculante de los Acuerdos europeos ordinarios, o de Derecho Común

La alternativa a la aplicación mediante decisiones del Consejo consiste en la aplicación a través de los procedimientos y prácticas propios de los interlocutores sociales y de los Estados miembros, como hemos visto que dice el artículo 139 TCE. La Declaración de las once Altas Partes Contratantes al APS decía en 1992 que esta modalidad consistiría en desarrollar el contenido de los ACE mediante negociación colectiva y con arreglo a las normas de cada Estado miembro, por lo cual no implicaba la obligación de aplicar directamente los ACE por los Estados, ni de trasponerlos con legislación interna, ni de modificar la propia legislación para acondicionarla a ellos. Desarrollar un ACE mediante negociación colectiva sujeta a las normas nacionales no parecía tener otro sentido que trasponerlos mediante convenios nacionales⁶¹: en aquel momento la experiencia sobre algo distinto no se conocía, pues en realidad lo único sólido conocido que pudiera aproximarse consistía en la aplicación de Directivas mediante convenios nacionales, y a nivel europeo no se disponía más que de los ambiguos procesos desarrollados en el Comité de Diálogo Social⁶², y todavía años más tarde se planteaba el interrogante de si los ACE sectoriales eran posibles o quedaban limitados por el Acuerdo de Política Social, a lo que la Comisión se veía obligada a responder tan tarde como en 1998 que nada en dicho Acuerdo los impedía, bien como complemento de los acuerdos interprofesionales o como acuerdos independientes circunscritos al sector en cuestión⁶³. Con tan escasa experiencia negociadora, es más que probable que tanto las partes como la Comisión

⁶⁰ GÓMEZ GORDILLO, R.; GORELLI HERNÁNDEZ, J., y VALVERDE ASENCIO, A., *Marco laboral y relaciones colectivas en la Unión Europea, Informe al Consejo Económico y Social de Andalucía*, Sevilla, 2002, págs. 32-33.

⁶¹ Así, ARRIGO, G., *Il diritto del lavoro dell'Unione Europea*, vol. I, Giuffrè, Milán, 1998, pág. 188.

⁶² «The most active dialogue at cross-industry level has in recent years taken place within the Social Dialogue Committee where the three cross-industry organisations of general vocation, UNICE, CEEP and ETUC, conduct their autonomous dialogue», decía la Comunicación *Adapting and Promoting the Social Dialogue at Community level*, cit., pág. 13.

⁶³ Comunicación sobre *Adapting and Promoting*, cit., pág. 14.

tuvieran la mente puesta en acuerdos generales o marco, tan ambiguos como las Directivas del momento, sólo un poco más allá de las Declaraciones y pronunciamientos conjuntos emanadas por las partes en el diálogo de Val Duchesse y en los comités sectoriales. Una cesta con tan pocos mimbres sería incapaz de desarrollarse por sí misma si no obtenía el apoyo de una Directiva, siendo el único refuerzo alternativo posible para llegar a los empresarios y trabajadores el de los convenios nacionales.

Bajo tales pedimentos sorprende que la Comisión tuviera el alcance de miras capaz de vislumbrar la explosión negociadora que vendría de inmediato, y supiera acertar en un tratamiento sostenible. Tan pronto como en 1993, su Comunicación relativa a la aplicación del Protocolo sobre política social⁶⁴ iba más allá de un mero *coup de chapeau* a la negociación independiente y planteaba el escenario adecuado al decir que, si los interlocutores sociales decidieran «aplicar por vía voluntaria» el ACE, «los términos de dicho acuerdo serán vinculantes para sus miembros, y les afectarán sólo a ellos y sólo de conformidad con las prácticas y los procedimientos que les son propios en sus Estados miembros respectivos». No es posible mayor claridad y precisión en el manifiesto de la Comisión Europea. Incluso la precipitada limitación manifiesta en la Declaración de las once Partes Contratantes, de un desarrollo mediante convenios nacionales, queda discretamente olvidada en favor de una expresión mucho más amplia, la aplicación de los ACE por vía voluntaria, sin especificar si hará falta una segunda fase de negociación nacional o no. En la Declaración sólo se expone rotundamente que no disfrutarán de prerrogativa comunitaria alguna, como señaladamente la extensión *erga omnes* a todos los empresarios y trabajadores de la Unión. Si en sus diversas Comunicaciones sobre diálogo social ha establecido la Comisión una serie de requisitos y de efectos, nada de lo dicho en ellas se aplica a los ACE independientes, libres u ordinarios. El pequeño régimen jurídico que se ha ido desarrollando al hilo del otorgamiento de eficacia general no es exigible para ellos, que no van a recibir semejante fuerza, sino la que le preste en cada país la legislación correspondiente.

En cuanto instrumento común, los ACE ordinarios se sujetan a las normas de Derecho Privado Internacional, con una característica: no se trata de un contrato civil cualquiera, sino de un convenio colectivo, y el bloque normativo inicialmente aplicable será el dedicado a la negociación colectiva por cada Estado miembro. Difícilmente un compromiso firmado por organizaciones sindicales y empresariales sobre condiciones de trabajo podrá ser catalogado de otro modo en alguno de los Estados miembros, aunque pudiera darse el caso. Existen países muy puntillosos en la calificación como convenio colectivo laboral, pero incluso en ellos podemos avanzar una ca-

⁶⁴ Comunicación relativa a la aplicación del Protocolo sobre la política social, cit., pág. 17.

lificación en tal sentido. Así, España requiere elevados requisitos por parte de las organizaciones intervinientes, un procedimiento algo rígido de negociación que implica comunicar su inicio a la autoridad laboral y especificar por escrito el clausulado, el depósito en un registro *ad hoc* y la publicación en el boletín oficial. Sin embargo tales requisitos se exigen a los convenios colectivos de eficacia *erga omnes*, muy oficializados desde la época del general Franco, pero no a los pactos de eficacia limitada, que se someten en lo básico a la normativa del Código Civil. En tal sentido, prácticamente en todos los países el reconocimiento como convenio exige requisitos algo distintos a los pedidos por la UE para dictar una decisión de refuerzo: el consentimiento de las partes, el mandato válido de los representantes, una regulación lícita conforme a las normas nacionales, quizá la forma escrita, es lo pedido, y no la adecuación a las normas de la UE, el respeto a las PY-MEs o el carácter representativo de las partes⁶⁵. Tampoco han de constreñirse los ACE autónomos a las materias negociables indicadas por el TCE en su artículo 137⁶⁶, pues la exclusión de materias como la retribución o la libertad sindical se predica de las Directivas comunitarias y, en su caso, de las decisiones de refuerzo para los ACE vinculados⁶⁷.

La consideración como instrumentos colectivos lleva ínsita en bastantes países la eficacia viculante frente a los contratos individuales de trabajo, a virtud de la Ley nacional o de la jurisprudencia. En toda Europa se reconoce una supercontractualidad de los negocios colectivos con la relevante excepción del Reino Unido.

4.3. La eficacia directa de los ACE

Alguno de los ACE actualmente en vigor ha mencionado en concreto la vía traspositiva de los convenios nacionales para ser aplicados.

⁶⁵ Los principios de libertad para negociar y de reconocimiento mutuo, determinantes en la negociación europea libre, a tenor de la sentencia UEAPME del Tribunal Europeo de Primera Instancia, citada, sustituyen al reconocimiento de la representatividad efectuado por la Comisión con vistas a la promulgación de una norma de refuerzo, pero plantea otras cuestiones analizadas por GORELLI HERNÁNDEZ, J., «El diálogo social en la Unión Europea: incidencia en el sistema de fuentes del Derecho», *Temas Laborales* 55 (2000), pág. 64, y SANGUINETTI REYNAUD, W., «El papel de la autonomía colectiva en la construcción del espacio social europeo», *Carta Laboral* 35 (2000), pág. 9.

⁶⁶ Su texto ha quedado modificado por el Tratado de Niza, artículo 2.9, pero en sustancia exige mayoría para promulgar Directivas referentes a ciertas materias, y unanimidad para ciertas otras, excluyendo además las materias de remuneración, sindicación, huelga y cierre patronal.

⁶⁷ El artículo 139 TCE se remite al artículo 137 para los tipos de aprobación por el Consejo de la decisión de refuerzo, y no ha sido modificado por el Tratado de Niza para acoger las producidas en el 137, un elemento más del «desajuste analítico interno» que denuncia DUEÑAS HERRERO, L., *Los interlocutores sociales europeos*, Tirant, Valencia, 2002, 147 y sigs.

Como si de una Directiva colectiva se tratara, apelan a una segunda onda negociadora, esta vez dentro de cada país, para alcanzar a los trabajadores y empresarios⁶⁸. No voy a entrar en el problema de qué sucede cuando los instrumentos nacionales no trasponen el contenido del ACE, aunque a mi juicio sería impertinente pensar en una aplicación directa, en la interpretación conforme (doctrina Mahrleasing) o en la responsabilidad del Estado (doctrina Wagner Miret): como indica la Comunicación sobre el Protocolo de Política Social, la eficacia de los ACE resultará de las prácticas y procedimientos que les son propios.

Pero la mayoría se expresa de otra forma, y el fortalecimiento de la negociación colectiva europea permite aventurar la posibilidad de una aplicación directa, no necesitada de mecanismos intermedios. Lo que podríamos ya denominar como cláusula de estilo en los ACE alude precisamente, no a la aplicación mediante convenios nacionales, sino mediante convenios europeos: el presente Acuerdo —repiten los textos— no limita el derecho de los interlocutores sociales a celebrar convenios, al nivel apropiado, incluido el nivel europeo, que adapten o complementen sus disposiciones de manera que tengan en cuenta las necesidades específicas de los interlocutores sociales afectados⁶⁹.

La situación presente la ha vivido Europa hace ya ochenta años, en el primer tercio del siglo xx, cuando la negociación colectiva se consolida en todas partes como un instrumento idóneo para lograr la paz social. Un poco antes de que el legislador de cada país proclama-

⁶⁸ El Acuerdo Marco sobre Teletrabajo, de 16 de julio de 2002, indica en su cláusula 12 que, en el contexto del artículo 139 TCE, será aplicado por los miembros de UNICE-UEAPME, CEEP y CES (y su comité de enlace EUROCADRES-CEC) «de acuerdo con los procedimientos y prácticas específicos de empresarios y trabajadores en los Estados miembros». En la doctrina que podríamos denominar clásica no existía otra forma de prestar eficacia vinculante a los ACE que no obtuvieran el respaldo de una Directiva: «Los acuerdos no tienen en sí eficacia normativa, en el sentido de que no inciden de modo inmediato sobre las relaciones de trabajo cuyas condiciones disciplinan... solamente como fuentes de vínculos de naturaleza obligatoria, a hacer eficaces con los medios consensuales, de manera que la disciplina de las condiciones de trabajo pactadas viene realizada por obra del derecho contractual colectivo interno» (SCHNORR VON CARLSFELD, *op. cit.*, pág. 330, interpretando el artículo 4.2 APS). «Esto es, que en tal caso el convenio colectivo comunitario continuará teniendo el carácter de convenio marco recomendatorio, sin eficacia jurídica alguna, dependiendo su aplicación de la inclusión de su contenido en la negociación colectiva nacional de cada Estado miembro, de acuerdo con su respectiva legislación reguladora» (COLINA, M.; RAMÍREZ, J. M. y SALA, T., *Derecho Social Comunitario*, cit., pág. 560). Bajo el Derecho vigente, dice ZACHERT, U., «Europäische Tarifverträge - von korporatistischer zur autonomer Normsetzung?», en VV.AA., *Tarifautonomie für ein neues Jahrhundert (Festschrift Schaub)*, Beck'sche, Munich, 1998, pág. 827, los acuerdos europeos carecen de eficacia inmediata, y requieren de trasposición mediante las organizaciones nacionales. Para este prestigioso especialista, el mandato para negociar conferido por las organizaciones nacionales puede lesionar —al menos en Alemania— la protección constitucional de la autonomía colectiva.

⁶⁹ ACE Marco de 14 de diciembre de 1995, sobre permiso parental, cláusula 4; ACE Marco de 6 de junio de 1997, sobre trabajo a tiempo parcial, cláusula 6; ACE Marco de 18 de marzo de 1999, sobre trabajo de duración determinada, cláusula 8.

ra la eficacia vinculante sobre los contratos de trabajo, la doctrina había buscado la explicación jurídica de la «inderogabilidad» en el Derecho Común, especialmente en Alemania e Italia, y había llegado a defender con fuerza dos tipos de explicación: o bien las partes firmantes representaban la voluntad de los trabajadores y empresarios a virtud del mandato conferido (teoría del mandato), o bien lo hacían a virtud de la pertenencia a la asociación firmante (teoría de la asociación), pero desde luego debían aceptar lo fumado en su nombre, si quedaba dentro de los poderes otorgados⁷⁰. El concepto clave en ambas posiciones era la representación conferida para negociar y adquirir compromisos en nombre, respectivamente, de los trabajadores y de los empresarios.

Pues bien: el trabajador y el empresario se incorporan a una organización, que firma directamente un acuerdo o delega en otra organización de segundo o ulterior grado el hacerlo a un nivel más amplio. Quienes firman un convenio nacional coronan una línea de representaciones que les conecta a ellos con las bases. Un paso más arriba, el convenio colectivo europeo conecta a sus firmantes con las bases europeas a través de la cadena de afiliaciones. Bajo tales premisas, ¿es de todo punto necesario que una federación nacional afiliada a la organización signataria del ACE deba negociar un convenio nacional para ratificar su conformidad con aquél? Mi respuesta es: si está claro el mandato conferido a la organización europea, no.

El tribunal local ante el que se solicite el cumplimiento de un ACE habrá de examinar varios aspectos. Supongamos que se trata de aplicar la cláusula 9 del ACE Marco sobre Teletrabajo, referente a que el empresario permitirá al teletrabajador reunirse con sus compañeros con carácter regular y acceder a la información de la empresa⁷¹. En cuanto contrato internacional sometido al Convenio de Roma de 19 de junio de 1980⁷², sobre legislación aplicable a las obligaciones contractuales, el juez habrá de constatar la validez del contrato conforme a la legislación elegida por las partes, o, de no constar la elección, conforme a la del país con el que presente los lazos más estrechos, y la aplicabilidad del contrato al lugar y a los sujetos pretendidos, lo que envuelve tanto un juicio sobre la validez como instrumento colectivo en el propio país —sobre

⁷⁰ He desarrollado esta argumentación con mayor detenimiento en mi artículo, «¿Son «meras recomendaciones» los acuerdos colectivos europeos?», en *Relaciones Laborales*, vol. I (1998), págs. 298-317.

⁷¹ Ejemplo de futuro: como indica la cláusula 12 del mismo Acuerdo, «su aplicación se llevará a cabo dentro de los tres años siguientes de la firma de este acuerdo», es decir, no más tarde que el 16 de julio de 2005.

⁷² La capacidad contractual de las asociaciones firmantes se rige, en mi opinión, por el Convenio sobre Reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades, asociaciones y fundaciones extranjeras, Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, 1 de junio de 1956.

todo, el respeto a las normas de orden público—, cuanto si lo firmado vincula a las partes del pleito⁷³.

Ocioso es decir que el ACE sólo vincula a los afiliados⁷⁴, es decir, que tendrá la consideración de un pacto colectivo de eficacia limitada. En España los ACE firmados por CES y UNICE, organizaciones a las que pertenecen las centrales nacionales más representativas, gozarían de eficacia general si no fuera porque faltarían otros requisitos, como el registro y la publicación en el boletín oficial⁷⁵, a menos que se produjeran una de las dos siguientes alternativas: o bien que fueran registradas y publicadas de oficio o a instancia de parte⁷⁶, o bien que el juez local equiparara el ACE a los convenios nacionales, de igual forma que se equiparara el ciudadano europeo al nacional del país en el tratamiento laboral.

Se ha planteado por la doctrina alguna cuestión más concreta en torno a la aplicación de los ACE, sobre todo porque pueden servir para rebajar los niveles alcanzados por los convenios en vigor⁷⁷. Por ello, Zachert propone una formulación especial del principio de norma más favorable, a cuya virtud el ACE únicamente podría establecer condiciones mínimas⁷⁸ frente a los convenios nacionales. Por cuanto respecta a España, y dado que un ACE

⁷³ Es útil al respecto la consulta de CARRILLO DEL POZO, L. F., «Alegación y prueba del Derecho extranjero en el ámbito laboral y tutela judicial efectiva», *REDT* 111 (2002), 451 y sigs.; LUJÁN ALCARAZ, J., «La interpretación y aplicación del Derecho Comunitario por el juez español: la cuestión prejudicial en el orden social», *Aranzadi Social* 12 (1999), 9 y sigs.; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, «Competencia judicial internacional y la Ley del contrato de trabajo en las relaciones internacionales», *Actualidad Laboral* III (1991), 533 y sigs. Sobre la aplicación subsidiaria de la *lex fori* por falta de acreditación de la Ley extranjera, SSTC 33/2002, de 11 de febrero, y TS de 22 de mayo de 2001 (AR. 6477).

⁷⁴ En países como España, donde no existe una norma o doctrina jurisprudencial sobre la aplicación cuando sólo una de las partes pertenece a una organización firmante, el tribunal local podrá hacer bien poco para declarar aplicable el ACE, pues ni por la vía del mandato conferido ni por la representación ostentada puede vincularse a un empresario o trabajador que no ha manifestado su voluntad conforme. Claro que en Derecho del Trabajo existen los medios de acción directa para lograr la aplicación de lo pactado.

⁷⁵ Similarmente, PÉREZ DE LOS COBOS, *El Derecho Social Comunitario*, pág. 148: el ACE tiene naturaleza contractual y es un pacto extraestatutario, pero si en la mesa negociadora europea estuvieran representadas las organizaciones españolas más representativas y se hubiesen cumplimentado los requisitos previstos en los arts. 87 y sigs. ET, el acuerdo tendría valor de convenio *erga omnes* o estatutario en España.

⁷⁶ El artículo 2.f del RD 1040/1981, de 22 de mayo, señala como objeto de inscripción en el registro de convenios a «cualquiera otro acuerdo, laudo arbitral o pacto que legalmente tenga reconocida la eficacia de convenio». Por otra parte, también el artículo 2.c obliga a registrar los acuerdos interprofesionales y sobre materias concretas del artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores, el cual habla de los acuerdos elaborados por las organizaciones más representativas de carácter estatal o autonómico, de modo que podrían considerarse como tales a los ACE, en cuanto están en ellos representadas dichas organizaciones. La respuesta sería distinta si el artículo 83 aludiera estrictamente a los acuerdos firmados a nivel estatal o autonómico.

⁷⁷ Es el temor constatado en Italia por ARRIGO, G., *A proposito della comparazione*, págs. 69 y sigs.

⁷⁸ «Europäische Tarifverträge», pág. 827.

de aplicación directa va a tener normalmente la consideración de pacto de eficacia limitada, el principio de norma más favorable actúa frente a los convenios de eficacia general con toda plenitud, por lo cual prevalecerá el que contenga el mejor nivel de condiciones para los trabajadores.

5. LOS ACUERDOS DE EMPRESA EUROPEOS

Sin el estruendo producido por los ACE intersectoriales y sectoriales, los acuerdos de empresas multinacionales sujetos a la Directiva 94/45/CE han inundado el espacio europeo en poco tiempo, y probablemente constituyan en el inmediato futuro el verdadero cauce por donde tomen cuerpo las relaciones industriales continentales. En principio referidos a la creación de comités de empresa europeos o fórmulas alternativas, las materias asignadas como competencias de esos comités está llevando a compromisos de importancia con la dirección de las empresas multinacionales⁷⁹. De su importancia da fe la rápida aparición de doctrina del TJE en varias sentencias, de la que aquí nos interesa la referida a Luxemburgo: en la sentencia TJE de 21 de octubre de 1999, Comisión c. Gran Ducado de Luxemburgo C-430/98, el Estado miembro se defendía de la acusación de no haber traspuesto debidamente la Directiva 94/45/CE, diciendo que había confiado a la negociación colectiva la aplicación de la misma y las empresas multinacionales afectadas habían celebrado acuerdos europeos de empresa en su mayoría, quedando sólo una o dos sin hacerlo, por lo que no había considerado necesario promulgar una Ley de garantía. El TJE contesta que precisamente por ello no ha quedado salvaguardada por completo la trasposición de la Directiva, y condena a Luxemburgo.

Cómo encajan estos acuerdos de empresa en el contexto de la negociación europea es uno de los temas que están por decidir. Las Comunicaciones de la Comisión sobre el diálogo social aluden a los acuerdos intersectoriales y sectoriales, pero no a los de ámbito inferior⁸⁰.

El lugar apropiado para debatir esos problemas se encuentra en el capítulo de este libro referido a la negociación de empresa, al cual me remito.

⁷⁹ «Particularmente respecto a movilidad, pensiones y equivalencia de cualificaciones», dice la Comunicación sobre Diálogo Social Europeo de 26 de junio de 2002, pág. 11.

⁸⁰ «Tendrá que examinarse, caso por caso, la cuestión de si un acuerdo celebrado entre interlocutores sociales, representantes de ciertas categorías o sectores profesionales, constituye una base suficiente para que la Comisión suspenda su acción legislativa», dice al límite la Comunicación sobre el Protocolo de Política Social de 14 de diciembre de 1993, pág. 15. Sin embargo, PÉREZ DE LOS COBOS, *El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, cit., págs. 157-158, considera que el artículo 4 del APS (hoy sería el artículo 139 TCE) es un marco precario, pero marco al fin y a la postre, de regulación de estos acuerdos europeos de empresa.