

O diálogo social europeo tras o
Tratado de Lisboa: algúns cabos soltos

*European social dialogue after the Treaty of Lisbon:
some loose ends*



JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO

Profesor contratado doutor de Dereito do Traballo e da Seguridade Social,
Universidade de Santiago de Compostela

Resumo

A entrada en vigor do Tratado de Lisboa non resolveu de ningún modo os problemas detectados no funcionamento do diálogo social europeo. Pola contra, continúan a existir algunhas deficiencias e os remedios propostos teñen unha entidade de pouca relevancia.

Palabras chave: Tratado de Lisboa, diálogo social, axentes sociais europeos.

Abstract

The coming into effect of the Treaty of Lisbon has not solved the main problems detected in the function of European social dialogue. Quite the opposite, it has perpetuated several flaws and the new remedies have a doubtful importance.

Keywords: *Treaty of Lisbon, social dialogue, European social actors.*

1. O longo camiño de consolidación do diálogo social

A Unión Europea foi ocupándose de maneira progresiva da dimensión colectiva das relacións laborais, isto é, do que habitualmente se coñece como dereito colectivo do traballo¹. A cuestión ten grande importancia nun momento en que se intenta suprimir un dos lastres tradicionalmente apostos ás Comunidades, o déficit democrático, mediante a potenciación de intervencións que acheguen a armazón comunitaria á cidadanía europea e á sociedade².

Ao achegarse a este terreo, adóitase utilizar unha terminoloxía singular. A máis frecuente é «diálogo social e participación dos traballadores» como categoría básica, nun probable intento de se distanciar das figuras nacionais para configurar unha noción propia. Ao incluír no artigo 136 do TCE, con motivo do Tratado de Amsterdam, o xa previsto no Protocolo de Maastricht sobre o diálogo social como un dos obxectivos da Comunidade e os estados³, a Comunidade deu simbolicamente o gran paso para a xuridificación e a institucionalización plena da participación dos axentes sociais na vida comunitaria, tras un longo proceso de evolución⁴.

¹ Non sempre co mesmo contido: BLANPAIN, R. e JAVILLIER, J.-C. (1991) *Droit du travail communautaire*. París, LGDJ; ROCCELLA, M. e TREU, T. (1992) *Diritto del Lavoro della Comunità Europea*. Padua, Cedam; BERCUSSON, B. (1996) *European Labour Law*. Londres, Butterworths; BIRK, R. (2000) «Grundlagen des Europäischen Arbeitsrechts» en Richardi, R. e Wlotzke, O. (eds.) *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*. Múnic, Verlag C. H. Beck; CRUZ VILLALÓN, J. e PÉREZ DEL RÍO, T. (coords.) (2000) *Una aproximación al derecho social comunitario*. Madrid, Tecnos.

² Neste sentido, véxase o *Libro Blanco sobre la gobernanza europea*, COM (2001) 428 final de 25 de xullo de 2001: «A sociedade civil desempeña un importante papel ao lle permitir á cidadanía expresar as súas preocupacións e prestar servizos que respondan ás necesidades da poboación. As organizacións que a integran mobilizan os cidadáns e prestan o seu apoio, por exemplo, ás persoas vítimas de exclusións ou discriminacións (...). A sociedade civil agrupa, en particular, as organizacións sindicais e patronais (os «interlocutores sociais»)). As mencións á corregulación neste documento inciden con énfase no papel dos interlocutores sociais.

³ Cfr. AGUILAR GONZÁLEZ, M. C. (2006) *La negociación colectiva en el sistema normativo comunitario*. Valladolid, Lex Nova, 75: «O seu enfoque como obxectivo do dereito comunitario e dos dereitos nacionais derívase da grande importancia que se lle recoñece na construción dun espazo social comunitario, sobre todo desde que existe a dupla dimensión do principio de subsidiariedade e se defende a participación dos interlocutores sociais na elaboración das normas». Tamén APARICIO TOVAR, J. (1994) «¿Ha incluido el Tratado de Maastricht a la negociación colectiva entre las fuentes del Derecho comunitario?» *Revista Española de Derecho del Trabajo* LXVIII, 927-928: «Mais se é un obxectivo en si mesmo, debe ser porque teña, ou se lle atribúa, algún valor implícito, sen o cal dialogar por dialogar sería perda de tempo e esforzos. En efecto, ese valor implícito é o consenso social que se supón pode producir, o cal, segundo se declara na Carta de dereitos sociais fundamentais contribúe a reforzar a competitividade das empresas e de toda a economía».

⁴ Véxase AGUILAR GONZÁLEZ, M. C. (2006) *op. cit.*, 82 e ss., para unha exposición pormenorizada desta evolución.

O diálogo social, unha expresión que ten orixe comunitaria⁵, transcendeu os seus límites orixinarios e estendeuse polos diversos ordenamentos nacionais, malia ser unha noción incerta e difusa⁶. Intentouse caracterizala de moi diversos xeitos, tratando de transportar esquemas nacionais ao ámbito europeo e buscando o encaixe desta figura nos moldes xa coñecidos. Con todo, tales intentos están condenados ao fracaso, posto que este diálogo social non é só unha expresión nova, senón que tamén debe ser entendido como unha institución nova. Ha de entenderse como o modo comunitario, hoxe da Unión Europea, de avanzar na construción institucionalizada dun sistema transnacional de relacións laborais. É parte da dimensión colectiva do mercado interior de emprego que se pretende configurar⁷, mais tamén unha ferramenta de harmonización das lexislacións nacionais.

Mirando cara a atrás, é preciso fixar a vista na Acta única europea, que introduciu, seguindo unha proposta francesa⁸, unha importante modificación no articulado do entón Tratado da Comunidade Económica Europea, o artigo 118 B do TCEE. Este abriu o camiño para unha intervención máis fonda e institucionalizada dos axentes sociais no procedemento lexislativo comunitario⁹. Seguindo este precepto, a Comisión debería desenvolver o diálogo entre as partes sociais, o que podería dar lugar ao

⁵ Véxase GARCÍA MURCIA, J. (1999) «El diálogo social: modalidades, proyecciones jurídicas y líneas de desarrollo» en Moreira, A. (coord.) *X Jornadas Luso-Hispano-Brasileiras de Direito do Trabalho*. Coímbra, Almedina, 126-7. Tamén ROCCELLA, M. e TREU, T. (1992) *op. cit.*, 344 e ss. sinalan Val Duchesse como orixe da expresión «diálogo social».

⁶ Cfr. BERCUSSON, B. (1996) *op. cit.*, 73: «The concept of social dialogue incorporates a principle critical in the EC context. It stipulates a relationship between collective bargaining and law which assumes a multiplicity of forms within Member States and is extremely flexible in its application within the context of Community social policy. Social dialogue does not simply equate with collective bargaining. It implies a flexible relationship between social dialogue at all levels and Community and national institutions».

⁷ Cfr. APARICIO TOVAR, J. (1994) *op. cit.*, 917: «A libre circulación de traballadores no Mercado Único Europeo tería que traer como consecuencia, entre outras moitas cousas, o recoñecemento nese ámbito da autonomía colectiva das partes sociais que dese lugar a un frondoso desenvolvemento da contratación colectiva. Un razoamento deste tipo non podería ser acusado de irracional ou carente de lóxica».

⁸ Cfr. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (1994) *El derecho social comunitario en el Tratado de la Unión Europea*. Madrid, Civitas, 55-56: «Os termos desta eran, en síntese, os seguintes: todo convenio colectivo subscrito, cando menos, polos sindicatos e asociacións empresariais de tres estados membros, podería devir obrigatorio para o conxunto da Comunidade, de así o acordar o Consello, por maioría cualificada por proposta da Comisión. O debate sobre esta proposta francesa, que levantou enormes suspicacias, concluíu coa adopción do vixente artigo 118 B, de alcance moito máis modesto, en liña co suxerido polo Informe Dooge».

⁹ Véxase, descontento, MONEREO PÉREZ, J. L. (1989) «La participación de los agentes sociales en la construcción de la Comunidad Europea y el diálogo social» AL II, 378.

establecemento de relacións baseadas en acordos. Nada se dicía sobre a eficacia ou sobre o alcance deste tipo de acordos, mais a base quedaba sentada. Este diálogo xa tiña lugar de xeito informal na época, principalmente desde os encontros de Val Duchesse de 1985¹⁰.

O gran fito neste camiño foi a inclusión no Acordo de Maastricht dos artigos 3 e 4, en que se contemplaba, con maior detalle, a participación dos axentes sociais na elaboración de actos lexislativos¹¹. Os devanditos preceptos eran froito do acordo suscrito o 31 de outubro de 1991 pola Confederación Europea de Sindicatos (CES), a Union of Industrial and Employers' Confederations of Europe (UNICE) e o *European Centre of Employers and Enterprises providing Public Services* (CEEP), onde se plasmaron como propostas de reforma dos artigos 118 A e 118 B do TCE. Eran, por tanto, un compromiso sobre o compromiso, un acordo sobre o establecemento de acordos¹². Con esta modificación desencadeouse unha efervescencia doutrinal sen parangón,

¹⁰ Cfr. as notas de C. PHILIP, e S. ALBERT a este artigo en CONSTANTINESCO, V. (dir.) (1992) *Comentario del TCE*. Paris, Economica, 681: «[I] intègre dans le Traité le dialogue existant déjà dans le cadre du Comité permanent d'emploi (...) mais aussi dans le cadre des réunions informelles que sont les comités paritaires dans certains branches d'activité. Il consacre l'approfondissement du dialogue social». Unha valoración pode verse en MOLINA GARCÍA, M. (2002) *La negociación colectiva europea*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 24: «Non pode deixarse de recoñecer que os encontros de Val Duchesse foron a expresión máis clara do nivel interconfederal do diálogo social ao se lles atribuír o mérito de levar o fenómeno sindical ao centro do debate comunitario e de formalizar as consultas sociais».

¹¹ Cfr. VALDÉS DAL-RE, F. (1997) «La contratación colectiva europea: más que un proyecto y menos que una realidad consolidada» *Relaciones Laborales* II, 64: «De se me permitir o recurso a unha evocación literaria e a súa libre utilización, a contratación colectiva antes de Maastricht semellábase a eses familiares personaxes pirandellianos. Mais, a diferenza deles, non só buscaba un autor; atopábase nunha fase previa. Os suxeitos que non se encontraban e aos cales se perseguía eran, cando menos, os tres seguintes: un produtor, que arriscase investir na promoción da negociación colectiva como método de regulación das relacións laborais; un guionista, que procedese a dotar a contratación colectiva dunhas mínimas atribucións na construción da Europa social; e un director, que deseñase os escenarios de intervención da contratación colectiva e organizase e coordinase as súas atribucións no marco do complexo sistema normativo».

¹² Cfr. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (1994) *op. cit.*, 127: «Esta orixe convencional dos artigos 2.4, 3 e 4 do Acordo constitúe unha singularidade política e xurídica de primeira orden. O Acordo é, en efecto, o primeiro exemplo no ámbito comunitario de lexislación negociada e o primeiro texto en que as partes sociais europeas afirman a posibilidade de que as súas relacións conclúan coa sinatura de acordos. A manifestación máis elocuente da vontade dos interlocutores sociais de ver reforzado o seu papel institucional e dar carta de natureza a acordos chamados a se integraren entre as fontes do dereito comunitario, era pórse de acordo sobre o rol, os procedementos e prerrogativas que querían para si, e así o fixeron».

que se traduciu despois en desilusión ao comprobar os magros resultados da súa posta en práctica¹³.

O Tratado de Amsterdam supuxo a incorporación destes contidos ao corpo do Tratado da Comunidade Europea¹⁴ e, xa que logo, á normalización do sistema¹⁵. Os artigos 137.1, 137.3, 138 e 139 do TCE recolleron o establecido no Acordo de Maastricht. Alén disto, os dous últimos absorberon no proceso o antigo artigo 118 B do TCE en Amsterdam. No terreo do simbólico, o artigo 136 do TCE incluíu o diálogo social entre os obxectivos dos estados e da Comunidade, lexitimando de forma considerable a presenza do colectivo no ordenamento comunitario. O Tratado de Niza, en contraste, non tivo maior impacto que a simple reenumeración das bases xurídicas.

Non se debe pasar por alto, ademais, o engarzamento do diálogo social coas novas ideas sobre a gobernación europea. Os diversos documentos sobre esta cuestión que se elaboraron na primeira década do século XXI, desde a comunicación da Comisión *Hacer la nueva Europa. Objetivos estratégicos 2000-2005*¹⁶, as conclusións do Consello Europeo de Lisboa e a comunicación da Comisión *Codificación del acervo comunitario*¹⁷, apostaron por unha simplificación da normativa comunitaria, mediante a derogación de normas obsoletas, a codificación, a elaboración de textos refundidos e o cambio nas formulacións reguladoras.

Nesa última vía de simplificación considerada pola Comisión únense as disonantes opcións dun maior uso do regulamento («a substitución de directivas por regulamentos pode constituír unha simplificación, posto que os regulamentos permiten unha aplicación inmediata, garanten que todos os axentes estean suxeitos simultaneamente ás

¹³ Por todos, véxase APARICIO TOVAR, J. (1994) *op. cit.*, 917: «Os feitos, porén, amosan que a negociación colectiva europea, até agora, foi máis un fenómeno de hipóteses académicas, en certos momentos anticipativas e ilusorias, que de realizacións prácticas. Pobreza de resultados que en importante medida foi debida ás reticencias dos estados a aceptaren o convenio colectivo supranacional como norma».

¹⁴ Cfr. MOLINA GARCÍA, M. (2002) *op. cit.*, 41: «Determina que sexa posible enxergar a conformación dun dereito social europeo autónomo do dereito da competencia, colocado no centro da acción comunitaria».

¹⁵ Cfr. AGUILAR GONZÁLEZ, M. C. (2006) *op. cit.*, 51: «Vai na liña de non só consentir senón mesmo pular que os avances na política social vaian da man do diálogo social, primándoo fronte ás actuacións das institucións comunitarias (...). No entanto, a cualificación que mereceu o Tratado de Amsterdam foi negativa. No que ten a ver co noso obxecto de estudo, non fai máis que integrar no articulado do TCE o que regulaba o APS, sen un desenvolvemento nin unha previsión deste que supere os primeiros problemas que se veñen esbozando desde 1993».

¹⁶ COM (2000) 154 final de 9 de febreiro de 2000.

¹⁷ COM (2001) 645 final de 21 de novembro de 2001.

mesmas disposicións e centran a atención no cumprimento concreto das normas da UE») e do recurso á corregulación («permite pór en práctica os obxectivos definidos polo lexislador mediante medidas aplicadas por partes activas e recoñecidas no ámbito en cuestión¹⁸»). Esta última, en materia social, non é senón a nova vestimenta do diálogo social que malia a súa escasa utilización é traída a colación como remedio de futuro¹⁹.

2. O diálogo social no Tratado de Lisboa

O Tratado de Lisboa supuxo unha ocasión perdida para aclarar o panorama técnico do funcionamento do diálogo social. En lugar de penetrar nos problemas sinalados pola doutrina e os seus propios protagonistas, a reforma dos textos orixinarios optou pola temperada introdución de proclamacións simbólicas. Quizais iso non é máis que o reflexo do dito ignaciano de non facer reformas en tempo de tribulacións, aceptando que Lisboa non foi máis que un compromiso de mínimos para evitar un fracaso similar ao da Constitución europea.

A altisonante trompatería tradúcese na incorporación dun novo artigo 152 do TFUE, onde se establece que a Unión recoñecerá e promoverá o papel dos interlocutores sociais no seu ámbito, tendo en conta a diversidade dos sistemas. O establecemento dun precepto singular que proclama a importancia do diálogo social, sinalado como fin da política social da Unión no artigo 151 do TFUE, resalta a súa consideración central no modelo europeo, en liña co comentado anteriormente sobre outras simbólicas declaracións.

Ora ben, recoñecendo a súa importancia formal, o precepto merece ser obxecto de varias críticas. En primeiro lugar, a súa colocación non é afortunada. Debeu situarse xunto aos artigos que regulan a efectiva participación dos interlocutores sociais no

¹⁸ COMISIÓN EUROPEA (2003) *Informe de la Comisión sobre la gobernanza europea*. Luxemburgo, Oficina de Publicacións Oficiais das Comunidades Europeas.

¹⁹ En contra, cfr. BRANCH, A. (2005) «The evolution of the European Social Dialogue Towards Greater Autonomy: Challenges and Potential Benefits» *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* XXI, 323: «It is clear from a European Parliament report on the Interinstitutional agreement on better law-making that it was not intended to address the social dialogue. The purpose of the IIA was instead to address areas of co- and self-regulation in other areas, where the European Parliament had concerns about democracy and the infringement of its role. At the European level the social dialogue appears therefore to be a new form of governance in a category of its own».

procedemento lexislativo comunitario. Un capítulo II dentro do título X, que recollese os artigos 152, 154 e 155 do TFUE, obedecería a unha sistemática moito máis racional. Canto ao seu contido, en certa medida repite o afirmado no artigo 154 do TFUE, con mínimas variacións de redacción. Por enriba, non pode sosterse que teña auténtica relevancia a indicación ao cumio social tripartito, que non aparece definido de ningún xeito no Tratado, para que contribúa ao diálogo social.

A esta modificación debe engadirse na análise o mantemento dunha práctica desviada do texto do Tratado. O artigo 155 do TFUE segue a manter que os acordos dos interlocutores sociais poderán ser aplicados a través dunha decisión do Consello. Insistindo nesta cuestión, engádese un inciso ao primeiro parágrafo da epígrafe 3 do artigo 153 do TFUE (artigo 137.3 do TCE), onde se lembra que os interlocutores sociais nacionais poden aplicar, a semellanza de calquera directiva, as decisións do Consello adoptadas de conformidade co artigo 155 do TFUE. Aínda que a redacción do artigo 155 do TFUE se refira a unha «decisión do Consello», dando a aparencia de que o acto típico do artigo 288 do TFUE é o procedente²⁰, esta interpretación foi desmentida pola realidade, ao encaixar coa versión alemá do texto, que contén o termo *beschluss* e non *entscheidung*, que é o empregado na enumeración dos actos típicos. Todos os acordos dotados desta clase de eficacia foron incorporados como anexos a directivas do Consello, o que esmagou con rotunda uniformidade as dúbidas doutrinarias.

Os redactores do proxecto de Constitución europea foran conscientes deste desaxuste e o texto do artigo III-212 contemplaba a adopción de regulamentos ou decisións europeas, mediando informe ao Parlamento Europeo, aínda que esta solución non poría fin aos problemas detectados²¹. Os redactores do Tratado de Lisboa optaron, en troques, por pasaren por alto a anomalía e manteren, sostendo e non emendando, que a decisión do Consello é o eixe da aplicación heterónoma dos acordos dos interlocutores sociais comunitarios. A única explicación razoable para esta obstinación é que o Consello decida alterar a súa práctica no futuro e iniciar a incorporación destes acordos a través destes instrumentos. O tempo dará, pois, a resposta a este interrogante.

²⁰ Na doutrina española, pioneiro e extensamente, OJEDA AVILÉS, A. (1993) «Los euroacuerdos reforzados y la naturaleza de la decisión del Consejo» *Revista Española de Derecho del Trabajo* LXII.

²¹ Sobre esta previsión, véxase AGUILAR GONZÁLEZ, M. C. (2006) *op. cit.*, 232 e ss.

3. O gran cabo solto: a determinación dos protagonistas

Unha parte considerable dos debates a que deu lugar o diálogo social desde o inicio da súa posta en práctica centrouse na intervención dos axentes sociais. Apuntouse que este procedemento non é unha mostra do poder normativo dos interlocutores sociais, senón que é máis ben unha manifestación de concertación social²² que insire un momento negocial na iniciativa pública comunitaria²³, o cal se situaría na liña neocorporativista que algúns detectaron na actual configuración comunitaria²⁴ ou que sería unha sorte de lexislación delegada²⁵, entre outras moitas opinións. Certamente, os interlocutores sociais non teñen formalmente o papel de creadores do dereito, posto que é o acto do Consello o que lles dá vigor ás súas decisións, mais si o teñen materialmente²⁶. É o seu acordo o que é incorporado, na súa totalidade, como texto propiamente eficaz, posto que as estipulacións da directiva correspondente son cláusulas técnicas sobre a entrada en vigor, o prazo de transposición etc.

Unha cuestión moi relevante, por tanto, é a determinación dos interlocutores sociais que poden exercitar estas facultades. O silencio do Tratado neste punto foi interpretado como un recoñecemento implícito da capacidade negocial daqueles que foran até o momento os protagonistas do diálogo social²⁷. A Comisión, mediante varias comunicacións, tanto sobre a aplicación do Protocolo sobre política social²⁸ como propia-

²² Cfr. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (2007) «Aporías de la negociación colectiva europea» *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* LXVIII, 238: «Quizais as que no seu día identificamos como carencias non sexan senón elementos dun modelo institucionalizado de concertación social en que á negociación colectiva non se lle asigna outro papel que o que for capaz de gañarse».

²³ Véxase AGUILAR GONZÁLVIZ, M. C. (2000) «La negociación colectiva comunitaria», en Cruz Villalón, J. e Pérez del Río, T. (coords.) *op. cit.*, 174.

²⁴ Véxase SCIARRA, S. (1996) «Collective Agreements in the Hierarchy of European Community Sources» en Davies, P. (ed.) *European Community Labour Law. Principles and Perspectives. Liber Amicorum Lord Wedderburn*. Oxford, Clarendon Press, 196 e ss. Tamén ALONSO OLEA, M. (1994) *Introducción al Derecho del Trabajo*. Madrid, Civitas, 358.

²⁵ Véxase RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (1998) «El proceso legislativo comunitario y el Derecho Social Europeo» *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* XII, 42.

²⁶ *Ibidem*, 42: «É igualmente indubidable que se trata de normas que regulan materias de grande importancia desde un punto de vista laboral (...). E, sobre todo, trátase nalgúns casos (...) de materias en que a Comunidade estivera intentando actuar desde había moito tempo, de tal modo que a actuación dos interlocutores sociais se presenta como a vía a través da cal se logrou romper o *impasse* que fixera imposible a aprobación por algunha das vías ordinarias do Tratado».

²⁷ Véxase. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (1994) *op. cit.*, 138.

²⁸ COM (93) 600 final de 14 de decembro de 1993.

mente sobre o desenvolvemento do diálogo social a escala comunitaria²⁹, cubriu esa lagoa mediante a elaboración de listaxes en que se inclúen os interlocutores sociais que gozan de suficiente «representatividade acumulada». Nelas empréganse diferentes categorías como son as de «organizacións interprofesionais de carácter xeral», «organizacións interprofesionais que representan determinadas categorías de traballadores ou de empresas» ou tamén «organizacións sectoriais que non están afiliadas ao plan interprofesional». Malia non se facer mención específica diso, é de supor que a base xurídica para esta selección é a referencia do artigo 154 do TFUE ao deber da Comisión de «fomentar a consulta aos interlocutores sociais no ámbito comunitario e adoptar todas as disposicións necesarias para facilitar o seu diálogo, velando por que ambas as partes reciban un apoio equilibrado».

Nin o sistema nin os resultados foron do agrado xeral³⁰, e xa desde os primeiros momentos se emitiron queixas, tanto pola doutrina³¹ ou os propios interlocutores sociais como polo Parlamento Europeo, que incidiu na libre afiliación dos membros destes entes e na necesidade dun mandato específico para tomar parte no diálogo social europeo. A cuestión da representatividade resultou ser tan polémica que foi posta en cuestión ante o Tribunal de Primeira Instancia³², e transformouse nun problema de lexitimidade máis do que nun simple incidente negocial³³. A European Association of Craft, Small and Medium-Sized Enterprises (UEAPME), apoiada por outras organizacións representativas, impugnou a Directiva 96/34/CE por moi diversos motivos, entre os cales salientaban a infracción dos artigos oportunos do Protocolo social e tamén a dos principios de subsidiariedade e proporcionalidade, que unha vez máis

²⁹ Entre outras, COM (96) 448 final de 18 de setembro de 1996 e COM (98) 322 final de 20 de maio de 1998.

³⁰ Buscando os aspectos positivos, GORELLI HERNÁNDEZ, J. (2000) «El diálogo social en la Unión Europea: incidencia en el sistema de fuentes del derecho» *Temas Laborales* LV, 57: «Cómpre recoñecer o oportuno da devandita delimitación, sobre todo tendo en conta as importantes diferenzas que poden darse entre os distintos países membros a respecto da regulación da representatividade dos actos sociais».

³¹ Cfr. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (1994) *op. cit.*, 139: «Desde o punto de vista xurídico, fundar a lexitimación para negociar nunha presunción que se quere implícita na lei é fundamento pobre onde os houber».

³² Sentenza do Tribunal de Primeira Instancia de 17 de xuño de 1998, asunto T-135/96, UEAPME/ Consello, rec. 1998, p. II-2335. Foi recorrida en casación, aínda que a UEAPME desistiu posteriormente do seu recurso.

³³ Neste sentido, véxase BERCUSSON, B. (1999) «Democratic legitimacy and European Labour Law» *Industrial Law Journal* XXVIII, 153 e ss: «The UEAPME decision concerns a choice between competing legal conceptualizations of the EU social dialogue (...). The route followed by the CFI needs to be carefully plotted. In sum, there were three essential elements: the legitimacy of social dialogue agreements, the representativity of the parties to them, and the control by EU institutions of the social dialogue process».

aparecían unidos ante o Tribunal. Consideraba a demandante que a representación empresarial, no sector da pequena e mediana empresa, era insuficiente por parte da UNICE e o CEEP, e que ela estaba moito máis cualificada para tal función.

O órgano xudicial puxo de manifesto que non todos os suxeitos consultados nos primeiros pasos do procedemento teñen un dereito a participaren nas negociacións que levan a termo efectivo o Acordo: «Os interlocutores sociais afectados pola devandita fase de negociación son, en consecuencia, aqueles que manifesten mutuamente a súa vontade de iniciar o proceso previsto no artigo 4 do Acordo e de concluílo». Aínda que as reclamacións da demandante foron desestimadas, o Tribunal afirmou, case como *obiter dicta*, que era imprescindible comprobar a «representatividade acumulada suficiente³⁴» dos interlocutores negociantes, posto que podía producirse unha infracción do principio democrático, base do ordenamento comunitario, e que aquí se encarnaba, substituíndo o Parlamento Europeo, nas partes negociadoras.

Esta comprobación constitúe unha das tarefas máis importante da Comisión e do Consello unha vez que se iniciou o procedemento³⁵. A proba, sobre a cal vira a discutida representación suficiente, baséase tanto en criterios cuantitativos (número de afiliados) como cualitativos (efectiva defensa de intereses dos sectores disputados). O seu obxectivo é, ao fin e ao cabo, impedir o bloqueo das negociacións por un exceso de suxeitos implicados, de aí a flexibilidade con que pode ser xestionada. Desgraciadamente, o Tribunal de Primeira Instancia non se pronunciou nesta sentenza sobre o motivo de infracción do principio de subsidiariedade, o cal sería realmente enriquecedor para aclarar os nebulosos perfís da subsidiariedade horizontal³⁶.

³⁴ *Ibidem*, 156 e ss.

³⁵ Cfr. MOREAU, M-A. (1999) «Sur la représentativité des partenaires sociaux européens» *Droit Social* I, 55: «La décision du 17 juin 1998 a le mérite de préciser les rôles respectifs des partenaires sociaux et de la Commission, mais le tribunal retient une approche procédurale de l'action de l'acteur social qui permet cependant de justifier l'existence d'un contrôle des conditions de la négociation des accords collectifs européens». Esta autora acusa o Tribunal de Primeira Instancia de carecer da súa «creatividade habitual» nas interpretacións teleolóxicas en materias: podería matizarse que esas grandes creacións adoitan ser obra do Tribunal de Xustiza e non do de Primeira Instancia.

³⁶ A achega desta sentenza non é considerada nimia por algúns. Cfr. CASAS BAAMONDE, M. E. (1998) «La negociación colectiva europea como institución democrática» *Relaciones Laborales* XXI, 13: «[A] consideración última sobre a suplencia democrática da negociación e dos convenios colectivos asinados por interlocutores representativos constitúe, probablemente, a maior achega da sentenza por canto enlaza co tratamento que a negociación colectiva recibe nos distintos países europeos desde a perspectiva da súa valoración pública e política e da repartición das súas responsabilidades coas dos estados e, á fin, da súa colocación nos sistemas de fontes e dos debates sobre a famosa subsidiariedade e o seu duplo valor».

Irían aparecendo sucesivas listaxes en que se recollía o estado en cada momento da representatividade dos variados interlocutores sociais europeos³⁷. Aínda que pareceu que a sentenza da UEAPME apartaba esta organización do xogo da negociación colectiva comunitaria, e nesta liña abundaba o feito de os seguintes acordos marco seren adoptados sen a súa participación, estivo presente na adopción do Acordo sobre teletraballo, o que demostrou o aberto e flexible do procedemento³⁸.

4. Unha proposta de mecanismo

Este sistema de recoñecemento pola Comisión sen unha base clara no Tratado non pode considerarse como un fundamento sólido para o desenvolvemento dun diálogo social co debido rigor³⁹. Non parece oportuno transplantar sistemas nacionais, pola variedade de regulacións existentes ou até a ausencia de regulación nalgúns casos. Por iso é polo que debe apostarse por crear un mecanismo xenuinamente europeo de regulación da representatividade para os efectos do diálogo social⁴⁰. Pode obxectarse que tal decisión, fronte á situación próxima á anomia actual, chocaría con algúns dos ordenamentos nacionais, mais a resposta a tal dificultade fundaméntase na necesidade da construción dun sistema autónomo de relacións laborais na Unión Europea⁴¹. Desde o momento en que se lles permite aos axentes sociais tomaren parte no procedemento lexislativo da Unión, imponse a necesidade de regular esta situación, que vai alén dunha simple negociación de condicións de traballo.

³⁷ Véxase MOLINA GARCÍA, M. (2002) *op. cit.*, 80 e ss. para unha síntese.

³⁸ Sobre o Acordo de cooperación entre UNICE e UEAPME, véxase CASAS BAAMONDE, M. E. (1999) «El principio de autonomía en la organización del sistema europeo de negociación colectiva y el desarrollo de la dimensión convencional del Derecho social comunitario» *Relaciones Laborales I*, 69 e ss.

³⁹ Cfr. NAVARRO NIETO, F. (2000) «La negociación colectiva en el Derecho comunitario del trabajo» *Revista Española de Derecho del Trabajo* CII, 400: «O risco neste sentido está en que a falta de formalización dos criterios derive na discrecionalidade da Comisión (...). Paradoxalmente, esta formalización dos criterios da representatividade encerra o perigo dunha cristalización da representatividade sindical e patronal europea nun tempo de diversificación de intereses, de multiplicación das subxectividade colectivas e en consecuencia dos suxeitos representativos de tales intereses».

⁴⁰ Cfr. SCIARRA, S. (1996) *op. cit.*, 200: «The notion of a representative union is subject to constant changes (...). This is why European representativeness should not be thought of as a reproduction of existing criteria but as unique concept, mainly linked to the capacity of both European management and labour to be active and present across industry and across Member States, despite the lack of constitutional guidance in the Treaty».

⁴¹ Cfr. APARICIO TOVAR, J. (1994) *op. cit.*, 935: «Aquí non se trata tanto de harmonizar sistemas por vías heterónomas, canto de dotar de suficiente precisión unha fonte do dereito distinta das nacionais, especificamente do ordenamento autónomo que é o comunitario, sen que por iso deixe de se respectar a pluralidade e diversidade das fontes colectivas nacionais».

Cabe, hipoteticamente, unha regulación a través do dereito orixinario, que enriquecese os actuais contidos dos artigos 154 e 155 do TFUE, mais tamén mediante o dereito derivado. Ambas as posibilidades presentan vantaxes e inconvenientes, e unha articulación mixta semella o máis conveniente. Sobre iso baséase a seguinte proposta, inspirada parcialmente no mecanismo do Fondo Social Europeo. Unha futura reforma dos tratados podería conter unha atribución de competencia ás institucións comunitarias para regular esta cuestión, que esquivase a prohibición de actuar do artigo 153.5 do TFUE⁴². A aprobación de criterios debería corresponder ao Consello e ao Parlamento polo procedemento lexislativo orixinario, o que garantiría a participación plena deste último no proceso.

Non se debe pasar por alto que o gran prexudicado coa posta en práctica da subsidiariedade horizontal é o Parlamento Europeo⁴³, e en menor medida ségueno o Comité Económico e Social Europeo e o Comité das Rexións. Ningún deles aparece mencionado nos artigos 154 e 155 do TFUE e o detrimento da posición do Parlamento nas materias sometidas ao procedemento lexislativo ordinario é moi considerable, posto que pasa de cotitular do poder lexislativo ao papel do comendador. Nin que dicir ten que non se amosou satisfeito con tal situación e suxeriu a súa modificación⁴⁴, malia que a Comisión manifestou desde un primeiro momento a súa intención de mantelo informado e de darlle a posibilidade de opinar⁴⁵.

⁴² Cfr. MOLINA GARCÍA, M. (2002) *op. cit.*, 78: «A contradición está servida. Os estados son competentes para determinar cal é sindicato máis representativo conforme ao seu sistema constitucional e dentro dos límites territoriais do propio estado, mais, cando hai que exercer esta representatividade nun ámbito transnacional sen apoio normativo institucional, as bases xurídico-constitucionais sobre as cales asenta o sistema de negociación colectiva europea derrúbanse».

⁴³ Cfr. BERCUSSON, B. (1996) *op. cit.*, 73: «The European Parliament too was very open to relations with the social partners, partly because these organized interest were very important to the electability of the Members of Parliament, who could also benefit from their resources for collecting information needed by MEPs, but also because the social partners could be mobilized in support of the Parliament's campaign for a greater role in EC policy-making».

⁴⁴ Por exemplo, Resolución do Parlamento Europeo de 24 de febreiro de 1994, sobre a nova dimensión social do Tratado de Maastricht no *Documento de traballo sobre la nueva agenda social a medio plazo* do 12 de maio de 2000: «En caso de se chegar a un acordo entre os interlocutores sociais, o Parlamento Europeo debería poder pronunciarse sobre o resultado. Mais se o diálogo social non conduce a uns resultados concretos e ambiciosos, a Comisión debería recorrer ao seu dereito de iniciativa e empregar a vía lexislativa».

⁴⁵ COM (93) 600 final de 14 de decembro de 1993.

A vía do dereito derivado máis apropiada para iso sería o regulamento ou a decisión, que deberían ser revisados periodicamente, mais sen excesiva frecuencia. Desta forma garantiríase a seguridade xurídica, a publicidade e a uniformidade da representatividade, mais tamén a flexibilidade necesaria para se adaptar ás cambiantes circunstancias do mercado interior ou responder ante situacións específicas. A concreta aplicación dos devanditos criterios debería ser levada a cabo pola Comisión, agora con maior habitualidade, mediante un instrumento susceptible de control xurisdiccional por parte do Tribunal. Con esta proposta, admitindo de antemán que pode ser considerada como excesivamente intervencionista por algúns estados, salvaríase a lagoa actualmente existente e culminaríase a xuridificación e institucionalización do diálogo social na Unión Europea.