

como sobre los problemas de género y trabajo y derechos fundamentales inespecíficos. También se estudian las novedades legislativas en materia de derecho laboral, tanto en lo que se refiere a la negociación colectiva como fuente del derecho del trabajo como a la contratación laboral y condiciones de trabajo, en políticas activas y pasivas de empleo, de prevención de riesgos laborales y de seguridad social. El libro concluye con la Conferencia de Clausura a cargo del Prof. Dr. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer sobre Disponibilidad de Derechos y Autonomía Colectiva.

Después de la presentación de las XXI Jornadas Andaluzas sólo cabe desearles larga vida, con esta u otras fórmulas, para seguir aglutinando a los investigadores andaluces de la materia, jóvenes y maduros, hacer posible el encuentro personal y el intercambio de ideas y la posterior publicación de los trabajos para continuar acrecentando el acervo doctrinal que ya se ha conseguido.

Para terminar, como coordinador de las Jornadas, quiero expresar mi agradecimiento al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales por su generoso patrocinio para facilitar su realización y la publicación de las ponencias, así como a aquellos compañeros del Departamento de Derecho del Trabajo de la Universidad de Sevilla que hicieron posible el éxito de las XXI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales.

*Jaime Castiñeira Fernández
Sevilla, noviembre de 2003*

NOVEDADES EN EL DERECHO SOCIAL COMUNITARIO

SUMARIO: 1. *Perspectiva general*. 2. *Negociación colectiva*. 2.1. La negociación colectiva desarrollada en el procedimiento legislativo comunitario. 2.2. Los Acuerdos Colectivos Europeos. 2.1. La prohibición de discriminación en el Derecho Comunitario. 2.2. La discriminación indirecta. 2.3. Acoso moral y sexual. 2.4. Ámbito material de aplicación de la Directiva: las condiciones de trabajo. 2.5. Las excepciones al principio de igualdad. 2.6. La acción positiva. 2.7. Garantía de aplicación, tutela jurisdiccional del principio de igualdad y sanciones. 2.8. La promoción institucional y la implicación de los interlocutores sociales. 2.9. La transposición de la Directiva. 3. *Igualdad de trato y prohibición de tratamiento discriminatorio*. 4. *Derechos colectivos de información y consulta*. 4.1. La Directiva de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea. 4.2. La Directiva relativa al marco general sobre información y consulta. 5. *Política de empleo*. 6. *Condiciones de trabajo*. 6.1. La reforma de la Directiva sobre insolvencia del empresario. 6.2. La ordenación del tiempo de trabajo. 7. *Prevención de riesgos*. 8. *Seguridad social*. 8.1. Coordinación de las legislaciones. 8.2. La jurisprudencia relativa a la armonización de las legislaciones.

1. PERSPECTIVA GENERAL

En el proceso de construcción del proyecto europeo una constante ha sido la tensión política acerca de la configuración de la entidad europea, que se puede resumir en una alternativa entre la opción a favor de un mero espacio de libre comercio y otra defensora de las fórmulas federales de integración cuasiestatal. Se suele presentar como un permanente proceso de tejer y destejer, si bien en una perspectiva en el largo plazo se puede apreciar como se va profundizando en ese proceso, en algunos aspectos con resultados de intensa integración sin retorno.

Entre los factores que han coadyuvado a ese proceso de profundización en la integración de forma irreversible destacaríamos los siguientes. Ante todo, el éxito en términos de desarrollo económico y de integración social del simple proyecto de eliminación de trabas aduaneras, que conduce a reforzar las posiciones pro-europeístas, así como la natural tendencia al crecimiento cualitativo. Se aprecia igualmente un proceso dialéctico, similar a la siembra de una semilla con tendencia natural al crecimiento cualitativo, en el que la función crea al órgano, a partir de ahí es el órgano el que crea nuevas funciones y así sucesivamente. Como fenómenos de influencia más reciente, destacaríamos la caída del muro de Berlín y la presencia de un nuevo equilibrio geopolítico muy favorable a la profundización en el proyecto europeo, en términos de ampliación territorial y de expansión competencial. Asimismo, el nuevo contexto de globalización económica provoca una reacción favorable al mayor protagonismo de las instituciones comunitarias, pues tales fenómenos de globalización determinan una pérdida del poder político de los Estados-nación, con los correspondientes requerimientos de emergencia de efectivos poderes políticos supraestatales, bien sean de ámbito regional (europeo) o mundial. Finalmente, desde luego sin pretensión de agotamiento de la totalidad de los factores coadyuvantes a este resultado, las exigencias de una presencia fuerte del polo europeo en el concierto internacional frente a la polarización de los poderes económicos en la América del Norte, que no permite quedarse en el escueto terreno del mero espacio económico común.

Desde 1986, con el Acta Única Europea, se rompe el tabú de un modelo estático y nos encontramos ante un modelo en constante transformación, pero que da una idea estable del papel de la Europa Comunitaria. En este marco, la política comunitaria afronta dos grandes retos: la ampliación de la Comunidad a los países del este y la Convención Europea para la aprobación de un «Tratado Constitucional».

La ampliación de la Comunidad implica unos retos importantes en materia social. Desde el punto de vista de la libre circulación de trabajadores, y su particular extensión a los países de la Europa del Este, con nuevas presiones de inmigración de una población que ve mejores expectativas de vida y trabajo en los países de la Europa occidental; sin llegar a alterarse todo el aparato normativo relativo a la libre circulación de trabajadores, éste desplegará un impacto superior, dado el incremento de la población beneficiada por tal normativa y las indudables presiones de movilidad de la mano de obra que se va a producir. Al mismo tiempo, la ampliación va a tener una repercusión inmediata sobre el reparto de los diversos fondos estructurales, en particular aquellos con mayor incidencia sobre el mercado de trabajo, en la medida en que no es previsible que su cuantía absoluta se vea incrementada, al tiempo que se eleva el número de Estados y de regiones beneficiarios de las políticas comunitarias de subvenciones a reequilibrio interregional. En la misma medida, se hará mucho más compleja la coordinación de las diversas políticas nacionales de empleo, aunque sólo sea por el factor del

incremento de los Estados a resultas de la ampliación y la disparidad de los nuevos mercados de trabajo respecto de los propios de la Europa occidental. Con la integración de los nuevos Estados del Este no es descartable que se verifiquen ciertos desplazamientos de la producción hacia aquella zona, tomando en consideración tan sólo el elevado diferencial salarial existente entre los viejos y los nuevos Estados miembros, así como es previsible que se extiendan los fenómenos de la descentralización productiva. En definitiva, los procesos de reestructuración empresarial, una vez más, pueden ser intensos, lo que podría llevar a repensar la aplicación de la normativa comunitaria establecida al efecto. Por último, también se verán afectadas las políticas comunitarias de regulación de los fenómenos empresariales de dimensión transnacional, que cuando menos desde el punto de vista técnico-jurídico obligarán a retocar las Directivas más relevantes al respecto: la Directiva sobre el comité de empresa europeo y la Directiva sobre la implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea.

Por lo que se refiere al segundo gran reto, el relativo a la discusión sobre el Tratado Constitucional en el marco de la Convención europea, hay que resaltar dos aspectos. De un lado, el valor y alcance jurídico que finalmente haya de otorgarse a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Su aprobación como mera Declaración solemne ha sido una solución de mero compromiso, reconociéndose desde su inicio que habrá de alcanzarse un acuerdo más sólido acerca de cómo haya de integrarse este texto dentro del conjunto de la normativa comunitaria. Son variadas las incertidumbres que resolver, desde la naturaleza del texto, a su nivel de vinculabilidad, incluida la perspectiva de incorporación o no a los Tratados Constitutivos y en particular al Tratado Constitucional. En todo caso, desde nuestro punto de vista, uno de los dilemas clave va a situarse en la posibilidad de tutela judicial de los derechos que reconoce la Carta, con intervención más o menos directa por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. De otro lado, a tenor de los textos propuestos por la Convención, parece que ésta va a afectar también a los propios Tratados, incluyendo artículos relativos a política social comunitaria. La cuestión que puede devenir central a estos efectos es la posibilidad de aumentar las competencias comunitarias, particularmente por lo que se refiere a la necesidad de afianzar la aproximación de los diversos sistemas nacionales de relaciones laborales con la vista puesta en la imbricación de los mercados de trabajo europeos; el valor que se vaya a dar al éxito del incipiente diálogo social y la necesidad de profundizar en su institucionalización en el ámbito europeo; en qué medida se va a aprovechar esta oportunidad para incorporar la negociación colectiva comunitaria dentro del acervo normativo europeo.

Es con toda esta perspectiva en el horizonte como se pueden comprender mejor las novedades más recientes que se han producido en los últimos tiempos en el Derecho Social Comunitario, que pasamos a comentar inmediatamente a continuación.

2.- LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMUNITARIA

2.1. La negociación colectiva desarrollada en el procedimiento legislativo comunitario

En el último período parece haberse reducido el número de Directivas que refuerzan los acuerdos europeos alcanzados entre los interlocutores sociales, pues de un lado no han llegado a buen puerto determinadas ofertas negociales que finalmente han desembocado en Directivas clásicas en lo laboral, al tiempo que van emergiendo un mayor número de acuerdos directos entre las partes sociales sin voluntad de que los mismos vengan reforzados por Directivas Comunitarias.

Dentro del primer grupo, puede mencionarse como ejemplo más significativo las negociaciones en torno al régimen de las Empresas de Trabajo Temporal (ETT), que ha desembocado en un aparente fracaso en ese ámbito y sustituido por la presentación de una propuesta de Directiva elaborada en el seno de la Comisión Europea¹. Se trata de una iniciativa que se remonta bastante tiempo atrás, ya que los primeros documentos pertenecen al año 1982². Como más reciente, el proyecto arranca de 1995, cuando la Comisión consultó a UNICE, CEEP y CES, sobre la regulación del trabajo atípico, dentro del que se enmarcan las relaciones laborales con las ETT. Para facilitar el proceso se dividió el contenido originario por materias, lo que permitió alcanzar los acuerdos concretos sobre el trabajo a tiempo parcial (junio 1997) y el relativo a los contratos de duración determinada (1999). Faltaba tan solo la regulación de las ETT, para lo que empezaron a negociar en mayo de 2000, fracasando definitivamente ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo un año después³. En concreto, una de las cuestiones que impidió alcanzarlo fue la del concepto de «trabajador comparable» a efectos de la igualdad de trato: los sindicatos entendían que habría de tratarse de un trabajador de la empresa usuaria (EU), mientras que los empresarios pretendían que perteneciese a la ETT. Más éxito obtuvo la negociación que inicia-

1. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, presentada por la Comisión COM (2002) 149 final, de 20/03/2002, 2002/0072 (COD), modificada por la Propuesta de Directiva COM (2002) 701 final, de 28/11/2002, 2002/0072 (COD), que, entre otros aspectos, cambia el título de la Directiva: «relativa al trabajo en régimen de cesión por empresas de trabajo temporal». Comentarios en Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, «La Comisión publica una propuesta sobre trabajo temporal», *Boletín de Información Sociolaboral Internacional*, nº 86, 2002, págs. 107-116.

2. Propuesta de Directiva en 1982, modificada en 1984. Propuestas de la Comisión en 1990, dentro del Programa de Acción vinculado a la Carta comunitaria de los Derechos Sociales fundamentales, relativas al trabajo a tiempo parcial, los contratos de duración determinada y el trabajo temporal; COM (90) 228 final.

3. Sobre todo el procedimiento véase la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, presentada por la Comisión, marzo 2002, *opus cit.*, exposición de motivos, pág. 18, considerando del 5 al 9.

ron, los agentes sociales comunitarios del sector (Euro-CIETT o Confederación Internacional de las Empresas de Trabajo Temporal, y Uni-Europa), quienes presentaron una declaración conjunta sobre trabajo temporal, con vistas a que fuera tenida en cuenta por la Comisión en su propuesta. En general, la propuesta de Directiva de la Comisión se funda en el consenso de los interlocutores sociales.

Un logro importante ha sido la aprobación de la Directiva sobre la implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea, que tampoco ha podido ser el resultado de la negociación colectiva de los interlocutores sociales comunitarios⁴. Esta Directiva, a su vez, va a suponer la celebración de acuerdos comunitarios a nivel empresarial, dentro del grupo de los acuerdos de representación colectiva, como fruto de la negociación colectiva comunitaria. En este ámbito, también merece la pena mencionar la directiva relativa al establecimiento del marco general sobre información y a la consulta de los trabajadores, que también ha exigido la intervención de la Comisión en la elaboración final de la propuesta⁵. La Comisión tendrá que consultar de nuevo a los interlocutores sociales comunitarios y a los Estados miembros, con el fin de revisar la aplicación de esta Directiva y, si lo estiman necesario, proceder a reformarla.

Uno de los ámbitos de actuación más novedoso se ha producido en las propuestas de regulación de condiciones de trabajo para sectores particulares de la actividad económica, en concreto, aquellos más directamente justificados por su afectación al conjunto del territorio comunitario. Entre ellas podríamos mencionar la regulación de la ordenación del tiempo de trabajo en el transporte por carretera⁶. Los interlocutores sociales sectoriales intentaron llegar a un acuerdo sin conseguirlo.

En la actualidad están abiertos dos procedimientos de doble consulta: el relativo a la protección de datos personales en el trabajo y el que tiene como contenido la posibilidad de adquirir y conservar derechos de pensión suplementarios, con el fin de paliar el obstáculo que las reglas actuales presentan a la libre circulación de trabajadores⁷.

4. Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (DOCE nº L 294, de 10/11/2001, pág. 22). Comentarios en EVA GARRIDO PÉREZ, «Las modalidades de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea», *Revista de Derecho Social*, nº 17, 2002.

5. Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por el que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea (DOCE L 80, de 23 de marzo de 2002, págs. 29-33).

6. Directiva 2002/15/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera (DOCE L 80/35, de 23 de marzo de 2002, págs. 35-39).

7. En Internet, 'www.eiro.eurofound.ie'. Communication from the commission, «First stage consultation of social partners on the portability of supplementary pension rights», 2002.

2.2. Los Acuerdos Colectivos Europeos

Como hemos resaltado anteriormente, los resultados más significativos se han producido en el ámbito de los Acuerdos Europeos alcanzados entre los interlocutores sociales, al margen del procedimiento comunitario de elaboración de disposiciones, por tanto sin voluntad de reforzamiento de su vinculabilidad por vía de la aprobación de la correspondiente Directiva. Se trata de los primeros Acuerdos celebrados con este carácter, lo que nos brinda la posibilidad de comprobar la eficacia de una negociación colectiva cuyo efectiva aplicación queda en manos de la voluntariedad de las partes sociales nacionales afiliadas a las organizaciones firmantes.

Tres Acuerdos cabe mencionar en este orden: el Acuerdo marco europeo sobre el teletrabajo⁸; el Acuerdo marco de formación continua y el Acuerdo sobre formación profesional en la agricultura⁹. Entre los proyectos en cartera, previstos como intención de los interlocutores sociales, cabe citar uno relativo al estrés en el trabajo y otro sobre el hostigamiento moral (*bullying*). Hay que destacar también los trabajos preparatorios encaminados a la constitución de un comité de diálogo social en el sector del deporte¹⁰.

El Acuerdo sobre el teletrabajo constituye la novedad más importante de entre los celebrados en el ámbito interprofesional. Se trata de un acuerdo voluntario, así calificado por los firmantes, que va a ser aplicado directamente por los interlocutores sociales (art. 139.2 TCE). Esta forma de aplicación del acuerdo implica un compromiso de trasladar su contenido a la negociación colectiva nacional por parte de las organizaciones afiliadas a las firmantes, al mismo tiempo que se invita a los países candidatos a ingresar en la Unión para que lo ratifiquen. En concreto, las partes firmantes se comprometen a poner en marcha este acuerdo

8. Acuerdo firmado en Bruselas el 16 de julio de 2002. El primer acuerdo marco sobre el teletrabajo se firmó en el sector de las telecomunicaciones el 7 de febrero de 2001 entre UNI-Europa Telecom (la sección europea del sindicato de la «Union Network Internacional» del grupo de telecomunicaciones) y el presidente del comité del diálogo social del sector más apropiado para regular una materia que depende tanto de la capacidad de los equipos de trabajo. El segundo se celebró en el sector del comercio, el 26 de abril de 2001, entre Eurocommerce (representante de los empresarios del sector) y UNI-Europa Commerce (representante de los sindicatos). De ambos acuerdos se predicó el efecto dominó que habrían de tener en otros sectores e incluso en el intersectorial europeo.

9. Pueden consultarse en Internet 'www.eiro.eurofound.ie'. Véanse los siguientes documentos de la CES: «Informe sobre el diálogo social europeo», en «Documentación del Comité Ejecutivo de la CES», de 13 y 14 de junio de 2001, en 'www.cc.oo.es', y la Resolución general de política sindical, IX Congreso de Helsinki, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 27, 2000.

10. Véase 'www.eiro.eurofound.ie', y el Programa de trabajo de los interlocutores sociales interprofesionales, que adoptaron el 17 de diciembre de 2002, tras la cumbre sobre diálogo social celebrada en noviembre. Es interesante destacar que por primera vez elaboran un programa común de trabajo autónomo, centrándose en las cuestiones de empleo, la ampliación y la movilidad. En cuanto al futuro comité de diálogo social en el sector del deporte, en noviembre de 2002 se celebró una conferencia en Bruselas.

conforme a las prácticas propias de los interlocutores sociales en los Estados miembros, esto es, invitan a sus miembros nacionales a aplicarlo. Ellos elegirán los instrumentos más adecuados según su sistema normativo interno. Por su parte, las organizaciones firmantes funcionarán como asesoras de sus organizaciones miembros cuando surjan dudas sobre el contenido del acuerdo. El objetivo del acuerdo es «establecer un marco general sobre el teletrabajo, caracterizado por la utilización de las tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma regular». Se basa en los principios de realización voluntaria del contrato y de mantenimiento a lo largo de su cumplimiento. El Acuerdo pretende ante todo garantizar la igualdad de trato.

El Acuerdo sobre formación continua constituye igualmente un texto no obligatorio, como él mismo indica, que pretende responder a los objetivos de la UE en materia de formación, mediante la aplicación voluntaria del mismo de parte de los miembros de las organizaciones firmantes, en los niveles apropiados dentro de los Estados miembros¹¹. Ellas mismas controlarán la aplicación a nivel nacional del acuerdo, a través de la redacción de un informe anual acerca de las acciones nacionales llevadas a cabo en respeto de las prioridades que establece el acuerdo europeo en su contenido. La diferencia con el anterior acuerdo sobre teletrabajo radica en que este acuerdo voluntario lo es desde su origen, al no nacer en respuesta a las consultas de la Comisión en el procedimiento legislativo comunitario. Entre sus objetivos se encuentra la identificación y previsión de las cualificaciones, así como de sus necesidades; el reconocimiento y validación de capacidades y cualificaciones; la información y el apoyo entre las empresas y sus empleados; los recursos.

El Acuerdo sobre formación profesional en la agricultura se firmó como acuerdo de aplicación voluntaria (art. 8 con expresa invocación del art. 139.2 TCE), efectuando un llamamiento a los miembros nacionales para que trabajen conjuntamente y en cooperación con las autoridades competentes nacionales¹². El objetivo del acuerdo es proponer tanto a las organizaciones nacionales del sector como a las autoridades nacionales y a la Comisión, iniciativas en esta materia (art. 1), que habrán de ser desarrolladas desde la participación o consulta a los interlocutores sociales interesados desde el diseño de los marcos de referencia de los diplomas, hasta la fase de organización del lugar de trabajo (art. 2). Las organizaciones firmantes han constituido una comisión de seguimiento dentro del comité de diálogo social de la agricultura, para facilitar la aplicación del acuerdo,

11. 'www.eiro.eurofound.ie'. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, «Los agentes sociales acuerdan un marco de formación», *Boletín de Información Sociolaboral Internacional*, nº 86, 2002, págs. 15-18.

12. «European agreement on vocational training in agriculture», e información al respecto puede consultarse en 'www.eiro.eurofound.ie'.

desde el asesoramiento a las partes sociales nacionales en función de los objetivos a conseguir. Se elaborará un certificado acreditativo de las cualificaciones profesionales obtenidas, que facilitará la movilidad de los trabajadores del sector por la Unión Europea (art. 6 y anexo I).

3. IGUALDAD DE TRATO Y PROHIBICIÓN DE TRATAMIENTO DISCRIMINATORIO

3.1. La prohibición de discriminación en el Derecho Comunitario

En el Derecho Comunitario se venía constatando una cierta contradicción entre la intensidad del ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros y la escasa incidencia de la intervención comunitaria, sobre un tema tan esencial como el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación¹³. El desarrollo de la actuación comunitaria en el ámbito de la prohibición de discriminación comienza sobre los dos «oasis de socialidad» directamente relacionados con la prohibición de discriminación: el principio de libre circulación de los trabajadores que exige y la prohibición de discriminación retributiva por razón de sexo contenida¹⁴. La inactividad del legislativo comunitario con referencia a otras causas de discriminación se ha debido, principalmente, a la ausencia de base en los Tratados que justificase dicha actuación, aun cuando desde el punto de vista político las instituciones comunitarias han condenado formal y repetidamente el racismo y la xenofobia¹⁵. El cambio radical se verifica a partir de la aprobación del Tratado de Amsterdam, que generaliza la tutela antidiscriminatoria a ámbitos tan diversos como es la prohibición de tratamientos discriminatorios «por moti-

13. Por todos CRUZ VILLALÓN, J. «Los intersticios de penetración de la prohibición de discriminación en el derecho comunitario» en VV.AA. (coord. Cruz Villalón): «La igualdad de trato en el derecho comunitario laboral», Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 33 y ss.

14. CRUZ VILLALÓN, J. *op. cit.*, pág. 38; DURÁN LÓPEZ, F.: «Las libertades fundamentales en la CEE: la libertad de circulación de trabajadores», en VV.AA.: *Cuestiones Actuales de Derecho Comunitario Europeo*, Córdoba, 1992, pág. 104.

15. El Parlamento Europeo realizó un informe sobre el aumento del fascismo y el racismo en Europa en 1986 y a éste le siguió la Declaración Conjunta del Consejo, el Parlamento y la Comisión contra el racismo y la xenofobia; en 1995 la Comisión publicó una Comunicación sobre el racismo, la xenofobia y el antisemitismo, que incluía la propuesta de declaración de 1997 como Año Europeo contra el Racismo; en 1996, los Estados miembros aprobaron una acción conjunta con arreglo al art. K.3 del Tratado de la Unión Europea en la que se comprometían a establecer una cooperación judicial efectiva para combatir las diferentes formas de racismo y xenofobia; en 1997 la CE creó el observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia (Comisión Europea Forum especial: *Cinco años de política social*, Bruselas, 2000, pág. 57). En ese mismo año se enmendó el Tratado Constitutivo de la UE para permitir una acción de mayor alcance en el ámbito de la discriminación; en 1998, la Comisión aprobó un Primer Plan de Acción contra el racismo –COM (1998) 183 final–, al que ha seguido el Programa de acción comunitario contra la discriminación 2001-2006, aprobado por Decisión del Consejo 2000/750/CE de 27 de noviembre del 2000 (DOCE de 2-12-2000). En esa línea programática también

vos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.» Como expresión más elocuente del desarrollo de esos preceptos, han de mencionarse la aprobación de tres muy influyentes Directivas a partir de ese instante: la Directiva 2000/43 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico¹⁶, la Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación¹⁷ y la Directiva 2002/73, de reforma de la relativa a la igualdad de trato por razón de sexo en las condiciones de trabajo¹⁸.

Desde la perspectiva laboral y social, una repercusión práctica inmediata van a tener las tres Directivas antes mencionadas. Las dos primeras, las Directivas 2000/43 y 2000/78, en la medida en que suponen el definitivo desbordamiento de los dos tradicionales oasis de tutela antidiscriminatoria, ya que las mismas consolidan una capacidad de armonización de las legislaciones nacionales respecto del principio de igualdad de trato en atención de conductas de marginación social diversas de las aisladas y clásicas comunitarias. Ya no es sólo la nacionalidad y el sexo los elementos referenciales a tomar en consideración respecto de los tratamientos discriminatorios, sino que a los mismos se les unen otros de candente actualidad, como son los relativos al origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Más aún, en estas Directivas se comienzan a apreciar atisbos de una voluntad de ir más allá de lo que constituye, desde un punto de vista técnico jurídico, el ámbito natural de la tutela frente a conductas discriminatorias, para efectuar una primera aproximación a derechos fundamentales diversos. Me refiero, en concreto, a la novedad de la incorporación de medidas de reacción frente a los actos de acoso, sea sexual o de otra naturaleza, que en el sentido estricto del término ya no conecta exclusivamente con el trato igual, para afectar a derechos de diversa naturaleza, como es el derecho a la intimidad o privacidad, así como el derecho a la dignidad personal.

La tercera de las Directivas, la relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el ámbito de las condiciones de trabajo, es cierto que responde a un ámbito de actuación tradicional, bien consolidado dentro de la política social comunitaria. Sin embargo, ello no desmerece de la trascendencia de la modificación en 2002 de la bien conocida e influyente Directiva del año 1976. En efecto, los cambios jurídicos y sociales en el ámbito comunitario han sido profundos desde aquella ya lejana fecha de 1976, por lo que era preciso algo más que un mero *aggiornamento* de la citada Directiva de tutela de la mujer trabajadora. Son

cabe citar la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que dedica diversos preceptos a la tutela antidiscriminatoria.

16. DOCE de 19 de julio del 2000.

17. DOCE de 2 de diciembre de 2000.

18. DOCE de 5 de octubre.

muchas las cuestiones abordadas por el Tribunal de Justicia, que han ido conformando toda una doctrina que era aconsejable incorporar al texto de la norma. La reforma del antiguo art. 119 –actual 141– del Tratado de la Comunidad daba paso a una profundización particularmente por lo que refiere a las medidas de acción positiva; los cambios en el mercado de trabajo igualmente requerían de nuevas respuestas desde la Directiva y, finalmente, ha sido la oportunidad de oro para conformar un documento coherente y en paralelo a las dos Directivas precedentes.

Desde otra perspectiva, es oportuno resaltar como la actuación de la normativa comunitaria en materia laboral en el ámbito de la prohibición de tratamientos discriminatorios no se limita a las Directivas antes referidas. Para empezar existen otras complementarias, que ahondan en el objetivo de extender la tutela antidiscriminatoria por lo que refiere a la igualdad de trato entre hombre y mujer, como son las Directivas conocidas en materia de igualdad salarial (Directiva 74/117/CEE), relativa a la carga de la prueba (Directiva 97/80/CE), en materia de Seguridad Social (Directivas 79/7/CEE y 86/378) y relativo al ejercicio de actividades por cuenta propia o autónomos (Directiva 86/613).

Pero, sobre todo, nos interesa resaltar también otro tipo de intervenciones en el ámbito comunitario, que tienen un objetivo inmediato diverso al de atender a situaciones de exclusión o marginación social, pues van dirigidas de forma inmediata a actuar para corregir ciertos efectos indeseados en el mercado de trabajo; eso sí, una intervención que se canaliza a través de la técnica jurídica de la tutela discriminatoria. Los promotores de estas iniciativas constatan que la tutela antidiscriminatoria constituye una herramienta de actuación de muy elevada eficacia para actuar sobre cierto tipo de dualidades en el mercado de trabajo no deseables, pues bien pueden incidir negativamente sobre la libre competencia mercantil o bien pueden provocar efectos perniciosos de *dumping* social. A título de ejemplo, podrían mencionarse los siguientes ejemplos de utilización a otros efectos de la técnica de la tutela antidiscriminatoria: 1) Directiva 97/81/CE, de 15 diciembre (DOCE 20 enero 1998), relativa al acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, cuya cláusula 4ª coloca en lugar central de toda su regulación el principio de no discriminación, a efectos de garantizar un tratamiento proporcional y parejo de los trabajadores a tiempo parcial con los trabajadores a tiempo completo; 2) Directiva 99/70/CE, de 28 junio (DOCE 10 julio), relativa al acuerdo marco sobre trabajo de duración determinada, cuya cláusula 4ª igualmente otorga una importancia decisiva al principio de no discriminación, a los efectos de que no se acuda a la contratación de duración determinada como mecanismo de fijación de condiciones menos favorables de los trabajadores temporales respecto de los trabajadores fijos comparables; 3) el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo de 16 de julio de 2002, cuya cláusula 4ª también establece un genérico principio de paridad de tratamiento, al determinar que los teletrabajadores se deben beneficiar de los mismos derechos garantizados por la legislación y los convenios colectivos aplicables que los trabajadores compara-

bles que trabajan en los locales de la empresa; 4) la propuesta de Directiva relativa a las condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, cuyo art. 5 igualmente arranca del establecimiento de un genérico principio de no discriminación, dirigido a garantizar que los trabajadores cedidos, durante su misión, sean tratados de manera al menos tan favorable como un trabajador comparable de la empresa usuaria por lo que se refiere a las condiciones de trabajo y de empleo.

Con respecto a la tríada de Directivas en materia de trato igual, conviene llamar la atención que las mismas, aunque amplían notablemente los supuestos de trato discriminatorio, establecen un listado limitado y cerrado de causas discriminatorias. No existe una cláusula de cierre genérica como, por ejemplo, la presente en el art. 14 de la Constitución Española, cuando determina que del mismo modo se considera como tratamiento discriminatorio vedado aquél que se refiere a «cualquier otra condición o circunstancia personal o social»; como refleja la Constitución Italiana en su art. 3 en la mención final a la igualdad sin distinción de «condiciones personales y sociales». Al no estar recogida fórmula asimilable a ésta última, queda asegurado que determinados fenómenos de exclusión o marginación social van a continuar emergiendo, particularmente en el ámbito de las relaciones laborales, para los cuales no va a tener respuesta explícita la legislación comunitaria. Ante todo, en el ámbito de la política social conviene recordar que aún existen materias para las cuales las instituciones comunitarias carecen de competencias de armonización de las diversas legislaciones nacionales, lo que como efecto reflejo puede provocar la imposibilidad de que las intervenciones de la política antidiscriminatoria se puedan extender a ese terreno. De este modo, en tanto que no se modifiquen los Tratados constitutivos, no parece viable que quepa actuar sobre discriminaciones relativas al ejercicio de la libertad sindical o al ejercicio del derecho de huelga (art. 137.5 TCE). De otra parte, caben citar los problemas ya incisivos relativos al tratamiento de los trabajadores extracomunitarios, las posibles diferencias lingüísticas y los potenciales problemas de discriminación en ese ámbito, las diferencias culturales entre segmentos de población laboral, la repercusión de los nuevos descubrimientos científicos en torno al genoma humano y su posible utilización a efectos de selección del personal en el ámbito laboral, etc.

Frente a ello, cabría mencionar la voluntad expansiva que se advierte en la Carta de Derechos Fundamentales. En efecto, su art. 21 sí que contiene una redacción que arranca de un principio omnicompreensivo respecto de las causas de discriminación, sin perjuicio de mencionar sucesivamente las concretas causas sobre las que se ha centrado hasta el presente la actuación comunitaria. De forma adicional en el listado de causas posibles determinantes de tratamientos discriminatorios, se añaden circunstancias novedosas que no estaban presentes hasta el momento actual en el acervo comunitario: orígenes sociales, características genéticas, lengua, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una

minoría nacional, patrimonio, nacimiento, etc. Finalmente, por mucho que se puedan apreciar atisbos de desbordamiento de la tutela antidiscriminatoria, en lo que se refiere a la generalización de los derechos fundamentales —el conjunto de los recogidos en la Carta de Derechos— y su repercusión sobre las relaciones laborales está prácticamente casi todo por hacer en el ámbito comunitario. En cualquier caso, todo ello no deja de plantear los problemas generales que suscita la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales en torno al grado de su vinculabilidad jurídica y al desbordamiento que comporta respecto de lo previsto en los Tratados Constitutivos, en particular por lo que se refiere a su contraste con el listado más reducido y, sobre todo, cerrado, del art. 13 TCE en lo que refiere a las causas vedadas de tratamiento discriminatorio.

Las tres Directivas centrales sobre el tratamiento igual comparten una misma estructura y bastantes de los conceptos utilizados, lo que nos permite centrarnos en la última de ellas, la relativa a la igualdad entre hombres y mujeres, aunque teniendo presente que muchas de sus consideraciones son generalizables a las otras dos.

Significativo es el cambio de enfoque que se produce en esta materia, claramente reflejado en sus exposiciones de motivo cuando precisa que la igualdad de trato entre hombres y mujeres comenzó siendo un medio para prevenir la distorsión de la competencia, mientras que en la actualidad constituye un objetivo comunitario explícito y de primer orden e, incluso, un derecho fundamental comunitario como ha señalado la jurisprudencia del TJCE¹⁹. Asimismo, se hace referencia a la nueva óptica desde la que se trata en el ámbito comunitario el principio de igualdad por razón de sexo, es decir, la «trasversalidad», concepto esencial de las políticas comunitarias de igualdad de oportunidades en la actualidad, que arranca de su recepción en los propios Tratados Constitutivos (art. 3.2 TCE)²⁰.

El objetivo general de la Directiva es dotar de coherencia al derecho derivado, acercando los conceptos establecidos en materia de discriminación por razón de

19. A.222/84 Johnston S.TJCE 15-mayo-1986 y A. Drake 150/85 STJCE 24-junio-1986. ROCELLA, M. «La significación y el alcance de la Directiva sobre igualdad de trato en las condiciones de trabajo» en VV.AA. (Cruz Villalón, J. coord.): *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 189 y ss. PÉREZ DEL RÍO, T. «El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho Comunitario» en *Cuadernos de Derecho Judicial*, número monográfico sobre «Derechos laborales y colectivos en Derecho Comunitario», CGPJ, Madrid, 1997.

20. La transversalidad constituye el enfoque adoptado por la Comisión CE en su Comunicación de 21 de febrero de 1996 «Integrar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias» (COM (96) 67 final) y se reitera en la «Estrategia marco comunitaria sobre igualdad entre hombres y mujeres 2001-2005», presentada por la Comisión CE al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, cuyo Programa de acción se aprueba por medio de la Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2000. La finalidad que persigue es establecer un marco de acción en el que todas las actividades comunitarias puedan contribuir a alcanzar el objetivo de eliminar las desigualdades y fomentar la igualdad entre

género a los definidos en las nuevas Directivas sobre discriminación por otros motivos. Se pretende además incorporar, en la medida de lo posible, la doctrina jurisprudencial comunitaria en materias tales como los esenciales conceptos de discriminación indirecta y acción positiva, dotando a los derechos reconocidos en todas ellas de los mismos instrumentos de promoción, por ejemplo, la obligación de crear organismos independientes para la promoción de la igualdad de trato en el empleo y de garantía mediante la mejora de los procedimientos de tutela judicial y extrajudicial. La nueva Directiva se ha utilizado además como instrumento de adopción de una norma vinculante sobre el acoso sexual en el trabajo.

3.2. La discriminación indirecta

Hasta el presente existía una definición de discriminación indirecta en la Directiva 1997/80 sobre carga de la prueba, ahora generalizada en las tres Directivas sobre discriminación antes referidas. A primera vista existen algunas diferencias entre ambas definiciones, que afectan a los dos elementos que caracterizan la discriminación indirecta: a) la amplitud del colectivo de personas de un

hombres y mujeres. Basándose en el principio de que la democracia constituye uno de los valores fundamentales de la Unión Europea, se afirma que su plena realización requiere que toda la ciudadanía, mujeres y hombres, participe y esté representada de forma igualitaria en la economía, en la toma de decisiones y en la vida social, cultural y civil. Reconoce que se han hecho progresos considerables en cuanto a la situación de la mujer en los países miembros de la UE, si bien, en la vida cotidiana, dicha igualdad sigue viéndose mermada porque hombres y mujeres no gozan, en la práctica, de los mismos derechos. La infrarrepresentación persistente de las mujeres y la violencia contra ellas, entre otros aspectos, pone de manifiesto que continúa existiendo una discriminación estructural por razones de género. Entiende que la única forma eficaz de hacer frente a esta situación es la integración del objetivo de la igualdad en todas las políticas que tengan repercusiones directas o indirectas sobre la ciudadanía. Señala que en el diseño y en la aplicación de todas las políticas, hay que tener en cuenta las preocupaciones, necesidades y aspiraciones de las mujeres, en la misma medida que las de los hombres. Paralelamente a la «trasversalidad», la persistencia de desigualdades sigue exigiendo la aplicación de medidas específicas a favor de las mujeres. La «Estrategia marco comunitaria 2001-2005 sobre igualdad entre hombres y mujeres», se basa en este enfoque dual: de un lado la integración de la óptica de género en todas las políticas; de otro, la adopción de medidas específicas de acción positiva. Ejemplo de este relativamente nuevo enfoque, sería el Reglamento del Consejo sobre la integración de las cuestiones de género en la cooperación para el desarrollo (DO L 354 de 30-12-1998), en el que se señala que las mujeres de los países en desarrollo suelen verse discriminadas en el acceso a la nutrición, la asistencia sanitaria, la educación, la formación, la toma de decisiones y el derecho a la propiedad y subraya que es vital corregir estas disparidades y potenciar el papel de las mujeres en aras tanto de la justicia social como del desarrollo. De su parte, el Programa de Acción 2001-2005 propone como objetivo «Fomentar la integración de la igualdad en todas las políticas» y pone como ejemplo, la política fiscal, financiera, económica, educativa, de transporte, de investigación y social. Señala que es necesario supervisar la integración de la perspectiva de género al concebir, aplicar y evaluar las políticas y actividades comunitarias que tienen repercusión sobre la vida diaria de la ciudadanía, como la salud pública y las relaciones exteriores, incluidas las políticas de derechos humanos. La propuesta Comunitaria es la integración de la óptica de género en absolutamente todo tipo de política pública con repercusión en la vida de los ciudadanos como única forma eficaz de eliminar la situación de discriminación de las mujeres.

determinado sexo afectadas perjudicialmente por la medida enjuiciada; b) la justificación de la medida, criterio o norma que produce tal efecto.

Es preciso señalar que aunque en la definición de la discriminación indirecta la jurisprudencia comunitaria ha sido bastante homogénea, en la aplicación de la teoría elaborada al caso concreto ha sido a veces incluso contradictoria²¹. En síntesis, el TJCE ha venido repitiendo que cuando se puede demostrar que determinada medida, criterio o práctica afecta de forma desfavorable a un porcentaje sustancialmente mayor de personas de un determinado sexo, la medida controvertida ha de estar justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo, sucediendo así cuando existe una finalidad legítima, y los medios elegidos son adecuados para alcanzar el objetivo perseguido y necesarios a tal fin, entendiéndose que lo son cuando el objetivo no podría alcanzarse a través de medidas menos perjudiciales para el colectivo afectado. Ambos aspectos resultan extensamente tratados en una relativamente reciente Sentencia del TJCE²². El TJCE hace especial hincapié en la necesidad de que el porcentaje de personas de un determinado sexo perjudicadas por una determinada norma o medida, sea «considerable» para estimar *prima facie* la posibilidad de existencia de discriminación indirecta. No creemos que la desaparición de la mención explícita a la «sustancialidad» de la diferencia entre el número de hombres y de mujeres afectados por la medida controvertida, vaya a hacer cambiar esta doctrina. Por lo que se refiere al segundo de los elementos del concepto de discriminación indirecta, en el fallo el TJCE hace referencia a los tradicionales criterios que caracterizan la justificación (legitimidad del objetivo, proporcionalidad y adecuación de los medios) salvo al más controvertido que es el de «necesidad». Sin embargo, *obiter dicta* el Tribunal lo menciona. La nueva definición parece más clara y rotunda en la afirmación del criterio de «necesidad» como uno de los que deben caracterizar los medios para alcanzar el objetivo buscado por la medida enjuiciada, que además ha de ser legítimo y, por tanto, ajena a toda discriminación por razón de sexo. En definitiva, no parece probable que con la nueva definición de la Directiva vaya a verse alterada la jurisprudencia consolidada hasta el presente.

21. A. Rummler 237/85 S.1-julio-1986; A. Bilka 170/84 13-mayo-1986; A. Rinner-Kühn 171/88 S. 13-julio-1989; A. Ruzius 102/88 S.13-diciembre-1989; A. Kowalska 33/89 27-junio-1990; A. Enderby 127/92 S.27-octubre-1993; A. Roks 343/92 S. 24-febrero-1994 en contraposición con As. Megner-Scheffel 444/93 y Nolte 317/93 Ss. 14-diciembre-1995.

22. S. 9-febrero-1999, A. Seymour-Smith y Pérez 167/97: «Para determinar si una medida adoptada por un Estado miembro afecta de modo diferente a hombres y mujeres hasta tal punto de equivaler a una discriminación indirecta (...) el Juez nacional debe comprobar si los datos estadísticos disponibles muestran que un porcentaje considerablemente menor de trabajadores femeninos que de trabajadores masculinos, reúne el requisito impuesto por -dicha- medida». Una explicación más clarificadora en los fundamentos jurídicos 58 a 65.

3.3. Acoso moral y sexual

Los intentos de regular el acoso, prevenirlo y sancionarlo son numerosos en el ámbito comunitario²³. La gran novedad es que la nueva Directiva define el acoso por razón de sexo, como la situación en que se produce un comportamiento no deseado, relacionado con el sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

La primera cuestión a reseñar, es la diferenciación que se realiza entre el acoso sexual y el acoso moral por razón de sexo, éste último integrado en el concepto de acoso discriminatorio cuyo concepto aparece también en las otras dos Directivas sobre discriminación. Se trata de un tipo de actuación próximo al de *mobbing* en los términos definidos por la doctrina y la jurisprudencia de los Tribunales españoles²⁴.

Respecto al acoso sexual en sentido estricto, se recoge una definición diferente de la contenida en normas previas, que hace especial hincapié en el concepto de «acoso ambiental» (el que crea un ambiente hostil, intimidatorio, humillante u ofensivo) y parece mucho más parco en la definición del «chantaje sexual»²⁵. En materia de acoso sexual es básico establecer un concepto operativo y suficientemente clarificador, que comprenda la totalidad de los posibles comportamientos sexuales ofensivos para la dignidad de las personas, y es obvio que el concepto contenido en la Recomendación es mucho más amplio y clarificador que el contenido en la Directiva; sin embargo, no parece que se pueda considerar parco el concepto de la

23. A partir de 1986, año en el que se reconoció relevancia comunitaria al tema, han sido adoptadas la Resolución del Consejo CEE de 29-5-1990; la Declaración del Consejo CEE de 19-12-1991, siendo la norma más conocida, completa y útil hasta el momento, a pesar de carecer de efecto jurídico vinculante, la Recomendación del Consejo CEE de noviembre de 1991 relativa a la protección de la dignidad de hombres y mujeres en el trabajo y el Código de Conducta que lo acompaña.

24. «Aquella situación en la que se ejerce una violencia psicológica de forma sistemática y recurrente, durante un tiempo prolongado sobre otra persona o personas en el lugar de trabajo con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr que finalmente esa persona o personas acaben abandonando el trabajo. Esta práctica se denomina *bossing* cuando no se desarrolla entre iguales sino que la víctima ocupa una posición de inferioridad ya sea jerárquica o de hecho respecto del agresor». MOLINA NAVARRETE, C.: «La tutela frente a la violencia moral en los lugares de trabajo: entre prevención e indemnización», *Aranzadi Social* nº18, enero 2002, pág.59 que cita STS Sala 3ª 23-julio-2001; STSJ Valencia 25-septiembre-2001. Muy similar el concepto sostenido por la S. 24-febrero-2003 del Juzgado de lo Social nº1 de Santa Cruz de Tenerife (webb *mobbing*opinión).

25. Recuérdese que la Recomendación de 27-noviembre-1991 relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo definía a este último como aquella situación en la que «la negativa o el sometimiento de una persona a dicha conducta (de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo) por parte de empresarios y trabajadores (incluidos superiores y compañeros) se utiliza de forma explícita o implícita como base para una decisión que tenga efectos sobre el acceso de dicha persona a la Formación Profesional y al empleo, sobre la continuación del mismo, los ascensos, el salario o cualesquiera otras decisiones relativas al empleo».

Directiva. Parece claro que, según esta última, el tipo «chantaje» seguirá siendo acoso y se producirá cuando el rechazo a la sumisión de una persona a requerimientos de carácter sexual, se utilice para adoptar una decisión que la afecte.

Tanto el acoso moral como el acoso sexual se tratan especialmente como actuaciones discriminatorias, como no podía ser menos en el contexto de una Directiva que tiene por objetivo regular el principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo. Ello no significa que el acoso viole exclusivamente el derecho a la igualdad; sigue siendo una actuación pluriofensiva que viola al tiempo varios derechos fundamentales, clara y explícitamente el derecho a la dignidad y a la intimidad y, como se ha venido declarando reiteradamente, también el derecho a la salud e incluso al trabajo.

3.4. **Ámbito material de aplicación de la Directiva: las condiciones de trabajo**

La Directiva 1976/207 en su texto originario se aplica a las condiciones de acceso, incluidos los criterios de selección a los empleos o puestos de trabajo, cualquiera que sea el sector o la rama de actividad y a todos los niveles de la jerarquía profesional, a todos los tipos y niveles de formación y orientación profesional, perfeccionamiento y reciclaje profesionales y a las condiciones de trabajo, comprendidas las condiciones de despido. El TJCE ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el ámbito de aplicación material de la Directiva, cuestión sobre la que ha señalado en primer lugar que debe interpretarse en sentido amplio, de tal manera que se entiende incluido en él todo tipo de requisitos y condiciones de acceso a la formación profesional y al empleo, promoción y, desde luego, cualquier forma de extinción²⁶.

La reforma de la Directiva procura concentrar la regulación del ámbito de aplicación material de la Directiva en un sólo precepto que abarque las materias reguladas anteriormente en tres, simplificando así dicha regulación y facilitando el conocimiento completo de la materia. Se aportan además dos novedades relativamente importantes: la inclusión parcial dentro de su ámbito de aplicación del trabajo por cuenta propia, así como de la afiliación y participación en organizaciones profesionales, sobre todo en aquellos países en los que la posibilidad de ejercer una actividad profesional se encuentre condicionada a la afiliación a «colegios profesionales» u organismos similares²⁷.

26. Por lo que respecta al acceso al empleo, el Tribunal señaló en *A. Comisión v. República Federal Alemana* 248/83 S. 21 de mayo de 1985, que la prohibición de discriminación afecta también a las ofertas de empleo. Entiende incluido en el concepto «despido» todo tipo de cese o terminación de la relación contractual sea cual sea su denominación, incluyendo la extinción por mutuo acuerdo (*A. Burton* 19/81 S. 16 de febrero de 1981).

27. Parece necesario recordar a este respecto la D/1986/613/CEE de 11 de diciembre relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad en dichas

3.5. **Las excepciones al principio de igualdad**

Uno de los temas más debatidos y tratados jurisprudencialmente es el referente a las denominadas excepciones al principio de igualdad de trato, respecto de las cuales la reforma recoge una nueva redacción más limitada y garantista, que responde mejor a la doctrina establecida por la jurisprudencia del TJCE.

Respecto a las actividades profesionales excluidas del ámbito de la Directiva, la interpretación realizada por el TJCE es extremadamente restrictiva²⁸. La principal conclusión que cabe extraer de esta jurisprudencia es que el «margen de apreciación» del que los Estados disponen para excluir determinadas actividades profesionales del ámbito de la Directiva está sujeto a un escrutinio estricto, de tal forma que la exclusión sólo puede referirse a puestos de trabajo específicos y los Estados miembros están obligados a examinar periódicamente la legitimidad de la exclusión, de modo que ésta puede considerarse compatible con la Directiva en un momento dado, pero resultar ilegal posteriormente. La reforma de la Directiva no hace otra cosa que acoger esta jurisprudencia.

De otro lado, las normas protectoras (como concepto contrapuesto a las medidas de acción positiva), es decir, las disposiciones inspiradas por un objetivo de protección de la mujer frente a trabajos considerados peligrosos, han sido objeto de análisis por el TJCE, que ha realizado, también en este caso, una interpretación bien restrictiva²⁹. El nuevo texto no realiza referencia alguna a este tipo de normas, en el sobreentendido de que, a la vista de la doctrina del TJCE citada, este tipo de normas resulta en todo caso incompatible con el principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo.

En relación con la excepción derivada del embarazo y la maternidad, el TJCE ha contemplado reiteradamente la legitimidad de la protección de la condición biológica de la mujer durante y tras el embarazo y ha establecido que todo trato desfavorable a las mujeres por este motivo constituye discriminación sexual directa. Asimismo ha reconocido a las trabajadoras el derecho a reincorporarse

actividades, cuyo art. 4 señala: «En lo que respecta a los trabajadores autónomos, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias a fin de que se eliminen todas las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato, tal y como se define en la Directiva 76/207/CEE y en particular en lo que se refiere a la creación, la instalación o ampliación de una empresa o al inicio o la extinción de cualquier otra forma de actividad del trabajador autónomo, incluidas las facilidades financieras». Parece que el objetivo de la nueva Directiva es concretar algunos aspectos del ámbito de aplicación del principio de igualdad de trato a los que la D/1986/613/CEE no hacía referencia explícita y respecto de los que se puede haber detectado algún problema en la práctica.

28. Desde la entrada en vigor de la Directiva y hasta el año 2001 el Tribunal se había pronunciado en tres ocasiones, *A. Jhonston* 222/84 S. 15-mayo-1986; *A. Sirdar* 273/97 S. 26-octubre-1999 y *A. Kreil* 285/98 S. 11-enero-2000.

29. Entre otros en *A. Stoeckel* 345/89 S. 25-julio-1991; *A. Levy* 158/91 S. 2-agosto-1993; *A. Minne* 13/93 S. 3-febrero-1994; *A. Comisión v. Francia* A.197/96 S. 13-marzo-1997; *A. Comisión v. Italia* 207/96 S. 4-12-1997.

tras su maternidad a su mismo puesto de trabajo o a otro equivalente, en condiciones laborales que no sean menos favorables, así como a disfrutar de cualquier mejora de las mismas a las que hubieran tenido derecho durante su ausencia³⁰. La reforma de la Directiva completa la prohibición de despido durante el período que va desde el comienzo del embarazo hasta el final del permiso de maternidad. Todo lo anterior se hace sin perjuicio de las regulaciones contenidas en las Directivas específicas sobre la materia: Directiva 96/34, sobre el permiso parental y la Directiva 92/85 relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que ha dado a luz o en período de lactancia; lo que tiene particular relevancia en relación con el permiso de paternidad y la conciliación de la vida profesional y familiar: el objetivo del nuevo precepto no es obligar a los Estados miembros a reconocer el permiso por «paternidad», sino a aplicar el régimen jurídico de la protección frente a las represalias en el caso de que lo reconozcan.

3.6. La acción positiva

Uno de los problemas para el desarrollo de la acción positiva en el ámbito comunitario y europeo es que la Directiva de 1976 la configura como una de las «excepciones» al principio de igualdad de trato³¹, por cuanto que ésta establecía que su contenido no sería obstáculo para las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Esta disposición ha sido interpretada por el TJCE³², cuya jurisprudencia se puede resumir en los siguientes principios³³. En primer lugar, la posibilidad de adoptar medidas de acción positiva debe considerarse una excepción al principio de igualdad de trato. En segundo lugar, que dicha excepción tiene como finalidad precisa y limitada autorizar la adopción de medidas que, aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a eliminar o reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social. En tercer lugar, que en el acceso al empleo o en una promoción, no puede justificarse que las mujeres gocen automáticamente de preferencia en los sectores en los que están subrepresentadas. En cuarto lugar, que tal preferencia está justificada si no es automática

30. A. Hofmann 184/83 S. 12-julio-1984; A. Dekker 117/88 S. 8-noviembre-1990; A. Habbermann-Beltermann 421/92 S. 5-mayo-1994; A. Webb 32/93 S. 14-julio-1994. Especialmente importante resulta el A. Gillespie 342/93S. 13-febrero-1996.

31. SIERRA HERNÁIZ, E.: *Acción positiva y empleo de la mujer*, CES (Colección Estudios) Madrid, 1999, págs. 137 y ss. PÉREZ DEL RÍO, T.: *Mujer e igualdad: Estudio en materia social y laboral*, IAM, Sevilla, 1999, págs. 37 y ss.

32. Sobre todo el conocido A. Kalanke S. 17-octubre-1995 450/93; también A. Comisión v. Francia 312/86 S. 25-10-1988; A. Marschall 409/95 S.11-noviembre-1997; más recientemente el A. Badeck 158/97 S.28-febrero-2000.

33. Punto 2.3 de la Exposición de Fundamentos de la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión el 7-junio-2000 COM (2000) 334 final 2000/0142 (COD).

y si la medida nacional en cuestión garantiza a los candidatos varones igualmente cualificados que su situación será objeto de una valoración objetiva en la que se tendrán en cuenta todos los criterios que concurren en los candidatos, independientemente de su sexo.

Pero, sobre todo, la Directiva había quedado obsoleta tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam (art. 141.1 TCE). En esta materia, la nueva Directiva se limita a remitirse a lo previsto en el Tratado, aunque algo más explícita resulta a este respecto la exposición de fundamentos (nº 14). La propuesta de la Comisión tenía por objetivo incentivar la adopción de medidas de este tipo por parte de los Estados miembros. Esa misma voluntad se mantiene en el texto de la Directiva 2002/73. Ciertamente, de esta disposición no deriva una obligación estricta para los Estados miembros de adoptar medidas de acción positiva, pero sí una cierta compulsión moral, en tanto parecería poco aceptable que en el preceptivo informe cuatrienal, algún Estado miembro hiciese constar que no ha adoptado medida alguna.

3.7. Garantía de aplicación, tutela jurisdiccional del principio de igualdad y sanciones

La nueva Directiva recoge una serie de medidas para la mejora de la efectividad de los procedimientos de tutela que han venido siendo reclamadas desde hace tiempo por la doctrina y exigidas por la jurisprudencia del TJCE.

La Directiva de 1976 establecía la obligación de los Estados miembros de introducir en sus ordenamientos jurídicos internos las medidas necesarias para que cualquier persona que considerase violado su derecho a la igualdad de trato, pudiera recibir tutela suficiente y adecuada por vía jurisdiccional, después de haber recurrido eventualmente a otras autoridades competentes. El TJCE ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el alcance y significado de este precepto, y ha mantenido una interpretación extensiva al respecto. De hecho, ha sostenido que del propio precepto deriva para los Estados miembros la obligación de sancionar los actos discriminatorios y que estas sanciones deben ser adecuadas, proporcionales al daño sufrido y suficientemente disuasorias³⁴.

Recientemente el Tribunal establece que la discriminación en esta materia ha de ser sancionada por los Estados miembros y que si a modo de sanción un Estado miembro ha optado por una reparación de los perjuicios sufridos en forma de indemnización, la Directiva impide que la legislación nacional exija para su percepción por la persona discriminada, la demostración de existencia de una conducta culpable: la simple constatación de la violación de la prohibición de discriminación debe resultar suficiente para desencadenar la responsabilidad del

34. A. Von Colson y Kamann 14/83 S. 10-abril-1984; A. Hartz 79/83; S. 2-agosto-1993; S. 10-abril-1984.

autor de la misma³⁵. El Tribunal además afronta en este asunto el tema de la limitación de la indemnización. De manera sutil, distingue el supuesto en el que de forma evidente el candidato preferido en función de su sexo hubiera sido contratado, a la vista del currículo presentado, caso en el cual señala que la Directiva se opone a la fijación de un límite previo al montante de la indemnización debida, del supuesto contrario, es decir, aquel en el que el empleador podría probar que el candidato discriminado no habría sido contratado independientemente de su sexo a la vista de sus cualificaciones, señalando que, en este caso, la limitación del montante indemnizatorio sería compatible con la Directiva. Añade el Tribunal que no es admisible desde la Directiva la fijación de un límite global a la indemnización en los supuestos en los que la discriminación afecta a varios candidatos, si las disposiciones comparables correspondientes al Derecho Civil o Laboral no prevén dicho límite en otras hipótesis (es decir, en casos de violación de otro derecho o interés).

En otro caso más reciente, el Tribunal establece que los Estados miembros deben proteger a los trabajadores frente a cualquier tipo de represalia adoptada por el empleador contra un trabajador que ha hecho uso del derecho a tutela judicial frente a la prohibición de discriminación. Esta obligación se extiende a momentos posteriores a la terminación del contrato de trabajo, de tal manera que la Directiva impide al empresario negarle a la trabajadora certificado del trabajo realizado tras la extinción de la relación laboral, como reacción o represalia frente a una acción judicial ejercitada por ésta para exigir que se respetase su derecho a la igualdad retributiva³⁶. La reforma de la Directiva, una vez más, no hace otra cosa que incorporar esta jurisprudencia a su texto.

En segundo lugar, la reforma trata también de eliminar uno de los obstáculos demostrados más importantes de cara a la utilización de los procedimientos judiciales de tutela: la insuficiencia de la legitimación activa individual para incoar dichos procedimientos³⁷. La Directiva a estos efectos prevé el establecimiento de fórmulas de representación voluntaria a favor de las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas representativas de los intereses de las víctimas. Se trata de incorporar sistemas similares a la representación voluntaria sindical contemplados en nuestro vigente artículo 20 de la Ley de Procedimiento Laboral, que tan pocos resultados ha producido.

Finalmente, la Directiva original hacía especial referencia a la protección frente al denominado «despido de retorsión» o represalia. La nueva Directiva mejora dicha protección.

35. Asunto Draehmphael 180/95 S. 22 de abril de 1997.

36. A. Coote 185/97 S. de 22 de septiembre de 1998.

37. Comisión Europea «The utilisation of sex equality litigation procedures in the member states of the European Community: A comparative study», Bruselas V/782/96/EN junio 1995.

Con respecto a las sanciones, la reforma exige de los Estados miembros que establezcan el régimen de sanciones aplicable en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales en materia antidiscriminatoria y adopten todas las medidas necesarias para garantizar su aplicación, recogiendo a estos efectos los principios generales elaborados por la jurisprudencia comunitaria.

3.8. La promoción institucional y la implicación de los interlocutores sociales

La promoción institucional del principio de igualdad de trato constituye uno de los objetivos más novedosos de la nueva Directiva. Se pretende la potenciación de organismos con competencias de vigilancia y fomento en esta materia, que pueden ser de carácter específico, es decir, exclusivamente dedicados a la promoción del principio de igualdad de trato sin discriminación por razón de sexo, o pueden formar parte de los órganos responsables a nivel nacional de la defensa de los derechos humanos. Entre las competencias de estos organismos deben figurar la de prestar asistencia independiente a las víctimas de discriminación para tramitar sus reclamaciones, sin perjuicio de que además pueden actuar por representación o como coadyuvantes de aquellas en los procedimientos judiciales de tutela, realizar estudios, publicar informes y formular recomendaciones sobre cualquier cuestión relacionada con la discriminación.

Igualmente se exige de los Estados miembros que fomenten el diálogo con las organizaciones no gubernamentales que tengan un interés legítimo en contribuir a la lucha contra la discriminación por razón de sexo y a la promoción del principio de igualdad de trato.

La implicación de los interlocutores sociales en la implementación del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, se trata de conseguir mediante la adopción de medidas adecuadas para fomentar el diálogo social entre empresarios y representantes de los trabajadores sobre la igualdad de trato a fin de promover su aplicación. Se hace además especial hincapié en la negociación colectiva como instrumento de aplicación del principio de igualdad y se pide de los Estados miembros que alienten a los empresarios a que apliquen y fomenten la igualdad en las empresas de forma planificada y sistemática; se señala como instrumento para conseguirlo la presentación, con una periodicidad adecuada a los trabajadores y/o sus representantes, de información adecuada sobre la situación real de hombres y mujeres en las empresas, información que debería incluir estadísticas sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles de la organización, así como la propuesta de medidas para mejorar la situación constatada determinada en cooperación con los representantes de los trabajadores. Específicamente se trata de implicar de forma directa a los empresarios y a las instituciones públicas en la tutela de los trabajadores frente al acoso moral y el acoso sexual.

3.9. La trasposición de la Directiva

Una de las carencias más importantes de nuestro ordenamiento jurídico en materia de discriminación es de tipo conceptual. En primer lugar, carecemos del concepto legal de «discriminación indirecta», lo cual no significa que no sea operativo gracias a la jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional. Respecto del de «acción positiva» tampoco se recoge legalmente, aunque es admitido por nuestro TC. El régimen del acoso sexual resulta igualmente parco y lacónico en exceso y desde luego carecemos de una mínima regulación del acoso moral. Sería necesaria la introducción de una regulación más completa en nuestro ordenamiento, que traspusiera debidamente estas Directivas.

En segundo lugar y en cuanto a las garantías de aplicación del derecho a la igualdad, parece que nuestro ordenamiento jurídico no tendría que ser modificado por lo que respecta a la regulación de procedimientos judiciales de tutela, salvo que, mejorando lo establecido en la Directiva, se acepte la recomendación de ampliar la intervención procesal como representantes procesales a los organismos de igualdad. Sin embargo, deja bastante que desear el régimen jurídico del procedimiento de control de cláusulas discriminatorias en los convenios colectivos³⁸. Sería oportuno a estos efectos reforzar y adecuar el sistema de control, por ejemplo mediante la creación en el seno de los organismos de igualdad de un Observatorio de la negociación colectiva que se encargase de la revisión de los convenios, que además contase con legitimación suficiente para impugnar todo convenio en el que se detectasen cláusulas ilegales o discriminatorias.

No parece que en lo referente a organismos de promoción institucional de la igualdad sean necesarias modificaciones de calado, ya que tanto a nivel nacional como autonómico e incluso local, dichos organismos existen en nuestro país y tienen asignadas funciones muy similares a las recogidas en la Directiva: promoción, análisis, seguimiento y apoyo a la igualdad de trato entre todas las personas

38. UGT: *La mujer en la negociación colectiva*, Instituto de la Mujer, Madrid, 1988; HERAS Y MURILLO: *La mujer asalariada ante la negociación colectiva*, Fundación 1º de Mayo, Madrid, 1992; PÉREZ DEL RÍO, FERNÁNDEZ LÓPEZ Y DEL REY GUANTER: *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, Instituto de la Mujer, Madrid, 1993; QUESADA SEGURA: *Guía para la negociación colectiva no discriminatoria*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla-Málaga, 1994; VV.AA. (coord. Secretaría de la Dona de CC.OO.-PV): *Discriminación de género en la negociación colectiva del País Valencià*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 1996; VV.AA (coord. Pérez del Río): *La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva*, Instituto de la Mujer, Madrid, 1997; VV.AA. (coord. De la Fuente Vázquez): *Análisis de la negociación colectiva de la Comunidad de Madrid desde la perspectiva de género*, Dirección General de la Mujer de la Comunidad de Madrid, 1998; VV.AA (coord. De la Fuente Vázquez): *Análisis de la negociación colectiva de la Comunidad Foral de Navarra desde la perspectiva de género*, Instituto Navarro de la Mujer, Pamplona, 1998; PÉREZ DEL RÍO Y DE LA FUENTE VÁZQUEZ: *Análisis de la negociación colectiva en la enseñanza privada: perspectiva de género* (Informe no publicado encargado por el FOREM), 1999; Secretaría de la Mujer de la Federación Minero Metalúrgica de CC.OO., FOREM y Fundación 1º de Mayo: *Código de actuación para la aplicación neutra de las clasificaciones profesionales*, FOREM, Madrid, 1999.

sin discriminación por razón de sexo; prestar asistencia independiente a las víctimas de discriminación a la hora de tramitar sus reclamaciones; realizar estudios independientes sobre discriminación, publicar informes independientes y formular recomendaciones sobre cualquier cuestión relacionada con la discriminación.

Finalmente, si bien lo establecido en la Directiva no precisa de trasposición en sentido estricto, parece oportuna una más intensa actividad de nuestro país respecto de la implicación de los interlocutores sociales en la aplicación y desarrollo del principio de igualdad, siendo recomendable que los empresarios presenten con periodicidad adecuada, información suficiente a los representantes de los trabajadores sobre la situación de hombres y mujeres en las empresas.

4.- DERECHOS COLECTIVOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA

4.1. La Directiva de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea

La puesta en marcha y posterior consolidación de un mercado único ha supuesto el favorecimiento de los fenómenos de expansión de las empresas, así como de distintos procesos de concentración y fusión empresarial a nivel europeo, poniendo de manifiesto al mismo tiempo la insuficiencia de las legislaciones nacionales para dar una respuesta adecuada a esta realidad de ámbito transnacional. Es por ello que, finalmente, han cuajado en el seno de la Comunidad las iniciativas propuestas de creación fórmulas societarias de ámbito europeo que permitan la correspondencia entre la actividad económica y organizativa de las empresas y su forma jurídica. Su primer antecedente fue el Reglamento 2137/85 del Consejo, de 25 de julio de 1985³⁹, por el que se crea la Agrupación Europea de Interés Económico, como forma de facilitar y promover la cooperación mutua de carácter transfronterizo. Ha sido sobre todo la Sociedad Anónima Europea la que mayores expectativas ha generado, aunque al mismo tiempo ha sido la que mayores dificultades ha presentado para ser aprobados los correspondientes textos comunitarios. En la Cumbre de Niza de diciembre de 2000 se logra el acuerdo político que desbloquea los desencuentros hasta entonces profundos⁴⁰. El resultado final es el Reglamento 2157/2001, de 8 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea⁴¹.

En paralelo y como complemento al Reglamento, se aprueba la Directiva 2001/86, que viene a regular la implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea⁴². El término «implicación», que se introduce como novedoso,

39. DOCE L 199, de 31.07.1985.

40. Vid. G. ESTEBAN VELASCO: «Compromiso de Niza: por fin la Sociedad Europea», *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 16, 2001, págs. 141 y ss.

41. DOCE L 294, de 10-11-2001.

42. Vid. M.A. MOREAU, «L'implication des travailleurs dans la société européenne», *Droit*

pretende abarcar las diversas manifestaciones de interlocución colectiva entre los trabajadores y la dirección de la empresa; es decir, tanto la información y consulta de la participación, como cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores puedan influir en las decisiones que se adopten en la empresa. El procedimiento elegido para llevar a la práctica estas posibilidades de intervención es el negocial, de tal manera que, salvo excepciones, la Directiva no impone criterio alguno sino que deja a las partes la elección del modelo de implicación que quieren para cada Sociedad en concreto.

4.1.1. *Ámbito de aplicación y objetivos de la Directiva*

Los procedimientos de implicación se exigen respecto de todas las Sociedades Europeas que se constituyan conforme a la normativa comunitaria. A pesar de que son varias las modalidades posibles de Sociedad Europea, es obvio que ha de tratarse de una entidad de tipo societario, con personalidad jurídica propia; en segundo lugar, de una sociedad anónima, en la medida en que su capital social está dividido en acciones, respondiendo cada accionista sólo hasta el límite del capital que haya suscrito; y, en tercer lugar, de una sociedad de dimensión europea en la medida en que las personas jurídicas participantes han de pertenecer a diferentes Estados miembros. Los modos de creación pueden ser cuatro: la fusión, la creación de un *holding*, la constitución de una Sociedad Europea filial común a empresas de distintos Estados miembros y la transformación de una sociedad nacional en una Sociedad Europea. En todos los casos ha de preexistir una o varias sociedades en funcionamiento, de forma que se garantice en alguna medida la estabilidad de la figura y su viabilidad económica⁴³.

El objetivo de la Directiva es el aseguramiento de que la constitución de una Sociedad Europea no va a suponer la desaparición de las vías de participación que pudieran existir en las sociedades participantes, de impedir que su constitución se convierta en un modo de eludir la aplicación de las legislaciones nacionales que contengan disposiciones en orden, sobre todo, a la participación de los trabajadores. Así, la Directiva diseña un esquema en el que los derechos de los trabajadores existentes con anterioridad a la constitución de la SE suponen un punto de partida respecto del sistema de implicación que se establezca en ésta, enunciando lo que denomina como «principio de antes-después».

4.1.2. *Un modelo negocial de implantación*

Cuando se establezca el proyecto de constitución de una SE, se iniciarán lo antes posible las gestiones necesarias para entablar negociaciones con los representantes de los trabajadores de las sociedades sobre las disposiciones

relativas a la implicación de los trabajadores. Entre las gestiones a realizar se encuentra la transmisión de la información relativa a la identidad de las sociedades participantes, filiales o establecimientos implicados, así como el número de trabajadores afectados.

El primer paso para llevar a cabo la negociación prevista es la constitución de un órgano denominado Comisión negociadora, representativo de los trabajadores de las sociedades participantes y sus filiales o establecimientos interesados, con enormes concomitancias a lo ya vigente por medio de la Directiva relativa al Comité de Empresa Europeo. La Comisión deberá estar constituida por los representantes de los trabajadores de las empresas implicadas, que serán los previstos en las legislaciones o prácticas nacionales. La Directiva prevé que los Estados miembros pueden permitir que formen parte de ella representantes sindicales que no sean trabajadores directamente afectados por el proceso de constitución, en una clara muestra de interés por que puedan participar en la negociación organizaciones sindicales más allá del puro mecanismo representativo⁴⁴. No se fija el número concreto de miembros de esa Comisión, ni siquiera se establece un mínimo o un máximo, limitándose a exigir que se efectúe con respeto a los principios de proporcionalidad y territorialidad. La forma de elegir o designar a los representantes se determinará por cada Estado miembro, pero la Directiva establece unas pautas que los Estados deberán seguir en la determinación concreta de éstos y que tienden a asegurar la presencia en la Comisión de representantes de todos los establecimientos afectados.

La Directiva no contiene mayores especificaciones en relación con la Comisión negociadora, dejando amplias lagunas en cuanto a aspectos de suma importancia práctica (quién debe tomar la iniciativa para constituir la Comisión o quién debe calcular el número de miembros de la misma y hacer el reparto), ni tampoco contiene una regulación detallada acerca del funcionamiento de la misma, limitándose a señalar que será la encargada de negociar las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores con los órganos competentes de las sociedades participantes, que podrá solicitar estar asistida por expertos de su elección, que podrán asistir a las reuniones como asesores, que puede informar a representantes de las organizaciones externas acerca del inicio de las negociaciones y que sus gastos de funcionamiento y, en general, de las negociaciones, correrán a cargo de las sociedades participantes.

Cada miembro de la comisión dispondrá de un voto en el seno de la misma. La adopción de decisiones se hará por mayoría absoluta de sus miembros, que represente igualmente a la mayoría absoluta de los trabajadores, salvo cuando el

Social, nº 11, noviembre 2001, pág. 967 y ss.; E. GARRIDO PEREZ: «Las modalidades de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea», *Revista de Derecho Social*, nº 17, enero-marzo 2002, pág. 101 y ss.

43. M. A. MOREAU: *L'implication des travailleurs...*, *op. cit.*, pág. 969.

44. En este sentido E. GARRIDO PÉREZ: *La modalidades de implicación de los trabajadores...*, *op. cit.*, pág. 112, quien señala además que esta posibilidad presenta como ventaja el poder coordinar los esfuerzos de negociación y de articulación de un sistema de implicación del personal en la SE desde organizaciones sindicales de ámbito europeo.

resultado de la negociación pueda determinar una reducción de los derechos de participación existentes que afecte a un porcentaje considerable de trabajadores.

Es llamativa la escasa atención que se le presta a lo que podemos denominar banco empresarial de la negociación. Las alusiones que a este respecto se contienen son a «los órganos competentes de las sociedades participantes», con lo cual parece indicarse que todas y cada una de ellas han de estar presentes en la negociación. No se alude en modo alguno a la forma en que ha de funcionar este banco empresarial ni al régimen de mayorías necesario para la adopción de decisiones en su seno.

El acuerdo, que deberá plasmarse por escrito, deberá establecer un órgano de representación, que será el interlocutor del órgano competente de la SE en materia de información y consulta o, en su defecto, uno o más procedimientos de información y consulta. No se especifica en la Directiva las materias que han de ser objeto de información y/o consulta, ni establece una periodicidad para la puesta en práctica de las mismas, extremos todos ellos que deben entenderse remitidos al acuerdo entre la comisión negociadora y las empresas afectadas. Lo que sí se establece es que la información debe transmitirse en un momento, de un modo y con un contenido que permita a los representantes de los trabajadores evaluar en profundidad las posibles repercusiones y, en su caso, preparar la consulta con el órgano competente de la SE y que la consulta supone la apertura de un diálogo e intercambio de opiniones entre el órgano de representación de los trabajadores o los representantes de los trabajadores y el órgano competente de la SE, en un momento, de un modo y con un contenido que permita a los representantes de los trabajadores, a partir de la información facilitada, expresar una opinión sobre las medidas previstas por el órgano competente que pueda ser tenida en cuenta en el marco del proceso de toma de decisiones en la SE. La consulta no ha de limitarse a la mera recepción de la opinión de los representantes de los trabajadores, sino que ha de enmarcarse en un contexto de mayor debate pero sin llegar a ser un proceso negociador.

Potestativamente las partes podrán establecer un sistema de participación, entendida como medio de influencia del órgano de representación o los representantes de los trabajadores en una SE mediante el derecho a elegir o designar a determinados miembros del órgano de administración o de control de la sociedad, o el derecho a recomendar u oponerse a la designación de una parte o de todos los miembros del órgano de administración o de control de la sociedad. En este caso, el acuerdo deberá recoger los aspectos sustanciales de las normas de participación que se establezcan, incluido, en su caso, el número de miembros del órgano de administración o de control en cuyo nombramiento han de intervenir los trabajadores, así como los procedimientos que deben seguir los trabajadores para hacerlo.

Como alternativa a la negociación, la Comisión negociadora una vez constituida podrá decidir no iniciar negociaciones o terminar las ya iniciadas y basarse en las disposiciones sobre información y consulta de los trabajadores que están

vigentes en los Estados en los que la SE tenga trabajadores. Esta decisión de no iniciar las negociaciones o de suspender las ya iniciadas se deja a la voluntad de la Comisión negociadora, sin que se tenga en consideración cuál es la postura de la parte empresarial al respecto, y no tiene carácter definitivo e irrevocable, en el sentido de que las partes pueden retomarla cuando lo estimen conveniente e, incluso, los propios trabajadores de la SE pueden solicitar que se convoque la Comisión transcurridos dos años desde que ésta decidió no negociar.

La falta de un acuerdo en el plazo establecido, con fórmula una vez más similar al Comité de Empresa Europeo, va a suponer la aplicación de las disposiciones de referencia que haya establecido el Estado miembro en el que se vaya a situar la sede social de la SE, siempre que los órganos competentes de cada una de las sociedades participantes lo acepte. Estas disposiciones, contenidas en el Anexo de la Directiva, tienen como misión garantizar que se cumple en alguna medida el objetivo de implicación de los trabajadores en la SE. Para ello se prevé la constitución de un órgano de representación de los trabajadores al que se atribuye competencia en materia de información y consulta. Y dado que estamos ante un caso de ausencia de acuerdo negociado, estas disposiciones establecen al respecto una regulación más detallada que la que se contiene al tratar de la negociación del acuerdo sobre implicación, de tal manera que se contienen previsiones tanto sobre el contenido de la información y consulta como sobre la periodicidad de las mismas. Asimismo se contienen disposiciones de referencia en orden a la participación, pero éstas sólo se aplicarán cuando se den las condiciones que se señalan.

4.1.3. Previsiones en relación con los representantes de los trabajadores

Los miembros del órgano de representación, los destinatarios de los procedimientos de información y consulta que se establezcan, así como los expertos que los asistan, deberán mantener un deber de reserva respecto de aquellas informaciones que les hayan sido comunicadas con carácter confidencial, que subsiste incluso tras la expiración de su mandato. Más allá incluso de ese deber de confidencialidad, cada Estado miembro debe prever aquellos supuestos en los que el órgano de control o de administración de la SE pueda no comunicar información que, por su naturaleza y según criterios objetivos, pudiera crear graves obstáculos al funcionamiento de la SE u ocasionar perjuicios a la misma. Cada Estado miembro debe llevar a cabo necesariamente la regulación de los casos en que se pueda ocultar información, las condiciones y los límites de dichos supuestos, pudiendo supeditar la dispensa a una autorización previa de carácter administrativo o judicial. Debe llamarse la atención sobre el hecho de que el establecimiento de este control previo no es más que una posibilidad ofrecida a los Estados miembros, que podrán hacer uso de ella o no. Como control a posteriori, se deben prever los recursos administrativos o judiciales que puedan interponer los representantes de los trabajadores. Este control, que puede ser efectivo en el primer caso no lo es

tanto en el segundo, ya que si una información no ha sido comunicada difícilmente podrán saber los representantes de los trabajadores que les ha sido ocultada. Sólo en el caso de que una información fuese solicitada por los representantes y negada por el órgano correspondiente, tendría sentido el recurso.

La protección de quienes ejerzan funciones de representación será la que esté vigente en la legislación o la práctica nacional de su país de empleo. Ello engloba a los miembros de la Comisión negociadora, a los miembros del órgano de representación que pueda establecerse, a los que ejerzan sus funciones en el marco de un procedimiento de información y consulta y a los que formen parte del órgano de control o de administración de una SE y que al tiempo sean trabajadores de la misma, de sus filiales o establecimientos o de una sociedad participante.

4.1.4. Garantías para la aplicación de la Directiva

Como garantías específicas del establecimiento de un sistema de implicación en cada SE concreta, el Reglamento establece tres previsiones.

De un lado, el control por parte de la autoridad pertinente, la que lleve a cabo el control de legalidad de la fusión y constitución de la SE, de que se han establecido las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores.

De otro, la imposibilidad de registro de la SE, salvo que se haya celebrado un acuerdo de implicación de los trabajadores o se haya tomado la decisión de no comenzar la negociación o de abandonar la ya iniciada (en cuyo caso se aplicarán las disposiciones de información y consulta previstas en el Estado miembro) o haya expirado el período de negociaciones conforme al artículo 5, sin que se haya celebrado ningún acuerdo (en cuyo caso se aplicarán las disposiciones de referencia).

Finalmente, la necesaria adecuación de los estatutos de las SE a las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores que se hayan fijado, hasta el punto de que una modificación de la Directiva que supusiera la adopción de nuevas disposiciones que resultaran contrarias a los Estatutos significaría la exigencia de modificación de éstos.

4.2. La Directiva relativa al marco general sobre información y consulta

4.2.1. La finalidad de la Directiva y sus principios generales

A pesar de la larga preocupación del Derecho comunitario por incorporar canales de información y consulta de los trabajadores, su regulación ha sido hasta el momento dispersa, ocupándose de problemas concretos y puntuales como la protección de los trabajadores en supuestos «patológicos» o extraordinarios del funcionamiento de la organización productiva⁴⁵ o bien la constitución de meca-

45. Directiva 75/129, sustituida en la actualidad por la 98/59, sobre despidos colectivos, y Directiva 77/187, reemplazada por la 2001/23 sobre sucesión empresarial.

nismos de información y consulta en estructuras de dimensión comunitaria⁴⁶. Ha de señalarse que, aunque la mayoría de los ordenamientos nacionales han establecido procedimientos de información y consulta para un amplio número de materias, algunos Estados miembros no tienen otra regulación general y obligatoria al respecto que aquella dictada en transposición de Directivas comunitarias.

Con la finalidad de responder a este vacío, se aprueba la Directiva 2002/14/CE. De este modo, su finalidad es el establecimiento de un marco general que establezca unos requisitos mínimos para la información y consulta. Se pretende que la institucionalización de unos mecanismos de información y consulta en el funcionamiento «normal» de la empresa contribuya al establecimiento una política «preventiva» ante los cambios económicos por parte de los interlocutores sociales, y no sólo orientada al tratamiento a posteriori de los procesos de cambio. Se hace especial hincapié en que la aplicación concreta de estos derechos ha de llevarse a cabo conforme a la legislación y prácticas nacionales; se destaca el papel preponderante que han de tener los interlocutores sociales en la especificación del ejercicio concreto de estos derechos, limitados por un principio genérico y quizás excesivamente abstracto de cooperación mutua similar al concepto de buena fe que existe en nuestro ordenamiento.

4.2.2. Ámbito de aplicación

Como suele ser habitual en esta materia, la Directiva no se aplica a las pequeñas empresas, en concreto a las empresas de menos de 50 trabajadores o a los centros de trabajo de menos de 20 trabajadores, correspondiendo a los Estados miembros la elección del ámbito del cómputo. Además los Estados que no tengan previsto ningún sistema general, permanente y obligatorio de representación de los trabajadores y de información y consulta a éstos (a la fecha de entrada en vigor de la norma), podrán limitar la aplicación de la Directiva a las empresas de al menos 150 trabajadores (o centros de trabajo de al menos 100 trabajadores) hasta el 23 de marzo de 2007, y a las empresas que empleen al menos 100 trabajadores o centros de trabajo de al menos 50 empleados hasta el 23 de marzo de 2008.

Se permite también una regulación específica para las empresas llamadas «de tendencia», siempre que se respeten los «principios y objetivos» de la Directiva, y que el Estado miembro tuviera ya este tipo de disposiciones en el momento de su entrada en vigor. Aunque está planteada de manera general, esta norma se refiere específicamente a la regulación alemana, que prevé una menor participación de los trabajadores en determinadas organizaciones productivas. Esta regulación diversa suele fundamentarse en la finalidad de protección de las «tenden-

46. Directiva 94/45 para las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (extendida por la 97/74 al Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte), Directiva 2001/86 para la Sociedad Anónima Europea. Además de los supuestos de crisis y de las estructuras comunitarias, existen algunas disposiciones específicas de información y consulta en materia de Seguridad y Salud en la Directiva 89/391.

cias» o ideologías defendidas por la empresa, si bien en nuestra opinión el hecho de que los trabajadores estén informados y puedan opinar sobre las cuestiones económicas y laborales previstas en la Directiva no puede perjudicar de ninguna manera a la libertad ideológica o de expresión de la correspondiente empresa.

Una última posibilidad de exclusión se refiere a las tripulaciones de buques que naveguen en alta mar.

4.2.3. Concreción del contenido de los derechos

La información ha de abarcar, como mínimo las siguientes materias: a) situación económica y actividades de la empresa, incluyendo la evolución reciente y las perspectivas de futuro; b) la situación y perspectivas del empleo, así como las medidas para evitar los riesgos de destrucción de empleo; c) las decisiones que puedan provocar cambios sustanciales en los contratos de trabajo y en la organización del trabajo. Se incluyen expresamente los despidos colectivos y las modificaciones contractuales ocasionadas por una transmisión. En cuanto a la consulta, ésta se refiere como mínimo a las materias mencionadas en las letras b) y c).

En paralelo al artículo anterior la Directiva regula las excepciones típicas en materia de reserva y confidencialidad.

Los receptores de la información e interlocutores de la consulta son los representantes de los trabajadores con arreglo a las legislaciones o prácticas nacionales. No se prevé ninguna disposición específica para la eventualidad de que dichos representantes no existan, al contrario que la 2001/23⁴⁷, si bien ha de entenderse que los Estados miembros están obligados a adoptar todas las medidas oportunas para que sean designados los correspondientes representantes de los trabajadores en el ámbito de aplicación de la Directiva⁴⁸.

En cuanto a los procedimientos concretos para llevar a cabo la información y consulta, se deja una amplia libertad a los ordenamientos nacionales, exigiéndose simplemente que se lleven a cabo de manera «apropiada», es decir, sin contravenir los principios generales que se desprenden de la regulación comunitaria. Dentro de esta exigencia de adecuación, hemos de destacar, en lo que refiere a la información, que ha de realizarse en el momento apropiado para que pueda servir de instrumento eficaz para la consulta; y respecto a ésta última, ha de efectuarse en el nivel pertinente de dirección y representación en función del tema a tratar.

Resulta especialmente interesante, sobre todo a efectos de la necesidad de transposición al Derecho español, el hecho de que el concepto de «consulta» uti-

47. Esta Directiva permite que las obligaciones de información y consulta se limiten exclusivamente a las empresas que tengan suficiente número de trabajadores para designar un órgano colegiado conforme a los ordenamientos nacionales (art. 7.5), pero establece que debe facilitarse la información directamente a los trabajadores si por causas ajenas a éstos no hubiera representantes.

48. *Id.* SSTJCE de 8-6-1994, asuntos C-382/92 y C-383/92, ambos de la Comisión vs. Reino Unido, referidas respectivamente a la transmisión de empresas y a los despidos colectivos.

lizado por esta Directiva (y por las demás normas comunitarias de información y consulta a los trabajadores), va mucho más allá de la mera emisión de un informe por parte de los representantes de los trabajadores. Por el contrario, se exige una reunión con el empresario para obtener una respuesta justificada a su dictamen y la apertura de un diálogo con el espíritu de cooperación y buena fe establecido, y, en los casos en los que la decisión empresarial suponga modificaciones en los contratos o en la organización del trabajo, dicho diálogo habrá de llevarse a cabo con el fin de llegar a un acuerdo. Estamos pues, ante una consulta próxima, aunque no necesariamente equivalente a la negociación colectiva.

La flexibilidad en cuanto a las materias objeto de información y consulta, así como en cuanto a los correspondientes procedimientos, no sólo se aplica a los ordenamientos de los Estados miembros, sino también a los interlocutores sociales, los cuales podrán definir libremente por medio de un acuerdo, incluso a nivel de empresa o centro de trabajo, las modalidades de información y consulta de los trabajadores⁴⁹. Estos acuerdos podrán sustituir completamente a la regulación general, sin que sea necesario que lo previsto en el acuerdo resulte más favorable para el ejercicio de los derechos establecidos en la Directiva⁵⁰, siempre que se respete el —ciertamente evanescente— principio de colaboración. Lógicamente, esta posibilidad de sustraerse a la regulación general por medio de un acuerdo colectivo tendrá necesariamente que ejercerse conforme a lo previsto en los ordenamientos nacionales.

4.2.4. Instituciones de garantía

La Directiva contiene asimismo algunas disposiciones destinadas a garantizar el cumplimiento de los derechos y obligaciones por ella reconocidos. Estas disposiciones son, al igual que los derechos que protegen, bastante abstractas y generales, dejando un amplio margen para el desarrollo por parte de los legisladores nacionales.

a) Se exige a los Estados miembros que proporcionen a los representantes de los trabajadores la protección y las garantías suficientes para el ejercicio de su actividad, sin determinar un mínimo de lo que ha de considerarse «suficiente».

b) Se obliga a garantizar la existencia de procedimientos administrativos o judiciales apropiados para ejercitar las obligaciones previstas, así como para impugnar la decisión unilateral del empleador de exigir confidencialidad, o no facilitar información por considerarla peligrosa para sus intereses.

c) Se obliga a establecer sanciones adecuadas en caso de incumplimiento por parte del empresario (obligaciones de información y consulta) o de los representantes de los trabajadores (obligación de confidencialidad). La adecuación de las

49. En las Directivas 94/95 y 2001/86 el acuerdo es el mecanismo escogido para definir las modalidades de participación de los trabajadores.

50. *Id.* Enmienda nº 20 del Parlamento Europeo (citado en nota 7, pág. 227) y su posterior rechazo por el Consejo (Posición común, citada en nota 8, pág. 24).

sanciones se mide por tres características que deben concurrir en todo caso: han de ser eficaces, proporcionadas y disuasorias⁵¹.

4.2.5. Necesidad de transposición

A primera vista, parece que nos encontramos ante una Directiva destinada principalmente a los Estados miembros que no tienen previsto un sistema general y obligatorio de información y consulta a los representantes de los trabajadores (o incluso dirigida a los candidatos a formar parte de la Unión Europea que pudieran encontrarse en esta situación), procurando que todos los ordenamientos nacionales incluyan al menos una regulación mínima en esta materia. Nuestro ordenamiento jurídico tiene ya establecido un sistema de información y consulta a los representantes de los trabajadores, aunque puede que no sea completo del todo. En lo que se refiere al derecho de información, en nuestra opinión, el Derecho español se adapta a los mínimos establecidos por la Directiva, aunque sería conveniente que el empresario estuviera obligado a aportar a los representantes la información precisa para poder llevar a cabo adecuadamente las correspondientes consultas en los casos en que éstas estén previstas. En cuanto a la confidencialidad de la información, no se acoge a la posibilidad prevista en la Directiva de que el empresario pueda negarse a proporcionar determinada información por considerar su difusión gravemente perjudicial para sus intereses.

En materia de derechos de consulta, observamos, por el contrario, que es necesario llevar a cabo una transposición de la Directiva en varios aspectos. En primer lugar, no parece que exista en nuestro ordenamiento derecho a consulta con carácter general respecto a las «medidas preventivas previstas, especialmente en caso de riesgo para el empleo», medidas que no necesariamente han de ser laborales. Del mismo modo, no nos parece que los diversos procedimientos previstos de reestructuración empresarial abarquen todos los supuestos de «decisiones que pudieran provocar cambios sustanciales en cuanto a la organización del trabajo y los contratos de trabajo». En segundo lugar, el régimen español no siempre integra el nuevo alcance de la consulta comunitaria en los términos antes referidos. Ello no quiere decir que consideremos conveniente extender estos procesos de auténtica negociación rígidamente regulada y con acuerdos de eficacia *erga omnes*, a supuestos de escasa o nula entidad colectiva, sino más bien que es necesario reformar el artículo 64 ET para que la consulta no se limite a la presentación de un informe escrito, sino que implique la apertura de un diálogo y la búsqueda de un consenso entre los diversos intereses en conflicto. Por último, no se garantiza en nuestro ordenamiento que la consulta haya de efectuarse al nivel pertinente de dirección y representación en función del tema tratado. En este senti-

51. Requisitos que ya vienen siendo exigidos con carácter general por la jurisprudencia del TJCE; *vid.* las sentencias de 8-6-1994, citadas en la nota 15, en las que se consideran insuficientes las sanciones impuestas por el Reino Unido respecto a los deberes de información y consulta previstos en las Directivas sobre transmisión de empresa y despidos colectivos.

do, hemos de recordar que en nuestro ordenamiento la consulta está generalizada en el ámbito del centro de trabajo, cuando en ocasiones el nivel de decisión es superior al mismo.

En cuanto a las garantías, entendemos que nuestro ordenamiento se adapta perfectamente a la regulación mínima que la norma comunitaria establece.

5.- POLÍTICA DE EMPLEO

La política de empleo de la UE hasta el momento se ha ido consolidando, sin que haya sufrido variaciones importantes, agrupándose en cuatro grandes pilares: la mejora de la capacidad de inserción profesional; el desarrollo del espíritu empresarial y la creación de empleo; fomento de la capacidad de adaptabilidad de las empresas y sus trabajadores; y la política de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Este proceso de coordinación entre las distintas políticas de empleo de los Estados miembros ha ido cristalizando con la aprobación de la Resolución del Consejo de 22 de febrero de 1999 sobre las directrices para el empleo para 1999⁵², a la que siguen las de los años 2000⁵³, 2001⁵⁴ y 2002⁵⁵.

El citado proceso apostó por la cooperación de un mayor número de actores implicados, estableciendo un método abierto y reforzado de coordinación, esto es, «un planteamiento totalmente descentralizado de acuerdo con el principio de subsidiariedad, en el cual la Unión, los Estados miembros, los niveles regionales y locales, así como los interlocutores sociales y la sociedad civil, participarán activamente mediante distintas formas de colaboración».

Desde el punto de vista institucional, resalta la creación de un órgano consultivo denominado «Comité del empleo» que sustituirá al Comité del empleo y del mercado de trabajo⁵⁶ cuyo objetivo será «fomentar la coordinación entre los Estados miembros en materia de políticas de empleo y de mercado de trabajo».

Para contribuir al cumplimiento del nuevo objetivo fijado en Lisboa, el Consejo y el Parlamento aprueban una Decisión «relativa a medidas comunitarias de estímulos del empleo»⁵⁷, con el objetivo de llevar a cabo actividades en materia de análisis, investigación y cooperación entre los Estados miembros para el período comprendido entre el 1 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2006.

52. Diario Oficial nº C 069 de 12 de marzo de 1999.

53. Diario Oficial nº L 072 de 21 de marzo de 2000.

54. Diario Oficial nº L 022 de 24 de enero de 2001.

55. Diario Oficial nº L 060 de 1 de marzo de 2002.

56. Decisión del Consejo de 24 de enero de 2000 (2000/98/CE); Diario Oficial de las Comunidades Europeas 4-2-2000, L29/21.

57. Decisión 1145/2002/CE, de 10 de junio de 2002, DOCE L 170, de 29 de junio de 2002.

A lo largo de los cinco años de aplicación, la Estrategia Europea por el Empleo muestra cierta prioridad por el primer pilar, esto es, mejorar la capacidad de inserción profesional de los desempleados, (especialmente de los jóvenes y los parados de larga duración) con el fin de fomentar las políticas activas en favor de colectivos con especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo.

Para la consecución de este objetivo las directrices que desarrollan el primer pilar vienen incidiendo cada año en la necesidad de combatir el desempleo juvenil y prevenir el de larga duración. Se trata de adoptar medidas (formativas, de reconversión, experiencia profesional o empleo o cualquier otra) que favorezcan la inserción profesional de estos colectivos en el mercado de trabajo, especialmente los parados de larga duración. De entre estas medidas destacan las que hacen referencia a la educación y a la formación continua⁵⁸.

Se observa también en las directrices de los dos últimos años (2001-2002) una preocupación por la modernización de los servicios públicos de empleo, concretamente en lo que se refiere a la reintegración de los desempleados y la prevención del desempleo de larga duración, a fin de incrementar la eficacia de la estrategia de prevención y activación, fomentando la cooperación con otros prestadores de servicios.

Se apuesta de forma decidida por políticas activas de empleo de inserción laboral, evitando la dependencia de éstos de las prestaciones por desempleo, produciéndose lo que se ha denominado por la doctrina un «deslizamiento de las políticas pasivas de empleo a las políticas activas»⁵⁹. Se trata que los sistemas de Seguridad Social incentiven a los desempleados e inactivos a la búsqueda y aceptación de un empleo. Asimismo, se insta a los Estados miembros a desarrollar una política para prolongar la vida activa de los trabajadores de más edad incentivando su permanencia en el mercado de trabajo⁶⁰.

Finalmente, se profundiza, sobre todo en las directrices para el año 2001 y 2002, en las medidas de empleo que promuevan la integración social de los grupos e individuos más desfavorecidos, evitando la discriminación de estos colectivos en el mercado de trabajo. Se considera que la falta de formación y de integración en el mercado de trabajo conllevan un mayor riesgo de exclusión social. Por ello, concretamente las Directrices para el año 2002, fomentan la formación de estos colec-

58. En este sentido la Resolución de 3 de junio de 2002 sobre las capacidades y la movilidad, DOCE 2002/C, señala que «el aprendizaje permanente es una de las piedras angulares de la estrategia europea de empleo». También sobre el tema se aprueba el Reglamento 1313/2002 de 19 de julio de 2002 por el que se aplica el Reglamento nº 557/98 del Consejo relativo a la organización de una encuesta muestral sobre la población activa en la Comunidad por lo que respecta a las características *ad hoc* sobre aprendizaje permanente.

59. ORTIZ LALLANA «La Unión Europea y las políticas activas de empleo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 17, 1999, pág. 28.

60. Sobre el tema *vid.* Dictamen del Comité Económico y Social, DOCE de 16 de enero de 1961. C14/50

tivos en situación de desventaja, así como su participación en el mercado de trabajo, estableciendo medidas específicas respecto de los discapacitados, minorías étnicas e inmigrantes. Esta voluntad de combatir la pobreza y la exclusión social se ve reforzada por la Decisión adoptada por el Parlamento y el Consejo por la que se aprueba un «Programa» de acción comunitario a fin de fomentar la cooperación entre los Estados miembros para luchar contra la exclusión social y la pobreza⁶¹.

Respecto al segundo pilar, se intensifica la funcionalidad de las políticas de empleo a nivel local, prestándose una mayor atención a la participación de la administración local y regional para llevar a la práctica la Estrategia Europea por el Empleo, reconociéndose el papel que desempeñan los agentes locales en el fomento del empleo⁶². A ese respecto, se apuesta por un enfoque integrado, de forma que las políticas llevadas a cabo a nivel local se integren «en una estrategia única a fin de maximizar su eficiencia»⁶³, subvencionando acciones en favor del compromiso local por el empleo.

En lo referente al tercer pilar, las directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros de la Unión Europea, para los años 2001 y 2002⁶⁴, no contienen diferencias apreciables con relación al desarrollo del denominado «principio de adaptabilidad»⁶⁵. Su contenido se estructura en base al cumplimiento de dos grandes objetivos, que son el de modernizar la organización del trabajo y el de apoyar la adaptabilidad en las empresas como componente clave de la educación y de la formación a lo largo de toda la vida. A España se le aconseja incidir en el reforzamiento de la formación profesional, para mejorar los bajos niveles de cualificación, así como la modernización del mercado de trabajo y de la organización del trabajo, sobre todo para reducir el alto porcentaje de contratos de duración determinada e incrementar el recurso a los contratos a tiempo parcial⁶⁶.

El cuarto pilar de la política de empleo comunitaria, destinado a reforzar la política de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, se estructura en

61. Decisión 50/2002/CE de 7 de diciembre de 2001, DOCE L10 de 12 de enero de 2002.

62. Así se señalaba en las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros para el año 2001: «Los Estados miembros tendrán en cuenta, si ha lugar, en sus respectivas políticas generales de empleo, la dimensión del desarrollo regional... alentarán a las autoridades locales y regionales a establecer estrategias para el empleo, a fin de explotar plenamente las posibilidades que ofrece la creación de empleo a nivel local, y favorecerán, a tal fin, las asociaciones con todos los actores interesados, incluidos los representantes de la Sociedad Civil...».

63. «Actuación local en favor del empleo: una dimensión para la estrategia europea de empleo», *Comunicación COM (2000)*, final, 196, de 7 abril de 2000.

64. Aprobadas por Decisiones del Consejo de 19 de enero de 2001 (DOCE de 24 de enero) y de 18 de febrero de 2002 (DOCE de 1 de marzo).

65. Sobre el proceso de creación de una política de empleo a nivel comunitario, *vid.* FERNÁNDEZ CORNEJO, J.A. y ALGARRA PAREDES, A.: *El mercado de trabajo en la Unión Europea. Fundamentos teóricos y políticas de empleo*, Ediciones Pirámide, 2000.

66. Recomendación del Consejo, de 18 de febrero de 2002, sobre la aplicación de las políticas de

el cumplimiento de tres grandes objetivos: la integración de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, combatir los desequilibrios entre hombres y mujeres y la conciliación del trabajo y la vida familiar. La integración de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres tiene un contenido más amplio para el año 2002, puesto que incluye como factor decisivo en su efectivo cumplimiento, no sólo el compromiso de reforzar las políticas en materia de igualdad de oportunidades, sino también el hecho de que los hombres asuman responsabilidades domésticas. En todo lo demás, se mantienen los mismos compromisos que en años anteriores.

El desarrollo cierto del contenido de este cuarto pilar por los Estados miembros es una preocupación constante dentro de la política de empleo comunitaria. Demostrativo de ello es la sucesiva regulación de diferentes iniciativas y programas de acción en virtud de los cuales éstos pueden solicitar financiación de la Unión Europea para hacer efectivo su cumplimiento. Tanto en el año 2001 como en el 2002 se mantienen vigentes dos de los más significativos: la iniciativa «EQUAL»⁶⁷ y el programa de acción comunitaria sobre la estrategia en materia de igualdad entre hombres y mujeres, aprobado por Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2000. Una peculiaridad destacable de la iniciativa «EQUAL» es su planteamiento transnacional, de tal forma que, para poder ser financiados, los proyectos presentados deben implicar a socios de, por lo menos, dos estados miembros. La Recomendación del Consejo aconseja al Reino de España incidir en la aplicación de este cuarto pilar de política de empleo. En concreto, recomienda, en términos generales, la reducción de las desigualdades entre hombres y mujeres en materia de empleo y, de forma más específica, establece que deberían fijarse objetivos concretos en materia de oferta de servicios de cuidado de niños y otras personas dependientes⁶⁸.

El asunto más delicado y complejo en esta materia, que con seguridad se suscitará tarde o temprano en nuestro ordenamiento, es el relativo a si este tipo de medidas de ahorro económico constituyen de hecho ayudas a las empresas contraria a la libre competencia y, por tanto, vedadas por el ordenamiento comunitario (arts. 87 y ss. TCE). De hecho, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya ha tenido la oportunidad de condenar a la República Italiana, en un caso muy similar al régimen de nuestro ordenamiento (STJUE 7 marzo 2002, asunto C-310/99 República Italiana contra Comisión). En nuestro país también ha tenido notable impacto la condena a España por parte de la Comisión por la normativa de las Diputaciones forales vascas relativas al establecimiento de un régimen de exención del impuesto de sociedades a las empresas de nueva implantación que creen cuando menos 10 puestos de trabajo netos a lo largo de un determinado período de

empleo en los Estados miembros, DOCE de 1 de marzo.

67. Reglamento 1260/1999, del Consejo, de 21 de junio.

68. Recomendación de 18 de febrero de 2002, apartado 2.

tiempo (Decisión 2002/892, de 11 de julio de 2001, DOCE 18 noviembre; 2002/806, de 11 de julio de 2001, DOCE 17 octubre 2002). A resultas de todo ello, y con vistas a clarificar el panorama estableciendo un régimen de ayudas al empleo que no requieren de notificación previa a la Comisión, se ha aprobado un Reglamento específico sobre la materia (Reglamento 2204/2002 de la Comisión, de 12 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales para el empleo, DOCE 13 diciembre 2002).

6. CONDICIONES DE TRABAJO

6.1. La reforma de la Directiva sobre insolvencia del empresario

Tras veinte años de vigencia sin modificaciones relevantes de la Directiva sobre protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, se ha verificado una modificación sustancial a través de la Directiva 2002/74/CE, de 23 de septiembre de 2002. Respetando la estructura básica de la Directiva de 1980, la reforma responde al interés de resolver las principales dificultades constatadas en la aplicación práctica de la misma, puestas en evidencia a raíz de factores como la evolución del derecho de la insolvencia en los sistemas jurídicos nacionales, el dinamismo del mercado interior, el interés por guardar coherencia con otras Directivas posteriores y la labor interpretativa del TJCE.

La primera de las modificaciones que introduce versa sobre el concepto de estado de insolvencia del empresario. La interpretación literal de la noción de insolvencia llevada a cabo por el TJCE⁶⁹, en el sentido de aplicarla a todos los trabajadores por cuenta ajena cuyos empresarios pueden ser objeto de un procedimiento concursal conforme a su legislación interna, hacía oportuno que la Directiva recogiera una ampliación de aquella noción comunitaria, de modo que no sólo cubriera los procedimientos de quiebra o liquidación, sino que abarcara otros procedimientos colectivos de insolvencia diferentes de la estricta liquidación. La modificación de la Directiva en esta cuestión será respetuosa con la finalidad social que persigue de proteger los créditos salariales impagados a los trabajadores en caso de insolvencia, así como con las nuevas tendencias legislativas nacionales que han rebasado la noción comunitaria original, al tiempo que gana en coherencia con otras directivas comunitarias, concretamente la 98/50/CE sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, que, al introducir un elemento flexibilizador a favor de las empresas inmersas en cualquier procedimiento de insolvencia en cuanto a la transferencia de las obligaciones entre cedente y cesionario, precisa manejar una noción comunitaria más amplia de estado de insolvencia del empresario.

69. STJCE de 9 noviembre 1995, C-479/93, asunto FRANCOVICH.

En segundo lugar, se ha modificado la Directiva en el sentido de extender la protección expresamente a otros colectivos de trabajadores, en particular los a tiempo parcial, los que han suscrito un contrato de duración determinada y los que tienen una relación laboral temporal, conforme son definidos en las respectivas Directivas⁷⁰, pudiendo aludirse de nuevo a la necesaria y deseable coherencia que se establece entre esas normas.

El campo de aplicación de la Directiva también ha sido objeto de modificación. En su antigua redacción excluía a determinadas categorías de trabajadores caracterizados bien por la naturaleza especial del contrato de trabajo o de la relación laboral, o por contar con otras formas de garantía que les aseguraba una protección equivalente a la prevista en la Directiva. Sólo se mantiene esta segunda causa de exclusión y respecto de la primera, la reforma únicamente menciona –con carácter general– a los empleados de hogar y a los pescadores remunerados a la parte.

En cuanto a las disposiciones relativas a las instituciones de garantía, la reforma mantiene las limitaciones temporales del crédito salarial garantizado, cambiando la complicada previsión relativa a las fechas y períodos de referencia al objeto de establecer ese límite temporal, adoptando una fórmula más sencilla o simple para que los Estados miembros operen tal limitación. Esta simplificación también ha llevado a que la nueva Directiva cubra no sólo los salarios adeudados antes de producirse la insolvencia del empresario como antes, sino también las surgidas una vez abierto el procedimiento de insolvencia cuando continúa la actividad productiva en la empresa con incremento, mientras tanto, de los créditos salariales relativos a este período.

La reforma de 2002 incorpora una nueva sección que aborda las situaciones transnacionales. La integración de los mercados nacionales en el mercado interior comunitario ha supuesto para las empresas la posibilidad de ampliar su ámbito de actuación al territorio de dos o más Estados miembros, instalando en ellos nuevos centros de trabajo, realidad no regulada jurídicamente y que suponía para la protección de los derechos de los trabajadores por cuenta ajena en materia de insolvencia del empresario una grave laguna. La Reforma da respuesta a la hipótesis del estado de insolvencia de la empresa en uno de esos países y se solicita la apertura de un procedimiento de insolvencia, respecto de las consecuencias directas que produce para sus trabajadores adscritos a un centro de trabajo de la misma empresa situado en otro Estado miembro. La cuestión que se plantea estriba en determinar cuál es la institución nacional competente para el pago de los créditos salariales en caso de insolvencia del empresario. El TJCE conoció muchos supuestos similares, llegando a establecer que el criterio para determinar la institución responsable del pago es el lugar de actividad de los trabajadores⁷¹,

70. Directivas 97/81/CE, 1999/70/CE y 91/383/CEE, respectivamente.

71. STJCE de 16 diciembre 1999, C-198/98, asunto G. EVERSON y T.J. BARRAS.

criterio que contribuía a garantizar la seguridad jurídica necesaria y a consolidar los derechos de aquéllos si se considera que habitualmente la institución de ese país es la que percibe las aportaciones que financian el régimen de garantía salarial. Haciéndose eco de esa jurisprudencia, los nuevos artículos que incorpora la Directiva de 2002 adopta el criterio jurisprudencial, añadiendo que la extensión de los derechos de los trabajadores estará determinada por el derecho por el que se rija la institución de garantía competente, y adicionan unas medidas tendentes a garantizar la aplicación de lo anterior, en concreto que los Estados miembros cooperen en el ámbito administrativo, quedando obligados en adelante a informar a la Comisión y entre sí acerca de los datos relativos a las administraciones públicas competentes o sus instituciones de garantía.

Como novedad se permite también a los Estados que puedan rechazar o reducir las obligaciones de pago y de garantía cuando el trabajador asalariado por sí mismo o junto a sus parientes próximos es propietario de una parte esencial de la empresa y puede influir de forma considerable en las actividades de la misma.

6.2. La ordenación del tiempo de trabajo

La Agenda de Política Social para los años 2000 a 2005⁷² prevé entre sus objetivos la gestión del cambio y la adaptación al nuevo entorno de trabajo. Para la consecución de esta meta se anuncian diversas medidas, entre las que podemos destacar el objetivo de completar y codificar la legislación comunitaria sobre la jornada laboral. En los últimos años, efecto reflejo de lo antedicho, son varias las disposiciones legislativas comunitarias adoptadas al respecto.

–Las Directivas 1999/63, de 21 de junio, sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente del mar y 1999/95, de 13 de diciembre, que tiene por objeto el cumplimiento de las disposiciones relativas al tiempo de trabajo de la gente del mar a bordo de los buques que hagan escala en puertos de la Comunidad⁷³.

–La Directiva 2000/34/CE, de 22 de junio, que modifica la Directiva 93/104/CEE, de 23 de noviembre, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo, ampliando el ámbito subjetivo de la misma en un número de aproximadamente cinco millones de trabajadores, mediante la aplicación del artículo 1.3 de la misma a todos los sectores de actividad, privados o públicos, en el sentido del

72. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de la Regiones sobre su Agenda de Política Social, de 28 de junio de 2000, (COM [2000] 379 final). Asimismo, el artículo 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de febrero (DOCE de 18 de diciembre de 2000), abunda en la idea de que «todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas», y todo ello en el marco del derecho a trabajar en condiciones que respeten la salud, la seguridad y la dignidad de los asalariados.

73. Las cuales han sido traspuestas al ordenamiento jurídico español a lo largo del año 2002, mediante el RD 285/2002, de 22 de marzo, por el que se añade el artículo 18.bis al RD 1561/1995, de

artículo 2 de la Directiva 89/391/CEE, del Consejo, de 12 de junio, y sin perjuicio de la operatividad ciertas excepciones que se mantienen⁷⁴.

La Directiva 2000/79/CE, de 27 de noviembre, sobre el tiempo de trabajo en la navegación aérea.

Pero, sobre todo, nos vamos a concentrar en la Directiva 2002/15, de 11 de marzo, sobre jornada de trabajo en el transporte por carretera. La vigente regulación comunitaria sobre esta materia presenta una ordenación más completa que la introducida por el Reglamento 3820/1985, de 20 de diciembre de 1985, que establece normas sobre el tiempo de conducción y de descanso de los conductores, sin contemplar otros aspectos del tiempo de trabajo de estos asalariados.

El objeto de la Directiva es la mejora de la seguridad vial, la garantía de la seguridad y la salud de los trabajadores móviles que desempeñan sus servicios en los transportes por carretera y la elusión de las distorsiones de la competencia, resultando patente, por ende, la relevancia que se da al *dumping* social en esta materia. Se trata de un sector en el que es vital evitar la fatiga del trabajador, pues en caso contrario se pueden poner en riesgo bienes jurídicos tan esenciales como la vida humana. Por ello, la Directiva reseñada exige que los trabajadores conozcan con precisión cuáles son los tiempos dedicados a actividades de transporte por carretera que se consideran tiempo de trabajo⁷⁵, y cuáles están excluidos y se consideran tiempo de pausa, de descanso o de disponibilidad, así como que se limiten los períodos largos de trabajo nocturno, por su peligrosidad para la salud del trabajador y la seguridad vial.

El ámbito de aplicación de la Directiva se reduce a los trabajadores por cuenta ajena, que prestan sus servicios a empresas de transportes cuyo domicilio social radica en un Estado miembro, aunque es digno de resaltar que se contemple la posible extensión de su aplicación a los trabajadores autónomos.

La Directiva se ocupa de delimitar diversos aspectos, como las distintas definiciones esenciales para su aplicación —el tiempo de trabajo, de disponibilidad, el lugar de trabajo, trabajador, trabajador autónomo, persona que realiza actividades móviles de transporte por carretera—, la duración del tiempo de trabajo semanal,

21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo y se introducen en el artículo 36.2 del Estatuto de los trabajadores diversas precisiones sobre el trabajo nocturno a bordo de los buques de la marina mercante y el RD 525/2002, de 14 de junio, sobre el control del cumplimiento del Acuerdo comunitario relativo a la ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar.

74. La modificación realizada tiene su germen en el Libro Blanco de la Comisión de 15 de julio de 1997, sobre «Sectores excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva relativa a la ordenación del tiempo de trabajo». Consecuentemente, ha desaparecido la exclusión prevista en el artículo 1.3 de la Directiva primitiva, según el cual estaban desprovistos de su protección los trabajadores móviles (transportes de pasajeros o mercancías por carretera, vía aérea o navegación interior), *off shore* (plataformas o buques), así como los médicos en período de formación, trabajadores ferroviarios, de telecomunicaciones, servicios de abastecimiento, puertos y aeropuertos.

75. STJCE SKLLS MOTOR COACHES, de 18 de enero de 2001, asunto 297/99.

las pausas, el tiempo de descanso, el trabajo nocturno y posibles excepciones. Asimismo, en línea con la ordenación del tiempo de trabajo de la gente en el mar, la Directiva prevé la articulación de sistemas para registrar el tiempo de trabajo de estos asalariados, los cuales deben ser conservados por los empresarios al menos durante dos años y para informar a los trabajadores móviles sobre las disposiciones vigentes sobre su tiempo de trabajo.

En cuanto a su trasposición, hemos de destacar que resulta manifiestamente insuficiente la regulación contenida en nuestro ordenamiento, lo que exige de la correspondiente adaptación.

7.- PREVENCIÓN DE RIESGOS

Después de la intensísima actuación comunitaria en materia de prevención de riesgos laborales, sobre todo a partir de la Directiva Marco de 1989, parece necesario efectuar una evaluación de la incidencia de dicha normativa en la realidad social, dado que a esas alturas se cuenta con un cierto bagaje aplicativo que permite valorar la actividad legislativa comunitaria y su incidencia en el ámbito nacional. De este modo, se inicia a nivel comunitario un camino más reflexivo que de producción normativa, como pone de manifiesto la menor actividad normativa que caracteriza este período y la aprobación de la nueva Estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo para el período del 2002-2006, fruto de la valoración de la normativa existente y del entorno del trabajo.

En efecto, sólo la materia relativa a higiene industrial ha ocupado la atención de la producción normativa a nivel comunitario en el período 2000 a 2002⁷⁶, aunque con alguna excepción en torno a técnicas de seguridad⁷⁷. Merecen especial

76. La Directiva 2000/39/CE, nacida en el marco de la Directiva 1998/24/CE, prevé una primera lista de valores límites de exposición en relación a 63 compuestos incluidos en el Anexo. La transposición por España de esta Directiva se efectuó por RD 374/2001, de 6 de abril (BOE 1.5.2001), fijando el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo valores límites de referencia para el año 2001-2002. Existe un Anteproyecto de Directiva de la Comisión por la que se establece una segunda lista de valores límite de exposición profesional indicativo. La Directiva 2000/54/CE, que codifica y sustituye a la Directiva 1990/679 CEE, sobre la protección de los trabajadores contra riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, y todas sus enmiendas (Directivas 1993/88/CEE, 1995/30/CE, 1997/59/CE y 1997/65/CE).

77. Así, la Directiva 2001/45/CE, que modifica por segunda vez la Directiva 89/655/CEE (equipos de trabajo), se ocupa de los trabajos en altura; esta Directiva ha sido traspuesta por el R.D. 614/2001, de 8 de junio (B.O.E. 21.6.2001), sobre disposiciones mínimas para la protección de la salud y seguridad de los trabajadores frente a riesgos eléctricos. Según las estadísticas facilitadas por la Comisión constituyen el 10 % de los accidentes de trabajo. Aproximadamente una de cada diez caídas tiene como consecuencia la invalidez permanente o la muerte de la víctima. *Vid.* Boletín Informativo de la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud 8/2001, pág.8.

atención las Directivas 2002/44/CE⁷⁸ y 2003/10/CE⁷⁹, al tratarse de Directivas específicas, concretamente, la decimosexta y la decimoséptima, respectivamente. La primera, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de los agentes físicos, en concreto, de las vibraciones mecánicas. La segunda, sobre exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de los agentes físicos (ruido). Se trata de una actuación normativa muy esperada por la ausencia de regulación comunitaria en un campo cuyos efectos son muy graves en la salud y en la seguridad de los trabajadores, en particular, en lo relativo a problemas osteomusculares, neurológicos y vasculares, así como a enfermedades y lesiones de tipo auditivo.

Pero el texto a destacar, sin lugar a dudas, es la Estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo, aprobada el 3 de junio de 2002 por Resolución del Consejo⁸⁰, por ser el nuevo Plan comunitario para el periodo 2002-2006. Tiene como objetivo principal alcanzar plenamente el bienestar en las empresas (físico, mental y social) para que el trabajo se desarrolle en un entorno sano y seguro; objetivo, por lo demás, plenamente identificable con el de los anteriores programas comunitarios. Sin embargo, esta continuidad en el objetivo no implica continuidad en la estrategia, pues dicho reto exige la modernización de la política y de las normas de la Unión Europea sobre seguridad y salud, así como un reforzamiento del control y de la vigilancia en su cumplimiento, permitiendo ello la consolidación de una cultura de prevención del riesgo en el trabajo.

El fundamento de este documento es potenciar la prevención en la empresa con dos objetivos: el primero, en atención al aspecto humano de la medida, garantizar la salud y seguridad de los trabajadores, como finalidad ya tradicional en la normativa comunitaria; el segundo, asegurar la competitividad de las empresas, objetivo incorporado al texto muy probablemente con el fin de incentivar al empresario a una mayor implicación en las medidas preventivas ante las consecuencias positivas que esta política conlleva, evitando los costes económicos que ocasionan las bajas laborales y la falta de calidad en el trabajo que éstas implican.

Lo más destacable, con miras a la actividad legislativa futura, es la invitación que el Consejo hace a la Comisión para que le sean presentadas iniciativas dirigidas a conseguir dichos objetivos. El nuevo Plan apunta como contenidos del nuevo Derecho comunitario en materia de seguridad y salud a los riesgos emergentes, por

78. El plazo para la transposición de esta norma es hasta el 6 de julio del 2005.

79. El plazo para la transposición de esta norma es hasta el 15 de febrero de 2006.

80. La Agenda Social Europea, adoptada por el Consejo Europeo de Niza, definió los ejes esenciales de una nueva estrategia comunitaria en materia de seguridad y salud. El Parlamento Europeo, en su Resolución sobre la Agenda Social Europea (A5-0291/2000), interesó de la Comisión la elaboración de dicha estrategia, y se formularon consultas previas por parte de este órgano tanto al Comité Económico y Social (SOC/065 de 11 de julio de 2001) como al Comité consultivo para la seguridad en el trabajo, que ocasionaron el texto de la Comisión de 11 de marzo de 2002 (COM [2002] 118 final).

ser el núcleo de los nuevos problemas de salud. Las enfermedades denominadas psicosociales, como el estrés, la depresión y la ansiedad, encuentran su origen en riesgos sociales que hasta ahora no habían alcanzado tal consideración. Es el caso de la violencia en el trabajo, el acoso y la intimidación, a los que hay que añadir los característicos de las nuevas formas de trabajo (organización, externalización, formas de empleo, informatización...), en los que se encuentran también el origen de otras enfermedades de este siglo. Sin olvidarnos de los nuevos riesgos asociados a agentes químicos, físicos y biológicos que ponen en un peligro constante la salud de los trabajadores y pueden dar lugar a nuevas enfermedades.

Pero también las enfermedades profesionales ya tradicionales, cuyo riesgos ya han sido objeto de atención por la normativa comunitaria, como las provocadas por el uso de sustancias peligrosas —el amianto⁸¹ y los trastornos musculoesqueléticos⁸², tienen que ser objeto de permanente adaptación a la evolución de los conocimientos científicos, el progreso técnico y el mundo del trabajo. Esto ha llevado a la Comisión, en su Comunicación de 11 de marzo de 2002⁸³, a anunciar nuevas acciones: ampliar el ámbito de aplicación de la Directiva sobre agentes carcinógenos; presentar una comunicación sobre trastornos musculoesqueléticos; proponer nuevas disposiciones legales o modificar las ya existentes en los ámbitos aún insuficientemente cubiertos, como en lo tocante a la ergonomía en el puesto de trabajo.

Pero el acierto en la regulación carecería de efectividad si no se articulan instrumentos que favorezcan el cumplimiento y control de su contenido. Por ello, otro eje de la intervención legislativa futura irá dirigido a la codificación de la normativa comunitaria existente⁸⁴ mediante la simplificación de la normativa específica, haciendo a su vez viable la emisión de un solo Informe específico sobre su aplicación y cumplimiento⁸⁵.

Pero la codificación no es el único instrumento previsto en la Estrategia comunitaria para alcanzar la aplicación efectiva y eficaz del Derecho comunitario. La

81. Existe una Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo, relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición del amianto, de 20 de junio de 2001. Viene a modificar la Directiva 1998/24/CE.

82. La normativa española ha integrado el R.D. 783/2001, de 6 de julio (B.O.E. 26-7-2001), por el que se aprobó el Reglamento sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes, y el RD 815/2001, de 13 de julio de 2001, que aprobó el Reglamento sobre otras exposiciones médicas.

83. El Anteproyecto de Nueva Recomendación de la Comisión Europea incorpora una Lista Europea de Enfermedades Profesionales.

84. COM(2002) 118 final.

85. Aunque ya ha habido un ejemplo reciente, como hemos tenido oportunidad de señalar, la Directiva 2000/54/CE.

86. La propuesta de Directiva de la Comisión al Consejo, de 8 de abril de 1999, relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados a agentes carcinógenos y mutágenos durante el trabajo (Directivas 1990/394/CEE, 1997/42/CE y 1999/38/CE).

articulación de la normativa específica de seguridad y salud con la no específica es un objetivo principal en la Estrategia, de forma que las demás políticas comunitarias integren aquellos aspectos de la seguridad y de la salud que afecten a las materias por ellas tratadas. Se trata de transmitir que la seguridad y salud no se puede tratar de una manera estanca y aislada, sino que las distintas políticas comunitarias tienen que potenciar las medidas de seguridad y salud como objetivo común, más allá del que ocupa la normativa específica de seguridad y salud. Así, concretamente, las políticas de empleo, de salud, medio ambiente, educación, transporte, investigación, protección civil, políticas comunes agrícola y pesca, y las relativas a la fabricación y comercialización de equipos de trabajo y productos químicos, etc.

Por último, otro instrumento que persigue el mismo objetivo de efectividad son las guías de aplicación de las Directivas, que elaborará la Comisión, en concertación con el Comité consultivo y los interlocutores sociales, con el fin de alcanzar una mayor sensibilización aplicativa de la normativa vigente.

8.- SEGURIDAD SOCIAL

8.1. Coordinación de las legislaciones nacionales

Los fines de coordinación y armonización de las legislaciones nacionales de Seguridad Social de los Estados miembros continúan marcando el iter del Derecho comunitario en esta materia. El Consejo recientemente aprobó los parámetros a los cuales debía ajustarse dicha reforma con el fin de garantizar la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión Europea, de modo que son los artículos 39 y 42 del TCE los que han de constituir el pilar sobre el que debe construirse una modernización del Reglamento de coordinación⁸⁶. Los parámetros generales requerirán una aplicación a todo el Reglamento de manera horizontal, a diferencia de los especiales que surgen para las distintas categorías de prestaciones.

Los parámetros generales establecen la necesidad de simplificar la materia en aras del interés del ciudadano y de las Administraciones. Las continuas reformas del Reglamento y su aplicación a la realidad han llegado a tal grado de complejidad que hace difícil su comprensión por el ciudadano y por la Administración o instituciones competentes. Se plantea la necesidad de simplificar el ámbito personal de aplicación en lo que a su determinación se refiere, buscando su ampliación a todos los nacionales de la Unión Europea y a los nacionales de terceros Estados. Igualmente ha de ocurrir con el ámbito material, que debe precisarse de manera exacta mediante una lista limitativa de las ramas incluidas, limitándose a

86. Conclusiones del Consejo sobre la adopción de parámetros para modernizar la coordinación de los Sistemas de Seguridad Social (Sesión nº 2392. Empleo y Política Social. Bruselas 3 de diciembre de 2001).

regímenes legales y en determinadas condiciones a regímenes convencionales. Se reafirma el principio de unicidad normativa para la determinación de la legislación material de Seguridad Social aplicable en cada caso, siendo para las personas en activo, la de aquel Estado en cuyo territorio ejerzan su actividad y para las personas que no estén en activo el Estado de su residencia. Por ello, se estima conveniente definir claramente las categorías de personas en activo y de personas inactivas para evitar dudas en la determinación de esa legislación aplicable. No obstante, no puede olvidarse la posibilidad de que los distintos Estados miembros celebren entre sí convenios siempre que se inspiren en los principios y en el espíritu del Reglamento, así como que se apliquen convenios preexistentes siempre que sus resultados sean más favorables para los interesados. Asimismo se conviene en afirmar el principio de exportación de prestaciones, abogando por suprimir las cláusulas de residencia, admitiendo únicamente la no exportación cuando las prestaciones estén estrechamente vinculadas al contexto social de un Estado miembro. Además, se establece la necesidad de confirmar el principio de asimilación, de modo que los hechos o acontecimientos que ocurran en el territorio de otro Estado miembro, deberían tener el mismo efecto jurídico que hechos o acontecimientos ocurridos en el territorio del Estado competente.

Los parámetros particulares consagran la necesidad de simplificar la regulación que de las diferentes prestaciones hace el Reglamento. Así debe ser respecto de las prestaciones por enfermedad, siendo necesario prever un sistema de reembolso de las prestaciones en especie entre instituciones; respecto de las prestaciones por invalidez, pensiones de vejez y supervivencia, accidentes laborales y enfermedades profesionales y subsidios de defunción; respecto de las prestaciones por desempleo, debiendo ampliarse a los trabajadores por cuenta propia existentes en determinados Estados miembros y respecto de las prestaciones familiares, las cuales se sugiere sean reguladas en un solo capítulo a diferencia de los dos hoy existentes. En todo caso, deberán adoptarse las disposiciones transitorias que se estimen pertinentes con el fin de garantizar los derechos más favorables adquiridos por las personas interesadas.

En otro orden de materias, debemos señalar que la actuación del TJCE continúa siendo esencial y fundamental en la materia. Actuación que podríamos englobar en dos grandes grupos: 1) la eliminación de aquellos obstáculos que desde esta materia puedan existir a la libre circulación de trabajadores; 2) la necesidad de interpretar los preceptos del Reglamento (CEE)1408/1971, a la luz de las legislaciones nacionales de los distintos Estados miembros.

En el primer bloque indicado podríamos citar varios pronunciamientos del TJCE en los que se trata de eliminar los obstáculos que aún siguen existiendo a la libre circulación de ciudadanos de la Unión desde los requisitos que se establecen en algunos Estados miembros para generar derecho a ciertas prestaciones. El requisito de residencia es uno de los que motiva mayor número de pronuncia-

mientos del TJCE a este respecto. El TJCE reitera que el requisito de residencia como exigencia para generar derecho a ciertas prestaciones es uno de los obstáculos más evidentes a la consecución de esta libertad⁸⁷.

En el segundo bloque de pronunciamientos, en primer lugar el ámbito de aplicación del Reglamento 1408/1971 sigue planteando problemas, ya que la sucesiva incorporación de Estados miembros a la Unión Europea, unida a las características propias de la Seguridad Social, hace difícil determinar si procede o no dicha aplicación⁸⁸. En segundo lugar, la determinación de la legislación aplicable es otra de las cuestiones que siguen motivando la actuación del TJCE⁸⁹. En tercer

87. En este sentido, STJCE de 5-2-2002, C-255/99, A. HUMER, en la que se establece que supeditar la concesión o cuantía de prestaciones familiares al requisito de residencia de los miembros de la familia del trabajador en el Estado miembro que las otorga, no hace sino disuadir al trabajador comunitario de ejercer su derecho a la libre circulación. En sentido similar STJCE de 5-2-2002, C-277/99, A. KASKE, en el que se considera un obstáculo a la libre circulación el favorecer para el otorgamiento de una prestación por desempleo a aquel sujeto que haya residido un determinado número de años en el Estado de que se trate (Alemania en este caso), frente a otro sujeto que no cumple dicho período de residencia. Igualmente la STJCE de 20-6-2002, C-299/01 A. Comisión Contra Luxemburgo, en la que se establece dicha obstaculización al exigir un período previo de residencia en el territorio de un Estado miembro (Luxemburgo) para la concesión por dicho Estado de una prestación de ingresos mínimos garantizados. Sin embargo, no siempre la exigencia de un período de residencia en el territorio de un Estado miembro para generar derecho a ciertas prestaciones se debe interpretar como un obstáculo a la libre circulación de trabajadores, ya que el propio Reglamento (CEE) 1408/1971 lo permite en determinados supuestos, como son los subsidios especiales por natalidad o adopción excluidos del concepto de prestaciones familiares del artículo 1 u) i) en relación al anexo II, en este sentido STJCE de 31-5-2001, C-43/99 A. LECLERE Y DEACONESCU.

88. STJCE 18-4-2002, C-290/00, A. DUCHON, no deja opción a duda sobre la inclusión en este ámbito de aplicación de la situación de aquella persona, nacional de un Estado miembro, que antes de la adhesión de tal Estado a la UE, desarrolló una actividad laboral por cuenta ajena en el territorio de otro Estado miembro en el que sufrió un accidente de trabajo, y que tras la adhesión de su Estado de origen a la UE solicita a las autoridades de dicho Estado una pensión por incapacidad laboral a raíz de dicho accidente.

89. Concretamente, se mantiene la aplicabilidad de convenios bilaterales entre Estados miembros anteriores a la entrada en vigor del Reglamento (CEE) 1408/1971, en el que se recojan condiciones más favorables para los nacionales de tales Estados (siguiendo la jurisprudencia sentada en la STJCE de 7-2-1991, A. RÖNFELDT). Así la STJCE de 5-2-2002, C-277/99, A. KASKE en el que se señala que será de aplicación un convenio bilateral que normalmente habría sido sustituido por dicho Reglamento, aun cuando el trabajador haya ejercitado su derecho a la libre circulación antes de la entrada en vigor del mismo y antes de que el Tratado de la CE fuera aplicable en su Estado miembro de origen. La inaplicabilidad de ese convenio como consecuencia de la entrada en vigor del Reglamento, si se tradujera en pérdida de ventajas de Seguridad Social para el trabajador, supondría una vulneración de la libre circulación de trabajadores consagrada en los artículos 39 y 42 del TCE. En sentido similar, la STJCE de 24-9-2002, C-471/99, A. MARTÍNEZ DOMÍNGUEZ, establece que la institución competente de un Estado miembro distinto del de residencia puede estar obligada a conceder ciertas prestaciones en virtud de un convenio de Seguridad Social celebrado entre los dos Estados miembros afectados y que formaba parte de sus normativas nacionales antes de la entrada en vigor del Reglamento, cuando los interesados han adquirido un derecho al mantenimiento de la aplicación de dicho convenio después de tal entrada en vigor.

lugar, las diferentes prestaciones también han motivado la actuación del Tribunal en diversos aspectos⁹⁰.

8.2. La jurisprudencia relativa a la armonización de las legislaciones

En esta materia no se ha verificado reforma normativa digna de mención. Por ello, nos vamos a limitar a resaltar las novedades de este último período derivadas de la labor interpretativa del Tribunal de Justicia acerca de las Directivas sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes legales y en los profesionales de Seguridad Social.

El TJCE entiende que no es identificable con una pensión de vejez en el sentido a una prestación como la pensión de jubilación anticipada por invalidez (del sistema austriaco), cuya concesión está supeditada a un requisito de edad diferente para hombres y mujeres, que se limita a las personas que no están en condiciones de desempeñar una actividad profesional por razones tales como una enfermedad, una dolencia o debilitamiento de sus capacidades físicas o mentales, ni tampoco la prestación cuestionada, al supeditarse a un requisito de diferente edad conforme al sexo, puede ser considerada como una consecuencia derivada de la edad de jubilación establecida para tener derecho a una pensión de vejez. En el asunto concreto, la concesión de la pensión de jubilación por invalidez controvertida trataba de justificarse por razones presupuestarias, a lo que el TJCE opone que las mismas no constituyen por sí solas un objetivo perseguido por la política social y, por tanto, no pueden justificar una decisión en detrimento de uno de los sexos⁹¹.

Por otra parte, la jurisprudencia reciente⁹² insiste en que el criterio del empleo es el determinante para calificar un régimen de pensiones: si la pensión se abona al trabajador por razón de la relación de trabajo que le vinculaba a su empresario, la misma constituye un pago diferido, una forma de salario, que entra en el campo de aplicación del principio de igualdad de trato. A pesar de reconocer que es determinante, el TJCE matiza que no es el criterio exclusivo, puesto que algunas pensiones abonadas en el marco de regímenes legales de Seguridad Social pueden tener en cuenta, total o parcialmente, la retribución de la actividad⁹³. Igualmente,

90. STJCE de 15-1-2002, C-55/00, A. GOTTARDO; STJCE de 18-4-2002, C-290/00, A. DUCHON; STJCE de 21-2-2002, C-215/00, A. RYDERGARD; STJCE de 15-3-2001, C-85/99, A. OFFERMANS y STJCE de 5-2-2002, C-255/99, A. HUMER; STJCE de 20-3-2001, C-33/99, A. FAHMI Y ESMORIS CERDEIRO- PINEDO; STJCE de 3-10-2002, C-347/00, A. BARREIRA PÉREZ.

91. STJCE de 23 mayo 2000, C-104/98, A. BUCHNER.

92. SSTJCE de 25 mayo 2000, C-50/99, A. PODESTA; de 13 diciembre 2001, C-206/00, A. MOUFLIN; STJCE de 29 noviembre 2001, C-366/99, A. GRIESMAR.

93. A raíz de estas consideraciones, un régimen de jubilación de funcionarios (francés) establecido legalmente que afecta a una categoría particular de trabajadores, que para calcular la cuantía de la pensión tiene en cuenta el grado, la duración y la naturaleza de los servicios prestados, así como el último

se considera discriminatorio por razón de sexo supeditar el acceso a una pensión de supervivencia de este tipo de regímenes a la edad de jubilación de sus cónyuges, que en algunos Estados miembros es diferente para hombres y mujeres.

suelo del funcionario, estaría afectado por el artículo 141 TCE, de modo que si la norma nacional establece que a los años de servicio prestados se añade una bonificación por cada hijo «a favor de las funcionarias» sería una discriminación (directa) por razón de sexo contraria al citado precepto. No altera esa calificación el hecho de que ese régimen de jubilación no garantice la cuantía de sus prestaciones a través de un fondo de pensiones, sino que deriva directamente de la Ley de presupuestos generales anual, es decir, la forma de financiación y de gestión del régimen de pensiones no es decisiva para excluir éste del ámbito de aplicación del artículo 141 TCE (Asunto GRIESMAR, citado).