



Legislación y Relaciones de Trabajo en la Comunidad Europea: Rasgos Fundamentales y Tendencias Recientes

Arturo S. BRONSTEIN*

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. PLAN DE TRABAJO.
3. ALGUNAS PRECISIONES TERMINOLÓGICAS.
4. EL ESPACIO COMUNITARIO.
5. LA COMPETENCIA COMUNITARIA EN MATERIA LABORAL.
6. NORMAS LABORALES EN LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, Y EN EL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN.
7. LOS ACTOS LEGISLATIVOS DE LA COMUNIDAD EUROPEA Y SU INTEGRACIÓN EN EL DERECHO NACIONAL DE LOS ESTADOS MIEMBROS.
8. LA DEMOCRATIZACIÓN DEL PROCESO DE FORMACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO Y EL PAPEL DE LOS INTERLOCUTORES SOCIALES.
9. COMPETENCIA COMUNITARIA EN MATERIA LABORAL.
 - 9.1. Libre circulación y establecimiento.
 - 9.2. Contrato de trabajo.
 - 9.3. Condiciones de trabajo.
 - 9.4. Seguridad y salud en el trabajo.
 - 9.5. Igualdad de trato.
 - 9.6. Igualdad de remuneración.
 - 9.7. Consulta y diálogo social.
10. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS.
 - 10.1. Casos en que el TJCE examinó la compatibilidad del derecho nacional con el comunitario.
11. DIÁLOGO SOCIAL.
12. LA EUROPEIZACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.
13. LOS ACUERDOS GLOBALES.
14. CONSIDERACIONES FINALES.

* Secretario General de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Aún cuando el autor es funcionario de la Oficina Internacional del Trabajo en el presente trabajo expone sus opiniones personales.

1. INTRODUCCIÓN.

La construcción de la Unión Europea y sus efectos en el derecho de las relaciones internacionales, lo mismo que su impacto en el derecho nacional de cada uno de los miembros de la UE, ofrecen un terreno muy propicio para la reflexión por parte de juristas del mundo entero, y muy especialmente de aquéllos países que están iniciando o profundizando procesos de integración. Dentro de esta reflexión, y situándonos en el marco de esta obra colectiva, dedicada a los aspectos sociales de la globalización, nos ocuparemos del impacto de la dimensión comunitaria europea en el terreno del derecho laboral y las relaciones colectivas de trabajo.

A mi juicio, este impacto se ha materializado principalmente por medio de tres vías o canales, que son respectivamente la política, la jurídica y la sociológica. La primera, política, se ha expresado a través de la elaboración de una agenda social, dentro de una estrategia de integración que en su principio era ante todo económica. Sin embargo, ya en 1989 la Comunidad Europea se dotó de una Carta de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, la que es hoy parte de la Carta de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea y mañana integrará la futura Constitución de la Unión Europea. Además, a partir del Tratado de Maastricht, 1992, la Comunidad adquirió poderes reforzados para intervenir en el terreno de la política social. Agreguemos que si el espacio comunitario cambió tres veces de denominación, pues fue primero conocido como el Mercado Común Europeo, luego como Comunidad Económica Europea, y después de Maastricht pasó a llamarse simplemente Comunidad Europea, sin el adjetivo « económica », esto no obedece a un simple ejercicio de semántica. En efecto, el objetivo de la construcción europea va hoy mucho más allá de la economía, y en cierto sentido

se puede decir que la construcción de una economía competitiva ha dejado de ser un fin en sí mismo, para ser considerado más bien como un medio para construir una sociedad competitiva. Más específicamente, la finalidad de la Unión Europea incluye a la promoción de un alto nivel de empleo y de protección social, para lo cual el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria no son más que un medio¹. Nada de esto hubiera sucedido de no haber mediado una decisión política de construir algo más que un gran mercado para la circulación de bienes, servicios, capitales y personales, como había sido el proyecto original de 1957.

Tenemos luego la construcción jurídica, que ofrece la particularidad de establecer un sistema de normas comunitarias que se integran automáticamente en el derecho de cada uno de los Estados Miembros de la Unión Europea. A diferencia del derecho internacional clásico, el derecho comunitario es supranacional, pues no sólo tiene primacía en todos los casos sobre el derecho nacional, sino además posee efectos directos e inmediatos, tanto verticales como horizontales. Efectos directos e inmediatos, pues en el sistema de derecho comunitario solamente los tratados constitutivos y sus enmiendas deben ser sometidos a los Estados Miembros con miras a su ratificación. Por el contrario, todo el llamado derecho derivado, constituido por los actos legislativos de la Comunidad Europea, es fuente de obligaciones para los Estados Miembros mediante su sola publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, y estos actos no están sujetos al requisito de la ratificación. Efectos verticales como horizontales, pues el derecho comunitario puede ser invocado por la Comunidad contra un Estado y viceversa, puede ser también invocado por un Estado contra otro Estado, y finalmente pero no por último, por un particular contra la Comunidad, contra un Estado o contra otro particular.

1 Véase el art. 2 del Tratado constitutivo de la Comunidad europea, a tenor del cual *La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 4, un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros.*

Consecuencia de lo antedicho, en el sistema de derecho comunitario no se admite que ninguno de los Estados Miembros de la Unión Europea pueda invocar la condición dualista de su sistema jurídico nacional como un motivo para no aplicar una norma comunitaria. Esto no impide que algunos Estados Miembros, como Alemania, Italia o el Reino Unido, sigan siendo dualistas, mientras que otros como España o Francia mantienen su carácter monista; sin embargo, la distinción carece de eficacia con relación al derecho comunitario, que es de aplicación directa.

Expresión mayor de su naturaleza supranacional, todos los sistemas nacionales de administración de justicia están obligados a reconocer la primacía del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Este último funge como un verdadero tribunal federal con respecto a los Estados Miembros de la UE, con relación a todas las cuestiones jurídicas dimanantes de los tratados constitutivos, como de la legislación comunitaria. No sólo el juez nacional debe aplicar el derecho comunitario por encima del derecho nacional sino además, en caso de duda, puede y debe dirigirse al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por vía del recurso o cuestión prejudicial o preliminar. El TJCE establecerá entonces la correcta interpretación del derecho comunitario, y su opinión obligará al juez nacional a dejar de aplicar la ley nacional – y esto incluye también la posibilidad de apartar la aplicación de un decreto, un convenio colectivo y aún una práctica contractual de origen privado² – en la medida en que no está en conformidad con el derecho comunitario³.

Tenemos en fin la dimensión sociológica, que está dada por la importancia creciente del diálogo social y la negociación de nivel comunitario, los que han adquirido un relieve que hubiera parecido impensable hace apenas unas dos décadas atrás. No sólo el diálogo social se ha dotado de mecanismos consultivos a nivel comunitario, como el Consejo Económico y

Social, ya creado por el Tratado de Roma, en 1957 y cuya competencia fue considerablemente ampliada en virtud del Tratado de Amsterdam, 1997, sino además se manifiesta en un activo diálogo intersectorial, a través de un comité de diálogo social, y sectorial, a través de numerosos comités bipartitos en cuyo seno se han adoptado hasta la fecha un número apreciable de textos. Aún más, el diálogo social ha dado paso a una verdadera función legislativa, reconocida hoy por el Tratado de la Comunidad Europea, que se expresa a través de acuerdos que luego toman la forma de directivas comunitarias dirigidas a los Estados miembros, o de convenios colectivos dirigidos a las respectivas organizaciones nacionales de empleadores y trabajadores. Al mismo tiempo, la agenda europea ha entrado a formar parte de la agenda nacional de negociación colectiva, pues la interpenetración de los mercados, consecutiva a la integración económica europea, tiende a hacer inconcebible que se pueda negociar hoy en cada país sin tener en cuenta el entorno comunitario.

2. PLAN DE TRABAJO.

En el presente trabajo examinaremos el impacto de la dimensión comunitaria europea en la formación del derecho del trabajo y el comportamiento de la relaciones de trabajo en el interior de la Unión Europea. Con ese objeto identificaremos en primer lugar cuatro de las facetas o rasgos fundamentales de la dimensión europea que conllevan consecuencias, a menudo muy profundas, en el derecho y las relaciones de trabajo. Se trata respectivamente de i) la expansión territorial, ii) la expansión del alcance y el contenido de la competencia comunitaria, iii) la acentuación de la preeminencia del derecho comunitario sobre el derecho nacional, iv) la democratización de las instituciones comunitarias. Examinaremos luego la incidencia de la legislación comunitaria en el derecho nacional de los miembros de la UE, y la obra jurisprudencial del Tribunal de Justicia

2 Véanse, más adelante, el asunto *Bosman*, en donde el TJCE se pronunció sobre la validez de un reglamento para la transferencia de jugadores de fútbol, de la Asociación belga de clubes de fútbol, el asunto *Angonese*, en el que el TJCE consideró una práctica de un empleador que exigía a sus postulantes a un empleo un certificado de bilingüismo expedido por una sola institución, o los diversos asuntos reglativos a igualdad de remuneración, en donde el TJCE examinó la compatibilidad de convenios colectivos con las normas de derecho comunitario.

3 Es jurisprudencia reiterada del TJCE que *el Juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones de Derecho comunitario, tiene la obligación de velar por que dichas normas surtan pleno efecto, dejando de aplicar, si fuere preciso, por su propia autoridad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que tenga que solicitar o que esperar la previa supresión de ésta por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional* (sentencia de 9 de marzo de 1978, Simmenthal, C-106/77).

de las Comunidades Europeas. Concluiremos con un examen de las relaciones colectivas, y en particular el funcionamiento de la negociación colectiva y el diálogo social dentro del ámbito comunitario.

3. ALGUNAS PRECISIONES TERMINOLÓGICAS.

Conviene ante todo formular algunas precisiones terminológicas: En general se prefiere utilizar la expresión « derecho comunitario » o « derecho comunitario europeo » en lugar de « derecho europeo » simplemente, considerado como menos preciso. El término « derecho europeo » puede aplicarse tanto a la Comunidad Europea como a cualquiera de sus miembros, o a ambos, y puede por ejemplo abarcar a la actividad de la legislación nacional con miras a alcanzar los objetivos de la Unión Europea, conforme al principio de la subsidiariedad, según lo dispone el artículo 5 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea⁴. En cambio, la expresión « derecho comunitario » identifica más precisamente a las normas jurídicas que dimanar de los órganos establecidos en virtud del Trata-

do Constitutivo de la Comunidad Europea (abreviado CE), 1957⁵, y el Tratado Constitutivo de la Unión Europea (abreviado UE), 1992⁶, y sus reformas ulteriores, además de las decisiones de justicia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) y el Tribunal de Primera Instancia. El conjunto de las normas comunitarias, incluyendo la jurisprudencia del TJCE, integra el llamado « acervo jurídico comunitario », que como veremos luego, se impone al derecho nacional.

4. EL ESPACIO COMUNITARIO.

De los seis Estados fundadores que suscribieron los tratados de Roma en 1957⁷, su número se amplió a nueve en 1973, diez en 1981, doce en 1986, y quince en 1995⁸. La candidatura de diez nuevos miembros ha sido admitida con miras a su ingreso en 2004⁹, y otros candidatos aguardan turno para ingresar en 2007¹⁰.

En el interior de este espacio – que engloba a países con muy distintas culturas y tradiciones - cohabitan hoy trescientos setenta millones de «europeos» (cuatrocientos cincuenta millones en 2004) con respecto a quienes la libertad de circulación, establecimiento

4 El artículo 5 CE (antiguo artículo 3 B), establece que *En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario.*

5 También conocido como Tratado de Roma, luego modificado por los Tratados de Maastricht (1992), Amsterdam (1997) y Niza (2000).

6 También conocido como Tratado de Maastricht o Tratado UE, luego modificado, como el Tratado CE, por los tratados de Amsterdam y Niza.

7 Tratados suscritos el 25 de marzo de 1957, en virtud de los cuales se instituyeron la Comunidad Económica Europea, o Mercado Común (MCE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, o EURATOM, siendo sus miembros fundadores Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos y la RFA. Otra comunidad, la del Carbón y del Acero, o CECA, ya había sido establecida en 1951, en virtud del Tratado de París, por una duración de cincuenta años. El Tratado de la CECA ya no se encuentra en vigor. Un cuarto tratado, firmado en París en 1952, proyectaba crear la Comunidad Europea de Defensa; esta cuarta Comunidad no llegó a crearse, pues la Asamblea francesa rechazó su ratificación. Las tres comunidades, CECA, MCE y EURATOM fueron fusionadas en 1965. En una medida muy amplia se puede considerar que la unión monetaria representa una cuarta comunidad, limitada no obstante a 12 miembros de los quince que hoy integran la UE.

8 El primero de enero de 1973 entró en vigor el tratado de extensión de las comunidades europeas a Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido. En 1981 entró Grecia en la Comunidad, en 1986 adhirieron España y Portugal. En 1990 la antigua República Democrática Alemana se integró a la Unión Europea a través de su unificación con la República Federal. En 1995 ingresaron Austria, Finlandia y Suecia. Otros tres países, Islandia, Lichtenstein y Noruega, no han ingresado en la Unión Europea pero se encuentran vinculada a ella por el Tratado del Espacio Económico Europeo. Un cuarto país, Suiza, no ratificó el Tratado del Espacio Económico Europeo pero ha suscrito con la UE siete acuerdos bilaterales, mientras prosigue las negociaciones sobre otros puntos.

9 Se trata de Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia y República Checa. Su accesión debe ser ratificada a través de un proceso referendario que está teniendo lugar en 2003.

10 La entrada de Bulgaria y Rumania ha sido diferida hasta 2007. Croacia ha sido invitada con miras a su ingreso en 2007. El examen de la candidatura de Turquía ha sido diferido, por ahora sin fecha.

y ejercicio de una profesión u ocupación remunerada representa uno de los principios y garantías fundamentales del derecho comunitario. Del mismo derecho gozan las empresas constituidas en cualquier Estado miembro de la UE, incluyendo a los bancos, compañías de seguros y otros intervinientes en los mercados financieros y de capitales. Cualquier trabajador de un país miembro de la Unión Europea (UE) puede desplazarse libremente en el interior de ella, y ejercer su actividad profesional en cualquier otro de sus Estados Miembros; hasta los diplomas habilitantes que han sido otorgados por una Universidad u otro centro reconocido de formación, de cualquier Estado Miembro, deben ser reconocidos por los demás Estados. Paralelamente, cualquier empresa de un país miembro puede establecerse en otro país, llevar a ella sus trabajadores, capitales, procesos productivos, etc., como también puede competir con sus productos o servicios producidos en su país de origen dentro del mercado de los otros países, entre los cuales no hay barreras aduaneras. Con muy pocas excepciones – función pública, defensa – ningún estado miembro de la UE puede reservar su mercado de trabajo a sus propios nacionales, como tampoco puede subvencionar a sus propias empresas con la finalidad o el efecto de que compitan ventajosamente frente a empresas de otros Miembros de la UE. Más adelante presentaremos algunas decisiones del TJCE que han interpretado el alcance de estos principios fundamentales de la UE.

Como es fácil de imaginar, el juego de estas dos garantías fundamentales – de circular, establecerse y desempeñar una ocupación remunerada, por un lado, y la de desplazar producción, servicios, capitales y competir económicamente por el otro – poseen implicaciones sobre la legislación y las relaciones laborales que no sólo son inmensas sino además multifacéticas. Algunas de ellas son muy evidentes y fáciles de comprender. Por ejemplo, es de toda evidencia que

un país miembro de la UE debe tener en cuenta las políticas de sus vecinos, y potenciales competidores, antes de introducir en su propia legislación reformas laborales susceptibles de colocarlo en una situación desventajosa. Con mucho mayor motivo, la política del vecino no puede sino tener una gravitación muy importante en las decisiones propias, relativas al nivel de salarios en un Estado miembro de la UE. De ahí que la armonización, aún de facto, de la política social, lo mismo que la consulta transnacional sean consideradas no sólo como una práctica normal, sino además necesaria, y probablemente indispensable a nivel comunitario, tanto como al de cada Estado miembro de la Unión Europea.

Menos visible, pero igualmente importante, la creación de un espacio multinacional, dentro del cual un trabajador puede transitar entre diferentes jurisdicciones, plantea problemas de determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo, lo mismo que la jurisdicción ante la cual deberá tramitarse un eventual litigio. A la luz del derecho comunitario no existe ningún impedimento para que un trabajador de un país « A » sea reclutado por una empresa de un país « B », con miras a la realización de tareas en un tercer país, o en varios de ellos, y de hecho es muy frecuente que así suceda. El derecho comunitario ha debido por tanto abordar este problema, y ha elaborado reglas cuya aplicación no siempre es fácil¹¹. La misma facilidad de circulación ha planteado situaciones complejas en materia de seguridad social, que también han debido ser abordadas por la legislación comunitaria¹². En el presente trabajo no se abordarán estos dos temas.

Finalmente, pero no por último, la construcción de la Unión Europea ha creado un espacio específico de negociación y diálogo social, distinto de cada espacio nacional, dentro del cual los interlocutores sociales tienen competencias que han venido creciendo desde los días en que se crearon las instituciones comunitarias.

11 Esta cuestión, en gran medida ha sido abordada por la Convención de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, 1980, y la Convención de Bruselas de 27 de septiembre 1968, sobre competencia judicial y ejecución de decisiones en materia civil y comercial. También le son aplicables las disposiciones de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, *Diario Oficial* n° L 018 de 21/01/1997

12 Véase el Reglamento (CEE) n° 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, *Diario Oficial* n° L 149 de 05/07/1971.

5. LA COMPETENCIA COMUNITARIA EN MATERIA LABORAL.

El Tratado de la Comunidad Europea, 1957, fue esencialmente un acuerdo sobre la creación de un mercado común. Si en su formulación originaria algunas de sus disposiciones, como las relativas a la libre circulación de los trabajadores, y más aún el principio de igual remuneración por un trabajo de igual valor, tenían indiscutiblemente un impacto en el mundo del trabajo, la realidad es que su inserción en el Tratado respondía antes a la necesidad de promover y preservar el buen funcionamiento del mercado común antes que de proteger a los trabajadores¹³. En todo caso, a partir de los años setenta la Comunidad comenzó a adoptar legislación en materias como igualdad de remuneración entre hombres y mujeres por un trabajo de igual valor, 1975, despidos colectivos, 1975, igualdad de trato entre hombres y mujeres, 1976, protección de los derechos de los trabajadores en caso de transferencia de empresas o parte de ellas, 1977, y protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empleador, 1980. Es cierto que todas estas directivas fueron adoptadas de conformidad con el artículo 94 CE (antiguo artículo 100 CE) en virtud del cual «el Consejo adoptará por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común». Sin embargo, también lo es que, cualesquiera hayan sido sus motivaciones, en la práctica tuvieron sino la finalidad al menos el efecto de ofrecer protección jurídica a los trabajadores.

Esta situación se mantuvo por lo menos durante treinta años pues, excepto en materia de higiene y seguridad en el trabajo, hubo que esperar hasta di-

ciembre de 1989 para que las instituciones comunitarias definieran una política común en materia social. El punto de partida fue la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, suscrita el 9 de diciembre de 1989 en la cumbre de Estrasburgo¹⁴. La Carta, que no tiene efectos obligatorios, establece no obstante los grandes principios sobre los que se basa lo que en adelante se conocería como el modelo social europeo, y con ese objeto enuncia diecinueve derechos fundamentales de los trabajadores. Específicamente, la Carta contiene apartados relativos a la libre circulación, empleo y salario, mejora de las condiciones de vida y de trabajo, protección social, libertad de asociación y de negociación colectiva, formación profesional, igualdad de trato entre hombres y mujeres, información, consulta y participación de los trabajadores, protección de la salud y de la seguridad en el trabajo, protección de niños, protección de personas en edad avanzada y de personas con discapacidad. Los derechos que en ella se enuncian deben ser desarrollados, según cada caso, a escala nacional o a escala comunitaria, según el principio de la subsidiariedad al que ya se ha hecho referencia: en las materias que no son de competencia exclusiva de la Comunidad, ésta última toma iniciativas, incluyendo de tipo reglamentario, únicamente cuando se considera que los objetivos comunitarios pueden ser mejor alcanzados mediante la acción comunitaria que la de los Estados Miembros¹⁵.

El paso siguiente se dio en la Conferencia Intergubernamental de 1992 sobre la Unión política, la cual adoptó un Acuerdo sobre política social, al que siguió en 1992 un protocolo anexo al Tratado de la Unión Europea, o Tratado de Maastricht. El protocolo, que se basaba en la Carta social de 1989, confirió a la Comunidad la posibilidad de actuar o reforzar su acción en los siguientes ámbitos:

- ✓ mejora del lugar de trabajo para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores;
- ✓ condiciones de trabajo;

13 Así, el actual artículo 141 CE (antiguo art. 119 CE), relativo a la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres fue incluido en el Tratado originario con el propósito de evitar que Francia – que había ratificado el Convenio de la OIT sobre igualdad de remuneración, 1951 (Num. 100) quedara en situación desventajosa frente a países que no lo habían hecho.

14 El gobierno conservador inglés se negó a firmar esta Carta, la que recién fue firmada por el Reino Unido en 1998 por el gobierno de Tony Blair.

15 Como se verá luego, la Carta de Derechos Sociales de los Trabajadores fue luego transpuesta en la Carta de Derechos Fundamentales en la Unión Europea, y más recientemente figura en el Proyecto de Constitución.

- ✓ información y consulta de los trabajadores;
- ✓ integración de las personas excluidas del mercado laboral;
- ✓ igualdad de trato entre hombres y mujeres.

La estructura en que se basa la dimensión social comunitaria quedó completada con el Tratado de Amsterdam, 1997, cuya innovación más importante ha sido el nuevo Título VIII, que preconiza una estrategia coordinada para el empleo, con objeto de fomentar una mano de obra calificada y capaz de adaptarse, y unos mercados de trabajo que puedan reaccionar con rapidez ante los cambios económicos.

6. NORMAS LABORALES EN LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, Y EN EL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁶ fue suscrita por los Miembros de la UE en Niza, en febrero 2001. A diferencia de los Tratados y otros actos legislativos de la Comunidad (directivas, reglamentos) la Carta no es fuente de obligaciones, sino de compromisos de tipo programático, y en ese sentido conviene observar que a tenor de su artículo 51.2 la Carta no crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión y no modifica las competencias y misiones definidas por los Tratados. Su alcance y su supremacía eventual frente al derecho nacional de los Miembros tampoco han sido determinados por decisión alguna del TJCE. Sin embargo, no se debe excluir que en su momento la Carta pueda llegar a ofrecer una importante base interpretativa para decisiones del TJCE o de las jurisdicciones nacionales, en particular si, como se ha propuesto por la Convención sobre el futuro de la Unión Europea, pasará a integrar el proyecto de Constitución actualmente en fase de elaboración¹⁷.

De ahí que conviene enumerar los derechos que la Carta proclama en materia laboral. Estos son la prohibición del trabajo forzoso (art. 5), protección de

la privacidad (art. 8), libertad de asociación (art. 12), derecho a trabajar en cualquier Estado miembro (art. 15), no discriminación, en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual (art. 21), igualdad entre hombres y mujeres (art. 23), información y consulta de los trabajadores en la empresa (art. 27), negociación y acción colectiva, incluyendo la huelga (art. 28), acceso a un servicio gratuito de colocación (art. 29), protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales (art. 30), condiciones de trabajo justas y equitativas, que respeten la salud, seguridad y dignidad del trabajo, incluyendo la limitación de la duración máxima del trabajo y los períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas (art. 31), y prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo (art. 32).

7. LOS ACTOS LEGISLATIVOS DE LA COMUNIDAD EUROPEA Y SU INTEGRACIÓN EN EL DERECHO NACIONAL DE LOS ESTADOS MIEMBROS.

El Derecho de la Unión Europea se compone de tres fuentes de legislación distinta, conocida respectivamente como el derecho primario, el derecho derivado y la jurisprudencia. El llamado derecho primario está constituido por los Tratados, que ya han sido mencionado al principio de este artículo, a saber el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, 1957 (o Tratado de Roma luego enmendado por el Acta Única Europea, 1987, los Tratados de Maastricht, 1992, Amsterdam, 1997 y Niza, 2001), y el Tratado Constitutivo de la Unión Europea, 1992 (o Tratado de Maastricht, también enmendado en Amsterdam, 1997 y Niza, 2001). A estas fuentes primarias podemos agregar el *jus cogens*, según lo reconocido en el artículo 6 (an-

¹⁶ Publicada en *Diario Oficial* n° C 364 de 18/12/2000 p. 0001 - 0022

¹⁷ El texto del Proyecto de Constitución, tal como ha sido presentado al Consejo de la Unión Europea en su reunión de Salónica, junio 2003, puede consultarse en línea en la dirección siguiente: <http://european-convention.eu.int/docs/Treaty/cv00797-re01.es03.pdf>

tiguo artículo F) del Tratado de la Unión Europea, a tenor del cual la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios general del Derecho comunitario. Numerosas decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas han reconocido estos derechos, que no han sido expresamente enunciados en el Tratado CE, ni tampoco en el Tratado UE, pero sí en la Carta de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea.

El llamado derecho derivado tiene su fuente en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (arts. 249 CE a 253 CE), y está constituido por los actos legislativos de los órganos comunitarios, los que pueden asumir la forma jurídica de reglamentos, decisiones, directivas o recomendaciones. Los primeros son instrumentos de carácter general, directamente aplicables y obligatorios. En su mayoría tienen carácter técnico y sólo uno de ellos, el Reglamento No. 162/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libertad de circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad¹⁸ ha tenido un impacto importante en materia laboral. Por su parte, las decisiones son obligatorias en todos sus elementos para sus destinatarios. Por lo tanto, no requieren legislación nacional para su ejecución. La Decisión puede estar dirigida a uno, varios o todos los Estados miembros, a empresas o a particulares.

Las directivas son los actos legislativos de mayor trascendencia en materia laboral. A tenor del Tratado CE las directivas obligan al Estado Miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. Con ese objeto la directiva fija un período – en general de tres años – para que los miembros adopten las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias

para darle cumplimiento, a menos que confíen su aplicación a los interlocutores sociales, a petición conjunta de éstos, por lo que respecta a las disposiciones que corresponden al ámbito de los convenios colectivos. Los Estados miembros disponen luego de un plazo de dos años para comunicar toda la información necesaria para que la Comisión elabore un informe sobre su aplicación dirigido al Parlamento Europeo y al Consejo. Los informes sucesivos se deben presentar con una periodicidad que en general es de cinco años.

8. LA DEMOCRATIZACIÓN DEL PROCESO DE FORMACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO Y EL PAPEL DE LOS INTERLOCUTORES SOCIALES.

La expansión de la competencia comunitaria, lo mismo que el aumento del número de miembros, de seis en 1957 a quince hoy, y a veinticinco mañana, han conllevado la necesidad de democratizar el procedimiento de creación de normas comunitaria. En primer lugar, es evidente que la regla de la unanimidad, que era concebible y posible dentro de una Unión Europea limitada a sus seis miembros fundadores, solamente puede ser sinónimo de parálisis en una UE de quince miembros, y aún con mayor razón, de veinticinco. De ahí que ya a partir de 1966 se comenzó a pasar gradualmente de la unanimidad a la mayoría cualificada, la que hoy sin ser la regla en el sentido estricto del término sí es en cambio la forma corriente de proceder, excepto cuando el Tratado dispone expresamente la unanimidad. En segundo lugar, el poder legislativo, originariamente en manos del Consejo, hoy se encuentra compartido con el Parlamento, el que a partir de 1979 es designado mediante sufragio universal.

Pero además, el Tratado CE abre la vía para que los interlocutores sociales puedan participar en el proceso de elaboración de normas comunitarias, e inclusive crearlas. Dentro del derecho comunitario, el procedimiento más corriente para la adopción de nor-

¹⁸ Diario Oficial n° L 257 de 19/10/1968.

mas comunitarias contempla la participación de la Comisión, el Consejo y el Parlamento Europeo, correspondiendo a la primera una capacidad de propuesta y a los otros dos una función de colegislador. Ahora bien, el Artículo 138 CE (antiguo artículo 118 A) prescribe que antes de presentar propuestas en el ámbito de la política social, la Comisión debe consultar a los interlocutores sociales sobre la posible orientación de una acción comunitaria, y eventualmente el contenido de una propuesta de acción. En tales casos los interlocutores sociales remitirán a la Comisión un dictamen o, en su caso, una recomendación.

Pero además, a tenor del Artículo 139 CE (antiguo artículo 118 B) el diálogo entre interlocutores sociales en el ámbito comunitario podrá conducir, si éstos lo desean, al establecimiento de relaciones convencionales, acuerdos incluidos. Con ese objeto, en oportunidad de realizarse la consulta a los interlocutores sociales a que se refiere el artículo 138 CE, los interlocutores sociales pueden informar a la Comisión sobre su voluntad de iniciar un proceso de negociación, que eventualmente conduciría a la adopción de normas comunitarias.

Tres directivas europeas de carácter general, y dos de alcance sectorial han sido hasta ahora adoptadas con acuerdo al artículo 139 CE. Las primeras se refieren respectivamente al permiso parental¹⁹, el trabajo a tiempo parcial²⁰ y el trabajo de duración determinada²¹, mientras que las dos directivas sectoriales se refieren al tiempo de trabajo, respectivamente en el transporte marítimo y en la aviación civil²².

9. COMPETENCIA COMUNITARIA EN MATERIA LABORAL.

La competencia comunitaria, exclusiva o concurrente, en materia laboral ha dado lugar a la adopción de reglamentos y directivas comunitarias que se pudieran agrupar en torno a las categorías siguientes:

9.1. Libre circulación y establecimiento.

En virtud del artículo 39 CE se asegura la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad. La libre circulación implica la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo. Esta libertad no es, sin embargo, aplicable al empleo en la administración pública. Dentro de esta categoría corresponde mencionar en primer lugar al Reglamento No. 162/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libertad de circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad²³ y la Directiva 68/360/CEE, de 15 de octubre de 1968, sobre suspensión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados Miembros y de sus familias dentro de la Comunidad²⁴. A la misma categoría pertenecen otros actos legislativos comunitarios, como la Directiva 96/71 EC, de 16 de octubre 1996, relativa al desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios²⁵.

19 Directiva 96/34/CE del Consejo de 3 de junio de 1996 relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES *Diario Oficial n° L 145 de 19/06/1996*.

20 Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 diciembre 1997 relativa al acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES *Diario Oficial n° L 014 de 20/01/1998*.

21 Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio 1999 relativa al acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES *Diario Oficial n° L 175, 10/07/1999*.

22 Directiva 1999/63/CE del Consejo, de 21 de junio de 1999, relativa al Acuerdo sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar suscrito por la Asociación de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación de Sindicatos del Transporte de la Unión Europea (FST), *Diario Oficial n° L 167 de 02/07/1999*, y Directiva 2000/79/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa a la aplicación del Acuerdo europeo sobre la ordenación del tiempo de trabajo del personal de vuelo en la aviación civil celebrado por la Association of European Airlines (AEA), la European Transport Workers' Federation (ETF), la European Cockpit Association (ECA), la European Regions Airline Association (ERA) y la International Air Carrier Association (IACA), *Diario Oficial n° L 302 de 01/12/2000*.

23 *Diario Oficial n° L 257 de 19/10/1968*.

24 *Diario Oficial n° L 257 de 19/10/1968*.

25 *Diario Oficial n° L 018 de 21/01/1997*.

9.2. Contrato de trabajo.

Dentro de esta rúbrica conviene mencionar en primer lugar a la Directiva 91/533/CEE, de 14 de octubre 1991, relativa a la obligación del empleador de informar al trabajador sobre las condiciones aplicables a su contrato o relación de trabajo²⁶. Al mismo grupo pertenecen tres directivas relacionadas con la reestructuración de empresas, y que tienen efectos sobre el contrato individual de trabajo; las mismas se refieren respectivamente a la transferencia de empresas²⁷, los despidos colectivos por motivos económicos²⁸ y la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empresario²⁹. Finalmente mencionaremos a las dos directivas, relativas respectivamente al trabajo a tiempo parcial y al trabajo de duración determinada, a las que ya se ha hecho referencia.

9.3. Condiciones de trabajo.

El art. 136 CE (antiguo artículo 117) atribuye competencia conjunta a la Comunidad y los Estados miembros en materia de políticas y acciones relacionadas con el fomento del empleo, mejora de las condiciones de vida y de trabajo, protección social, diálogo social y desarrollo de los recursos humanos. En la disposición siguiente (art. 137 CE, antiguo art. 118) se confiere más específicamente competencia comunitaria en materia de seguridad, salud y medio ambiente de trabajo, condiciones de trabajo, información y consulta de los trabajadores e igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres.

En esa misma norma se identifican las áreas en las que la acción comunitaria se puede realizar mediante directivas adoptadas conforme a la regla de la unanimidad³⁰, entendiéndose que para las demás materias se aplica la regla de la mayoría cualificada. Se aclara finalmente cuáles son las materias que no se encuentran comprendidas en el ámbito de este artículo, a saber: remuneraciones, derecho de asociación y de sindicación, derecho de huelga y de cierre patronal.

9.4. Seguridad y salud en el trabajo.

La acción comunitaria en materia de seguridad y salud en el trabajo ha sido particularmente rica y fructuosa, y la misma data de inclusive antes de la adopción de la Carta de 1989. Ya desde 1962 la Comisión Europea comenzó a elaborar recomendaciones dirigidas a los Estados Miembros, relativas, entre otros temas, a cuestiones de medicina ocupacional, la elaboración de una lista europea de enfermedades profesionales, el seguimiento médico de trabajadores expuestos a riesgos específicos, la compensación a ofrecerse a trabajadores víctimas de enfermedades profesionales y la protección de los jóvenes trabajadores en el trabajo. Luego, entre 1978 y 1982 se promovió el primer programa de acción de las Comunidades Europeas en materia de salud y seguridad en el trabajo, al que siguió un segundo programa entre 1982 y 1986. En el marco de estos dos programas se adoptaron seis directivas comunitarias³¹. A ellas se agregó en 1989 la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de

26 *Diario Oficial* n° L 288, de 18/10/1991.

27 Directiva referente a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los derechos de los trabajadores asalariados en caso de transferencia de empresas o parte de ellas, 1977. Esta Directiva también ha sido revisada; en su versión actual es la Directiva 2001/23/CE de 12 de Marzo 2001, publicada en *Diario Oficial* L 082 de 22/03/2001.

28 Directiva 75/129/CEE del Consejo, de 17 de febrero de 1975, referente a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos. La última revisión de esta Directiva data de 1998, y ha sido publicada en *Diario Oficial* n° L 225 de 12/08/1998

29 Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, *Diario Oficial* n° L 283 de 28/10/1980

30 Seguridad social y protección social de los trabajadores; protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato de trabajo; representación y defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión; condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Comunidad; contribuciones financieras dirigidas al fomento del empleo y a la creación de empleo, sin perjuicio de las disposiciones relativas al Fondo Social Europeo.

31 Directivas núms. 78/610/CEE de 29.06.1978, sobre exposición al cloro-vinilo; 80/1107/CEE de 27.11.1980 sobre exposición a agentes químicos, físicos y biológicos; 82/605/CEE de 28 Julio 1982 sobre exposición al plomo y sus componentes químicos; 83/477/CEE de 19 Septiembre 1983 sobre exposición al amianto en el lugar de trabajo y 86/188/CEE de 12 Mayo 1986 sobre exposición al ruido en el lugar de trabajo.

la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo³², la que a su vez abrió la puerta para la adopción de no menos de quince directivas específicas³³, incluyendo en materia de protección de la salud con motivo del embarazo, el parto o la maternidad³⁴. La seguridad y salud en el trabajo, incluyendo la duración del trabajo³⁵, se encuentran dentro de las áreas en las que la Comunidad puede tomar decisiones por mayoría cualificada, y éste es precisamente uno de los dominios en donde existe la mayor riqueza de producción jurídica comunitaria.

Al mismo terreno pertenece la acción comunitaria en materia de protección de los jóvenes trabajadores, y finalmente sobre duración del trabajo, temas que también son materia de directivas comunitarias³⁶.

9.5. Igualdad de trato.

La competencia comunitaria en esta materia se deriva del artículo 13 CE (antiguo artículo 6 A) en virtud del cual el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. El Tratado (art. 141 CE) contempla la competencia comunitaria para adoptar medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad

de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor. Establece asimismo que este principio (de igualdad de trato) no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales. Dentro de este marco la Comunidad ya había adoptado en 1976 una directiva sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres³⁷, en base a la cual el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas realizó una extraordinaria labor jurisprudencial a la que nos referiremos luego. Veinte años después de estas primeras directivas, se adoptó la Directiva 97/80/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo; en ella se estableció el principio de la inversión de la carga de la prueba cuando el reclamante establece los elementos a partir de los cuales puede presumirse prima facie que ha sido víctima de discriminación por motivos de sexo³⁸. A ella siguió la Directiva 2000/43/CE de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico³⁹, y luego la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre 2000 mediante la

32 *Diario Oficial n° L 183 de 29/06/1989.*

33 A tenor del párrafo 1, artículo 16 de esta Directiva : *A propuesta de la Comisión basada en el artículo 118 A del Tratado, el Consejo adoptará directivas específicas relativas, entre otras cosas, a los ámbitos que se mencionan en el Anexo.* Estos son: lugares de trabajo, equipos de trabajo, equipos de protección individual, trabajos con equipos provistos de pantalla de visualización, manipulación de cargas pesadas que entrañe riesgos lumbares, obras temporales y móviles, pesca y agricultura.

34 Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), *Diario Oficial n° L 348 de 28/11/1992.*

35 Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, *Diario Oficial n° L 307 de 13/12/1993*, enmendada por la Directiva 2000/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 2000, *Diario Oficial n° L 195 de 01/08/2000* con objeto de incluir sectores y actividades que habían sido excluidos de dicha Directiva.

36 Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo *Diario Oficial n° L 216 de 20/08/1994.*

37 Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo *Diario Oficial n° L 039 de 14/02/1976 p. 0040 - 0042*

38 Directiva 97/80/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, *Diario Oficial n° L 014 de 20/01/1998 .*

39 *Diario Oficial n° L 180 de 19/07/2000.*

cual se establece un marco general con miras a combatir la discriminación por motivos de religión o credo, discapacidad, edad o preferencia sexual en materia de empleo y ocupación⁴⁰. Finalmente, en septiembre 2002 se procedió a una modificación muy profunda de la Directiva de 1976 sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres⁴¹.

9.6. Igualdad de remuneración.

El principio de igualdad de remuneración entre hombres y mujeres por un trabajo de valor igual ya había sido formulado en el artículo 119 (actual artículo 141) del Tratado de Roma. Conviene recordar que su inclusión en el Tratado de 1957 no perseguía una finalidad social, pues se trataba más bien de proteger a países que, como Francia, habían ratificado el Convenio de la OIT sobre igualdad de remuneración, 1951 (No. 100) y que por ese motivo tenían la competencia desleal que pudieran hacerle países que no estaban obligados por esa regla, y que podían por lo tanto competir ventajosamente sobre la base de costos salariales más reducidos, en particular en las industrias con muy altas tasas de empleo femenino. Sin embargo, desde entonces, las instituciones legislativas y el TJCE han reconocido el principio de igualdad de trato por razones de sexo como derecho fundamental que cumple una función social, además de su función económica⁴². En su formulación actual el Tratado (art. 141 CE) dispone que cada Estado miembro garantizara la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor. Con ese objeto define a la

retribución como el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo ; disposición que completa prescribiendo que la igualdad de retribución sin discriminación por razón de sexo significa a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida, y b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo. La correspondiente Directiva en esta materia se adoptó ya en 1975⁴³.

9.7. Consulta y diálogo social.

El catálogo de competencias comunitarias en materia laboral se completa mediante el artículo 138 CE (ex art. 118 CE), a tenor del cual la Comisión tendrá como cometido fomentar la consulta a los interlocutores sociales a nivel comunitario y adoptar todas las disposiciones necesarias para facilitar su diálogo, velando por que ambas partes reciban un apoyo equilibrado. Dentro del marco de esta disposición se confiere a los interlocutores sociales importantes responsabilidades, incluyendo como ya se ha visto la posibilidad de celebrar acuerdos con alcance comunitario (art. 139 CE). Además, la Comunidad ha adoptado en esta materia tres directivas, a saber la Directiva 2001/86/CE, 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 trabajadores⁴⁴, la Directiva 94/45/CE, de 22 de septiembre de 1994, sobre

40 *Diario Oficial n° L 303 de 02/12/2000.*

41 Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo *Diario Oficial n° L 269 de 05/10/2002.*

42 Ver, por ejemplo, el caso Schröder, C 50/96. En este asunto el Tribunal consideró que el derecho a no ser discriminado por razones de sexo es un derecho fundamental de la persona, subrayando que, “dada la jurisprudencia, debe concluirse que el objetivo económico perseguido por el Artículo 119 del Tratado, concretamente la eliminación de distorsiones de competición entre empresas establecidas en diferentes Estados miembros, es *secundario* al objetivo social perseguido por la misma disposición, que constituye la expresión de un derecho fundamental de la persona.”.

43 Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos. *Diario Oficial n° L 045 de 19/02/1975 p. 0019 - 0020 .*

44 *Diario Oficial n° L 294 de 10/11/2001.*

la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria⁴⁵, y la Directiva 2002/14/CE, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea⁴⁶.

10. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) cumple un cometido esencial de interpretación del derecho comunitario, y en la práctica opera como un verdadero Tribunal Federal, con objeto de asegurar la preeminencia del derecho comunitario sobre el derecho de los Estados miembros de la U.E. El Tribunal ha tenido un papel determinante en la integración de los derechos humanos fundamentales dentro del acervo comunitario, y ha establecido el principio de la aplicación directa del derecho comunitario, tanto en su alcance llamado “vertical” (relaciones jurídicas entre el Estado y los ciudadanos) como, en alguna menor medida, “horizontal” (relaciones jurídicas entre personas). Además, ha establecido el principio de la responsabilidad pecuniaria del Estado por el incumplimiento de la obligación de transponer normas de derecho comunitario dentro de su legislación nacional.

La competencia del TJCE resulta de varias disposiciones del Tratado CE, las que prevén diferentes tipos de recurso, a saber: por incumplimiento, por omisión, de anulación, de indemnización, de casación, y finalmente las llamadas “cuestiones prejudiciales”. En virtud del primero de éstos (arts. 226 a 228 CE) el Tribunal de Justicia puede ser llamado a constatar la falta de ejecución por un Estado Miembro de una obligación dimanante de una disposición de derecho comunitario,

y eventualmente condenarlo pecuniariamente por el incumplimiento. Este procedimiento puede ser iniciado por un Estado Miembro con otro Estado Miembro o, más frecuentemente, por la Comisión. En materia laboral, por ejemplo, la Comisión ha estado muy activa en la iniciación de recursos de incumplimiento de varias directivas, sobre todo en materia de igualdad de remuneración, igualdad de trato, despidos colectivos, transferencia de empresas y protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador.

El recurso de anulación (arts. 230 y 231 CE) permite a los Estados miembros, al Consejo, a la Comisión y, bajo ciertas condiciones, al Parlamento, solicitar la anulación, total o parcial, de disposiciones comunitarias, y a los particulares solicitar la anulación de los actos jurídicos que les afecten directa e individualmente. De este modo, el TJCE tiene la oportunidad de controlar la legalidad de los actos de las instituciones comunitarias. Si el recurso es fundado, el Tribunal de Justicia declara nulo y sin valor ni efecto alguno el acto impugnado. Poco utilizado en materia laboral, este recurso fue no obstante intentado por el Reino Unido en contra de la Directiva 93/104/CE, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo⁴⁷.

Los tres recursos siguientes, recurso por omisión, acción de indemnización y recurso de casación, se refieren al control de la legalidad de los actos de la Comunidad en los dos primeros casos y del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas en el segundo; estos recursos no han tenido impacto en la materia laboral.

Distinto es el caso de la cuestión prejudicial, con arreglo al artículo 234 CE, en virtud del cual el TJCE es competente para pronunciarse con carácter preliminar cuando una autoridad judicial de un Estado Miembro le somete una cuestión de compatibilidad de una disposición de derecho nacional (que también puede

45 *Diario Oficial* n° L 254 de 30/09/1994.

46 *Diario Oficial* n. L 080 de 23.3.2002.

47 Esta Directiva había sido adoptada conforme al artículo 118 A CE, que prevé que el Consejo puede establecer, *mediante directivas, las disposiciones mínimas para promover la mejora, en particular, del medio de trabajo, con el fin de elevar el nivel de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores*. El Gobierno inglés cuestionó la competencia de la Comunidad Europea para adoptar disposiciones sobre duración del trabajo con arreglo al artículo 118 A. El TJCE (Asunto C-84/94) desestimó el recurso, considerando que la Comunidad había actuado dentro del marco de su competencia, excepto en una disposición relativa al reposo en día domingo, pues estimó que no podía demostrarse que el reposo dominical de preferencia al reposo en cualquier otro día de la semana respondía mejor a la necesidad de proteger a la salud de los trabajadores.

ser un convenio colectivo o inclusive una práctica) con respecto a una norma de derecho comunitario. Si el TJCE encuentra que la norma nacional es incompatible con el derecho comunitario el juez nacional debe dictar su sentencia con arreglo a la norma comunitaria; motivo por el cual se puede considerar que la decisión del TJCE tiene efectos comparables a una sentencia de casación, o por hablar con mayor propiedad, de precasación, pues el TJCE debe pronunciarse con anterioridad y no posterioridad al juez nacional.

La cuestión prejudicial tiene una importancia práctica enorme, pues a través de ella un número muy importante de reglas de derecho comunitario se han impuesto sobre el derecho nacional. Añadiremos que si bien sólo puede ser iniciada por un órgano jurisdiccional nacional, todas las partes litigantes pueden participar en el procedimiento, una vez que éste ha sido declarado admisible por el TJCE.

10.1. Casos en que el TJCE examinó la compatibilidad del derecho nacional con el comunitario⁴⁸.

A continuación se presentará una selección de algunas decisiones particularmente significativas, relativas a casos en que el TJCE se pronunció sobre la compatibilidad del derecho nacional de algún Estado Miembro de la UE con respecto al derecho comunitario.

10.1.1. Libertad para trabajar dentro del espacio comunitario: los asuntos Bosman, Angonese y Casagrande.

Jean-Marc Bosman era un futbolista profesional en un equipo belga (Liège). A la expiración de su contrato, en 1990, el club le ofreció una renovación con una sustancial reducción de remuneración. Bosman rechazó esta propuesta y entabló negociaciones con un club francés, Dunkerque, quien aceptó contratarlo y negoció una indemniza-

ción de transferencia con Liège; sin embargo Liège no solicitó a la Federación belga de fútbol que hiciera llegar un certificado de transferencia a su homóloga francesa, requisito indispensable para que Bosman pudiera jugar en Francia. De resultas de ello, Bosman perdió su posibilidad de jugar en Francia y solamente tuvo una propuesta de un club belga de tercera división; Bosman consideró que su antiguo club le había obstaculizado su profesión y entabló una demanda por daños y perjuicios ante un tribunal belga. Luego de diversas vicisitudes la justicia belga planteó una cuestión prejudicial ante el TJCE en relación con la compatibilidad de la reglamentación reguladora de las transferencias de los jugadores profesionales con el entonces artículo 48 CE (actual artículo 39 CE), en virtud del cual se garantiza la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad. El TJCE (caso C-415/93) tomó la posición siguiente:

El artículo 48 del Tratado se opone a la aplicación de normas adoptadas por asociaciones deportivas, según las cuales un jugador profesional de fútbol nacional de un Estado miembro sólo puede, al término del contrato que le vincula con un club, ser empleado por un club de otro Estado miembro si este último ha abonado al club de origen una compensación por transferencia, formación o promoción. En efecto, tales normas, aunque no se diferencien de las normas que rigen las transferencias en el interior de un mismo Estado miembro, pueden restringir la libre circulación de los jugadores que deseen ejercer su actividad en otro Estado miembro impidiéndoles o disuadiéndolos de abandonar los clubes a los que pertenecen incluso después de expirar los contratos de trabajo que les vinculan a estos últimos.

En la misma ocasión el TJCE también recordó que las asociaciones deportivas de cualquier Estado Miembro de la OIT no pueden limitar el número de jugadores profesionales de otros estados miembros de la UE autorizados a jugar en sus equipos profesionales:

48 Todas las decisiones citadas pueden ser consultadas en línea, en la página WEB del Tribunal : <http://curia.eu.int/es/transitpage.htm>

El artículo 48 del Tratado se opone a la aplicación de normas adoptadas por asociaciones deportivas según las cuales, en los partidos de las competiciones por ellas organizadas, los clubes de fútbol sólo pueden alinear un número limitado de jugadores profesionales nacionales de otros Estados miembros. En efecto, dichas normas son contrarias al principio de prohibición de discriminación por razón de nacionalidad con respecto al empleo, la retribución y las condiciones de trabajo.

No menos ejemplar es la decisión tomada en Angonese, en que el Tribunal debió pronunciarse sobre la legalidad de una calificación para un empleo exigida por una entidad bancaria, en virtud de la cual los postulantes a determinados empleos debían acreditar sus conocimientos lingüísticos mediante un certificado expedido obligatoriamente por una administración pública de una sola provincia de un Estado miembro de la UE. El Sr. Romano Angonese era un ciudadano italiano de lengua materna alemana, con domicilio en la provincia de Bolzano. En agosto de 1997, presentó una solicitud para participar en un proceso de selección de personal en una entidad bancaria privada de Bolzano, la Cassa di Risparmio. Entre los requisitos de admisión al proceso selectivo figuraba la posesión de un determinado certificado de bilingüismo italiano/alemán, el que era expedido tras superar un examen que tiene lugar sólo en dicha provincia. Aun reconociendo a la Cassa di Risparmio el derecho a elegir a sus futuros colaboradores entre personas perfectamente bilingües, el Sr. Angonese denunció la ilegalidad del requisito de la posesión obligatoria de dicho certificado, que consideró contrario al principio de libre circulación de los trabajadores contemplado en el artículo 48 CE; planteó entonces un recurso ante la justicia italiana, la que elevó una cuestión prejudicial al TJCE. En su decisión (asunto C-281/98) el Tribunal tomó la posición siguiente:

La prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad, enunciada en el artículo 48 del Tratado (actualmente artículo 39 CE, tras su modificación),

que se formula en términos generales y no está especialmente dirigida a los Estados miembros, se aplica igualmente a los requisitos de contratación establecidos por los particulares.

El artículo 48 del Tratado (actualmente artículo 39 CE, tras su modificación) se opone a que un empleador obligue a los candidatos a un proceso de selección de personal a que acrediten sus conocimientos lingüísticos exclusivamente mediante un único diploma, expedido en una sola provincia de un Estado miembro. En efecto, dicha obligación perjudica a los nacionales de los demás Estados miembros dado que las personas que no residen en la citada provincia tienen escasas posibilidades de obtener el diploma, un certificado de bilingüismo, por lo que les resultará difícil, si no imposible, acceder al empleo de que se trata. La obligación no puede justificarse por consideraciones objetivas independientes de la nacionalidad de las personas afectadas y proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido. A este respecto, si bien puede ser legítimo exigir al candidato a un empleo conocimientos lingüísticos de un determinado nivel y aun cuando la posesión de un diploma como el certificado puede constituir un criterio que permita evaluar tales conocimientos, la imposibilidad de acreditarlos de cualquier otro modo y, especialmente, mediante una capacitación equivalente obtenida en otros Estados miembros debe considerarse desproporcionada en relación con el objetivo perseguido. La obligación constituye, en consecuencia, una discriminación por razón de la nacionalidad contraria al artículo 48 del Tratado.

Finalmente, en Casagrande se planteaba el derecho de un trabajador italiano, residente en Baviera, a recibir una asignación por escolaridad de su hijo, que en virtud de la ley local solamente estaba prevista en favor de ciudadanos alemanes, apátridas o solicitantes de asilo. El demandante planteó la incompatibilidad de esta ley con el Reglamento No. 1612/68 del Consejo, de 19 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, en particular su artículo 12⁴⁹. El TJCE (asunto C-9/74) conside-

49 *“Los hijos de un nacional de un Estado miembro que esté o haya estado empleado en el territorio de otro Estado miembro serán admitidos en los cursos de enseñanza general, de aprendizaje y de formación profesional en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, si esos hijos residen en su territorio. Los Estados miembros fomentarán las iniciativas que les permitan seguir los mencionados cursos en las mejores condiciones”.*

ró que si la determinación de las condiciones relativas al acceso a la enseñanza y la formación son reguladas por el derecho interno de cada Estado Miembro las mismas deben, sin embargo, ser aplicadas sin discriminación entre los hijos de los trabajadores nacionales y los de extranjeros de otro Estado Miembro de la Comunidad que residieran en su territorio, y en ese sentido el art. 12 del Reglamento 1612/68 debe aplicarse no sólo a la admisión sino también a las medidas generales tomadas con objeto de facilitar la frecuentación a la enseñanza.

10.1.2. Mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas.

En esta materia la Comunidad ha adoptado la Directiva 77/187/CEE, luego revisada en 2001 por la Directiva 2001/23/CE. Entre otras disposiciones la Directiva obliga a que cedente y cesionario de una empresa o partes de ella informen en tiempo oportuno a los representantes de los trabajadores acerca de las modalidades de dicha transferencia. Además, si la cesión conlleva que se « contemplen medidas en relación con los empleados » el cedente o el cesionario deberán entablar consultas con los representantes de los trabajadores, en tiempo oportuno, y « con miras a llegar a un acuerdo ». En 1992 la Comisión inició un recurso por incumplimiento contra el gobierno del Reino Unido, alegando la insuficiencia de las medidas que éste había adoptado para dar efecto a dicha Directiva. La Comisión consideraba que la legislación respectiva, en primer lugar, no permitía garantizar la información y la consulta de los representantes de los trabajadores en todos los casos que contempla la Directiva, entre otros motivos porque no preveía la designación de representantes de los trabajadores cuando el empresario se niega a reconocer a dichos representantes. En segundo lugar, la reglamentación inglesa sólo abarcaba a los supuestos en los que la empresa transmitida era propiedad del cedente, y además no comprendía a las empresas sin ánimo de lucro. En tercero, no obligaba al cedente o al cesionario que prevén la adopción de medidas en relación con sus trabajadores respectivos a consultar con la suficiente antelación tales medidas con los representantes de sus traba-

jadores, con el fin de llegar a un acuerdo. En cuarto, no contenía sanciones eficaces contra el empresario que no respetaba las obligaciones de información y consulta a los representantes de los trabajadores previstas por la Directiva. El Tribunal (asunto C-382/92) consideró que:

El Reino Unido ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, y del artículo 5 del Tratado CEE al no prever la designación de representantes de los trabajadores cuando el empresario no da su conformidad a la designación, al excluir las empresas sin ánimo de lucro del ámbito de aplicación del Reglamento destinado a aplicar la mencionada Directiva, al no obligar al cedente o al cesionario que prevén la adopción de medidas en relación con sus trabajadores a consultar con la suficiente antelación tales medidas con los representantes de sus trabajadores con el fin de llegar a un acuerdo y al no establecer sanciones eficaces para el caso de que el empresario omita informar y consultar a los representantes de los trabajadores.

10.1.3. Información y consulta de los representantes de los trabajadores en caso de despidos colectivos.

La Directiva 75/129/CEE del Consejo, de 17 de febrero de 1975 (luego revisada por la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio de 1998) prevé un procedimiento de consulta y de información a los representantes de los trabajadores en las empresas en donde el empleador esté contemplando la realización de despidos colectivos. Entre otras disposiciones, la Directiva establece que el empresario está obligado a notificar por escrito cualquier proyecto de despido colectivo a la autoridad pública competente. Los representantes de los trabajadores son informados de dicha notificación y pueden presentar sus observaciones a la autoridad pública. Los despidos colectivos no pueden tener lugar antes de transcurrido un plazo de treinta días desde la notifi-

cación del proyecto a la autoridad pública. La autoridad pública competente debe aprovechar este plazo para buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos considerados. La Comisión consideró que las medidas de transposición adoptadas por el Reino Unido eran insuficientes para aplicar la Directiva, e inició entonces un recurso por incumplimiento ante el TJCE. En su sentencia de 8 de junio de 1994 (Asunto C-383-92) el TJCE declaró que:

El Reino Unido ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 75/129/CEE del Consejo, de 17 de febrero de 1975, referente a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, y del artículo 5 del Tratado CEE al no prever la designación de representantes de los trabajadores cuando el empresario no da su conformidad a la designación, al establecer como ámbito de aplicación de las disposiciones legislativas destinadas a aplicar la mencionada Directiva un ámbito de aplicación más reducido que el previsto por la Directiva, al no obligar al empresario que proyecta realizar despidos colectivos a consultar a los representantes de los trabajadores con el fin de llegar a un acuerdo y en relación con las materias indicadas en la Directiva, y al no establecer sanciones eficaces para el caso de que no se consulte en la forma exigida por la Directiva a los representantes de los trabajadores.

10.1.4. Protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empleador: los asuntos Francovich y Bonifaci.

La directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, obliga a los Estados miembros de la UE a establecer mecanismos de garantía en virtud de los cuales se asegura el pago de determinados créditos laborales cuando los mismos no pueden ser pagados debido a que el empleador es insolvente. Italia había incumplido con esta obligación. Un ciudadano italiano, Andrea Francovich, había trabajado para una empresa de la que sólo había percibido anticipos esporádicos de salario. Entabló por tanto un litigio, y luego de haber obtenido sentencia favorable pidió una diligencia de embargo, la que tuvo resultado negativo debido a la insolvencia de su antiguo emplea-

dor. El Sr. Francovich invocó entonces el derecho a obtener del Estado italiano las garantías previstas por la Directiva 80/987 o, con carácter subsidiario, una indemnización. En un caso similar, entablado por la Sra. Danila Bonifaci, también se solicitó que el Estado italiano fuese condenado a pagar los créditos que se adeudaban a la demandante en concepto de atrasos de salarios, por lo menos en lo que respecta a las tres últimas mensualidades, habida cuenta de la obligación que le incumbía de aplicar la Directiva 80/987 a partir del 23 de octubre de 1983. La justicia italiana sometió entonces una cuestión prejudicial ante el TJCE, el que declaró (asuntos acumulados C-6/980 y C-9/90) que:

El Derecho comunitario impone el principio de que los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables.

10.1.5. Igualdad de trato e igualdad de remuneración por un trabajo de valor igual.

La jurisprudencia del TJCE ha tenido un impacto muy considerable en la eliminación de la desigualdad de trato y la discriminación salarial entre hombres y mujeres. En materia de igualdad de remuneración la construcción jurisprudencial del TJCE se ha basado en el antiguo art. 119 CE (actual 141 CE), relativo al principio de igualdad de remuneración por un trabajo, y a partir de 1975 en la ya citada Directiva 75/117/CEE, de 10 de febrero de 1975. En materia de igualdad de trato lo esencial de la jurisprudencia del TJCE se basa esencialmente en la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. La jurisprudencia del Tribunal ha dado un alcance muy amplio a esta Directiva, lo que en buena medida abrió el camino para la elaboración de normas comunitarias ulteriores, incluyendo la Directiva 97/80/CE, de 15 de diciembre de 1997 relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, y muy en particular la Directiva

2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que enmendó la Directiva de 1976. La Directiva de 2002 establece los conceptos de «discriminación directa» e «indirecta», lo mismo que la definición de acoso sexual, y prescribe que los tres constituyen casos de discriminación que deben ser prohibidos. Además aclara los límites dentro de los cuales se pueden reconocer excepciones al principio de la no discriminación⁵⁰.

Además de estas normas, relativas específicamente a la igualdad entre hombres y mujeres, como ya se ha dicho, la Comunidad ha adoptado más recientemente directivas con objeto de combatir la discriminación basada en otros motivos, tales como el origen racial o étnico, religión o credo, discapacidad, edad y preferencia sexual. Hasta la fecha no ha habido pronunciamientos del TJCE relativos al alcance de estas directivas.

10.1.6. Igualdad de remuneración por trabajo de igual valor.

Además del artículo 141 CE (antiguo art. 119 CE), el tema de la igualdad de remuneración ha sido abordado por la ya citada Directiva de 1975, la que exige que para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, se eliminen todos los elementos y condiciones de retribución que puedan dar origen a una diferencia de nivel salarial por motivos de sexo. La Directiva prescribe en particular, que cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, este sistema deberá basarse sobre criterios comunes a los trabajadores masculinos y femeninos, y estable-

cerse de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo. Su aplicación no es, sin embargo, fácil pues a veces los sistemas de clasificación de puestos son opacos y no permiten apreciar si ciertas diferencias salariales son por razón de sexo, o si responden a motivos objetivos, en donde el sexo no es un determinante. En este tema el TJCE ha dado prueba de una excepcional perspicacia y de no menor sensibilidad, como lo veremos a través de la selección de sentencias que sigue:

10.1.7. Aplicación directa del art. 119 CE (actual art. 141 CE): el asunto Defrenne

En el caso Defrenne (C-43/75) el TJCE se pronunció ya en 1976 sobre el alcance del entonces artículo 119 CE (actual art. 141 CE) relativo al principio de igualdad de remuneración entre hombres y mujeres por un trabajo de igual valor. En el origen de este asunto se encontraba un litigio entablado por una comisaria de bordo de una empresa aérea belga, por diferencia de salario con respecto a sus homólogos de sexo masculino. La existencia de tasas de salario diferentes para hombres y mujeres no era discutida por el demandado y el tribunal de trabajo belga planteó entonces una cuestión prejudicial. El TJCE declaró que:

“el principio de la igualdad de remuneración entre trabajadores de sexo masculino y femenino, establecido por el art. 119 CE, forma parte de los fundamentos de la Comunidad y puede ser invocado ante las jurisdicciones nacionales. Las mismas deben asegurar

50 A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

- ‘discriminación directa’: la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo,

- ‘discriminación indirecta’: la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios,

- ‘acoso’: 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,

- ‘acoso sexual’: la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

3. El acoso y el acoso sexual en el sentido de la presente Directiva se considerarán discriminación por razón de sexo y, por lo tanto, se prohibirán. El rechazo de tal comportamiento por parte de una persona o su sumisión al mismo no podrá utilizarse para tomar una decisión que le afecte.

la protección dimanante de esta disposición, en particular en casos de discriminación cuya fuente directa se encuentra en disposiciones legislativas o de convenciones colectivas de trabajo, así como en caso de remuneración desigual entre trabajadores de sexo femenino y masculino por un trabajo de valor igual, cuando el mismo es ejecutado en un mismo establecimiento o servicio, privado o público”.

En la misma decisión, el TJCE recordó los principios siguientes:

Por una parte, teniendo en cuenta la diferencia en el nivel de evolución de las legislaciones sociales en los diferentes Estados Miembros, el art. 119 CE cumple el cometido de evitar que en la competencia intracomunitaria las empresas establecidas en Estados que han realizado el principio de la igualdad de remuneración no sufran una desventaja competitiva con relación a empresas de Estados que todavía no han eliminado la discriminación salarial con respecto a la mano de obra femenina. Por la otra, esta disposición dimana de los objetivos sociales de la Comunidad; esta última no se limita a una unión económica, sino además debe asegurar al mismo tiempo el progreso social mediante la acción común, y propender a la mejora constante de las condiciones de vida y de trabajo de los pueblos de Europa, como lo afirma el Preámbulo del Tratado.

10.1.8. Inversión de la carga de la prueba cuando una empresa utiliza sistemas opacos de clasificación de puestos: el asunto Danfoss.

En 1987 la Federación de Empleados de Dinamarca planteó un litigio ante el Tribunal de Arbitraje Laboral de dicho país, argumentando que el salario medio de los empleados de la empresa Danfoss era superior en 6.5 por ciento promedio al de las empleadas, sin que hubiera razones objetivas que justificaran esa diferencia. A categoría igual tanto unos como otras tenían el mismo salario de base, pero en la práctica los trabajadores de sexo masculino se beneficiaban de incrementos individuales, que la empresa justificaba

invocando su mayor flexibilidad. También había sostenido que había una diferencia en la formación profesional entre los trabajadores y las trabajadoras, aun cuando realizaban tareas de un valor igual. El Tribunal de Arbitraje Laboral planteó entonces una cuestión prejudicial, que el TJCE resolvió según sentencia de 17 de octubre de 1989 (asunto C-109/88) en los términos siguientes:

Cuando una empresa aplica un sistema retributivo caracterizado por la falta total de transparencia, recae sobre el empresario la carga de la prueba de que su política de salarios no es discriminatoria, una vez que los trabajadores femeninos hayan demostrado, a partir de un número relativamente importante de trabajadores por cuenta ajena, que la retribución media de los trabajadores femeninos es inferior a la de los trabajadores masculinos.

Cuando resulte que la aplicación de criterios de incremento como la flexibilidad, la formación profesional o la antigüedad del trabajador perjudica sistemáticamente a los trabajadores femeninos:

- El empresario puede justificar la utilización del criterio de la flexibilidad si éste se entiende en el sentido de adaptabilidad a horarios y lugares de trabajo variables, demostrando que dicha adaptabilidad reviste importancia para la ejecución de las tareas específicas que se confían al trabajador, pero no si este criterio se entiende referido a la calidad del trabajo realizado por el trabajador.
- El empresario puede justificar la utilización del criterio de formación profesional demostrando que dicha formación reviste importancia para la ejecución de las tareas específicas que se confían al trabajador.
- El empresario no tiene que justificar de modo especial la utilización del criterio de la antigüedad.

10.1.9. Necesidad de que los criterios de clasificación sean objetivos: el asunto Rummler.

En el asunto Rummler vs Dato Druck GBMH la demandante había puesto en tela de juicio un sistema de clasificación de puestos de la empresa demanda-

da, conforme con el convenio colectivo sectorial de la imprenta, entonces vigente en Alemania, el que establecía siete grupos de salarios, clasificados en base a criterios que incluían el nivel de conocimientos, la concentración, el esfuerzo muscular, la fatiga y la responsabilidad. Entre las cuestiones prejudiciales que el tribunal alemán planteó al TJCE se encontraba la de determinar si un sistema de clasificación de puestos es compatible con el principio de la igualdad de remuneración cuando se apoya sobre criterios como el esfuerzo o la fatiga muscular o la naturaleza físicamente penosa de las labores. El TJCE (asunto C-237/85) consideró que:

Un sistema de clasificación de puestos no es necesariamente discriminatorio por el sólo hecho de que uno de sus criterios se refiere a aptitudes (en el caso el esfuerzo muscular) que los hombres poseen más fácilmente que las mujeres, a condición de que teniendo en cuenta la naturaleza de las tareas, el trabajo a realizar exija efectivamente cierto desarrollo de fuerza muscular, y que teniendo en consideración otros criterios, el mismo llegue a excluir en su conjunto toda discriminación basada en el sexo.

10.1.10. ¿Cómo se deben comparar los salarios entre dos grupos de trabajadores, uno mayoritariamente masculino y otro mayoritariamente femenino?: el asunto Orebro.

En el asunto Orebro el Defensor del pueblo en materia de igualdad de oportunidades había planteado ante el Tribunal de Trabajo de Suecia que existía discriminación salarial entre dos categorías de trabajadores que desempeñaban trabajos considerados de valor igual. Una de ellas, las obstetras, era predominantemente femenina, mientras que la otra, los técnicos clínicos, era predominantemente masculina. El salario de base de las obstetras era inferior al de los técnicos clínicos, pero el salario final de ambas categorías era sensiblemente similar, debido a que las obstetras, por la naturaleza de sus labores, debían asegurar turnos nocturnos, lo mismo que en fines de semana y días festivos, por los que recibían una prima por horarios incómodos, pero no

así los técnicos clínicos, quiénes sólo trabajaban en horarios normales. El TJCE (asunto C-236/98) consideró que un control eficaz del principio de igualdad de remuneración sólo se puede garantizar si dicho principio se aplica a cada uno de los elementos de la retribución que perciben, respectivamente, los trabajadores y las trabajadoras. Por consiguiente en el asunto en cuestión correspondía comparar sólo a los salarios de base y concluir que había discriminación si del conjunto de la evidencia surgía que una proporción mucho más importante de mujeres que de hombres estaba afectada por la disparidad salarial en cuestión y esta diferencia no se podía justificar por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

10.1.11. ¿La situación del mercado puede justificar una diferencia salarial entre dos categorías de trabajadores que desempeñan tareas de un valor igual?. El asunto Enderby.

La Dra. Pamela Enderby, logopeda (fonoaudióloga) en el Servicio Nacional de Salud del Reino Unido, NHS, planteó un litigio en 1986, debido a la diferencia entre la remuneración correspondiente a su categoría – predominantemente femenina – y la de otras dos categorías, respectivamente de psicólogo clínico principal y farmacéutico principal, en donde los hombres eran sensiblemente más numerosos que las mujeres. El empleador sostuvo que las diferencias de remuneración se debían a que las remuneraciones habían sido fijadas en procesos de negociación colectiva diferentes. Existían además factores objetivos que justificaban la diferencia de trato, en particular las condiciones del mercado, ya que con respecto a las profesiones supuestamente masculinas existía escasez de candidatos y el NHS estaba en competencia con el sector privado, lo que no sucedía en el caso de una logopeda. Planteada la cuestión prejudicial, el TJCE (asunto C-127/92) declaró:

El hecho de que la determinación de las retribuciones controvertidas sea el resultado de negociaciones colectivas que se llevaron a cabo de forma separada para cada uno de los dos grupos profesionales afectados y que no tuvieron efecto discriminatorio dentro de

ninguno de ambos grupos no obsta para comprobar la existencia de una discriminación aparente, desde el momento en que dichas negociaciones dieron lugar a resultados que ponen de manifiesto una diferencia de trato entre dos grupos que tienen el mismo empleador y el mismo sindicato.

Con respecto a la segunda cuestión el TJCE recordó que:

el juez nacional es el único competente para apreciar los hechos, y determinar si, y en qué medida, los motivos expuestos por un empresario para explicar la adopción de una práctica salarial que se aplique con independencia del sexo del trabajador, pero que perjudique de hecho más a las mujeres que a los hombres, pueden ser considerados como razones económicas objetivamente justificadas. Entre estas razones pueden contarse, siempre que guarden relación con las necesidades y los objetivos de la empresa, diferentes criterios como la flexibilidad o la adaptabilidad de los horarios y los lugares de trabajo, la formación profesional e incluso la antigüedad de un trabajador. La situación del mercado de trabajo, que puede llevar a un empleador a incrementar la retribución de un trabajo concreto para atraer candidatos al mismo, puede ser una de las razones económicas objetivamente justificadas a efectos de la jurisprudencia antes citada. La determinación del alcance exacto de un factor de este tipo en las circunstancias de cada caso requiere una apreciación de los hechos y, por consiguiente, es competencia del órgano jurisdiccional nacional.

10.1.12. La dimensión de género de los empleos a tiempo parcial: los asuntos Nimz, Kowalska y Bilka.

En el asunto Nimz se discutía la validez de un convenio colectivo aplicable a los empleados de la municipalidad de Hamburgo, en virtud del cual los trabajadores que cumplían jornada a tiempo completo o superior a tres cuartos de la duración normal del trabajo pasaban a una categoría superior de remuneración después de seis años de servicios, mientras que los trabajadores a tiempo parcial necesitaban acumular doce años para beneficiarse del mismo tratamiento. Una mayoría de los trabajadores a tiempo parcial eran mujeres, por lo que se argumentó que la práctica en

cuestión discriminaba por motivos de sexo. En el curso del procedimiento la ciudad de Hamburgo había justificado esta práctica argumentando que los trabajadores a tiempo completo adquirirían más rápidamente que los trabajadores a tiempo parcial la experiencia, la capacidad y las competencias relativas a su trabajo. El TJCE (asunto C-184/89) consideró que este argumento no era más que una mera generalización, y que el empleador debía probar que la diferencia estaba justificada por factores objetivos, en particular la relación entre la naturaleza de la función desempeñada y la experiencia que se puede ganar para su ejercicio luego del cumplimiento de un cierto número de horas de trabajo.

En Kowalska se planteaba la elegibilidad de los trabajadores a tiempo parcial de la municipalidad de Hamburgo para recibir una indemnización por terminación del contrato de trabajo, a la que tenían no obstante derecho los trabajadores a tiempo completo. El Tribunal consideró que el convenio colectivo aplicable a dichos trabajadores permitía una discriminación, en la medida en que quedaba demostrado, como era el caso, de que un porcentaje mucho menor de hombres que de mujeres trabajaba a tiempo parcial. Un convenio colectivo que permite tal práctica debe, en principio, ser considerado como contrario al art. 119 CE, a menos que la diferencia de trato entre las dos categorías de trabajadores se justifique por factores objetivos, ajenos al sexo. En el curso del procedimiento, la ciudad de Hamburgo había sostenido que los trabajadores a tiempo parcial no subvenían a sus necesidades y las de su familia gracias exclusivamente a los ingresos provenientes de su empleo, y que por consiguiente no existía, de parte de la ciudad, una necesidad de ayuda transitoria a dichos trabajadores, cuando perdían su empleo, que justificaría el pago de la indemnización por cesación de servicios. Una vez más el TJCE (asunto C-33/89) consideró que esto era una generalización, que no justificaba la diferencia de trato en razones objetivas, ajenas al sexo.

En Bilka (C-170/84) se objetó la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial de un régimen de pensiones privadas de empresa establecido por un cadena alemana de grandes tiendas. No se discutía que una gran mayoría de los empleos a tiempo parcial estaban ocupados por personal femenino. En su defensa, la empresa Bilka argumentaba que la exclusión

respondía a un motivo objetivo, a saber, su interés en desalentar el trabajo a tiempo parcial, ya que normalmente quienes trabajan a tiempo parcial se niegan a trabajar los fines de semana, es decir, precisamente en los días de mayor afluencia de clientela. El TJCE consideró en primer lugar que, a diferencia de las prestaciones de los regímenes legales de pensión, las planes de pensiones privadas de empresa son directa o indirectamente pagados por el empleador con motivo del empleo de un trabajador, y tienen por consiguiente naturaleza remuneratoria. Con respecto a la justificación invocada por la empresa, para excluir a los trabajadores a tiempo parcial de su plan de pensiones, el TJCE opinó que sólo la justicia nacional es competente para apreciar los hechos, y determinar si y en que medida los motivos expuestos por un empleador, para fundar una practica salarial que afecta comparativamente más a las trabajadoras que a los trabajadores, puede ser considerados como una razón económica objetivamente justificada. Si la jurisdicción nacional constata que los medios escogidos responden a una verdadera necesidad de la empresa, son aptos para alcanzar el objetivo por ella buscado y son necesarios, la circunstancia de que las medidas en cuestión afectan más a las trabajadoras que a los trabajadores no sería suficiente para concluir que ha habido violación del art. 119 CE.

10.1.13. Derecho a prestaciones de un plan de pensiones privadas que establecen edades de retiro diferentes para hombres y mujeres: el asunto Barber.

El Sr. Barber había sido despedido por motivos económicos, a la edad de 52 años, de una empresa que ofrecía un régimen de pensiones privadas a su personal. En virtud de ese régimen la edad normal de la pensión era respectivamente de 62 años para los hombres y 57 para las mujeres, pero en caso de despido los interesados tenían derecho a una pensión inmediata, respectivamente a partir de 55 y 50 años. Considerándose víctima de una discriminación por motivos de sexo, el Sr. Barber entabló un procedimiento judicial, y el asunto fue finalmente referido por la Cámara de Apelaciones de Londres al TJCE, para una cuestión prejudicial. El TJCE (asunto C-262/88) consideró – como ya lo había hecho en *Bilka* – que a

diferencia de las prestaciones pagadas por los regímenes públicos de seguridad social, las pensiones de vejez a cargo de regímenes privados tienen naturaleza remuneratoria, ya que son pagadas directa o indirectamente por el empleador al trabajador con motivo del empleo de este último, y poco importa que lo sean después de la cesación del servicio. Por consiguiente deben ser examinadas a la luz del artículo 119 CE (actual art. 141 CE), en virtud del cual queda prohibida toda desigualdad de remuneración entre trabajadores hombres y mujeres, cualquiera sea el mecanismo que determine esa desigualdad. La fijación de una condición de edad diferente según el sexo de los beneficiarios, en el marco de un régimen privado de pensiones, es por lo tanto contraria al art. 119 CE, aún cuando la diferencia de edad esté alineada sobre la prevaleciente en el régimen público.

10.1.14. Igualdad de trato en materia de empleo y ocupación.

La jurisprudencia del TJCE en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres es no menos rica que en materia de igualdad de remuneración, y como lo veremos enseguida, ha dado una interpretación muy extensiva a la ya citada Directiva de 1976. En muchos aspectos la revisión de esta Directiva, en 2002, refleja la elaboración jurisprudencial del TJCE, que ha sido determinante para permitir el acceso de la mujer a muchos empleos que le estaban otrora vedados.

10.1.15. Prohibición de emplear mujeres para efectuar trabajo nocturno: el asunto Stoeckel.

Stoeckel, una empresa francesa, había acordado con los representantes de sus trabajadores una reorganización de sus horarios de trabajo que conllevaba la organización de un turno nocturno. Este acuerdo fue ratificado por el personal, que en buena parte estaba constituido por trabajadoras. Sin embargo, la inspección del trabajo francesa significó a la empresa que el acuerdo estaba en contravención con la legislación francesa que, en virtud de la ratificación del Convenio sobre el trabajo nocturno de las mujeres, 1948 (No. 89), prohibía emplear a las mujeres en turnos nocturnos. La empresa fue sancionada, y apeló la sanción

argumentando que la prohibición del trabajo nocturno de la mujer estaba en contradicción con la legislación comunitaria, en concreto el artículo 5 de la Directiva sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres, 1976. En el procedimiento penal que siguió, tribunal francés planteó una cuestión prejudicial al TJCE, relativa a la compatibilidad de la legislación francesa con dicha directiva. El TJCE consideró (asunto C-345/89) que si bien en determinadas circunstancias - por ejemplo en caso de embarazo y maternidad - es admisible que se prohíba el trabajo nocturno de las mujeres, la Directiva es lo suficientemente precisa como para crear, a cargo de los Estados Miembros, la obligación de no establecer como principio legislativo la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres, en la misma medida en que no existe tampoco prohibición del trabajo nocturno de los hombres. Como consecuencia de esta decisión, Francia, lo mismo que los otros Miembros de la UE, denunciaron el Convenio No. 89 de la OIT. Al propio tiempo la OIT adoptó el Convenio sobre el trabajo nocturno, 1990 (No. 171) cuyas disposiciones se aplican por igual a hombres y mujeres, y entre otras disposiciones permite prohibir el trabajo nocturno de las mujeres pero sólo en la medida en que es susceptible de conllevar riesgos durante el período de embarazo.

10.1.16. Acceso de la mujer a empleos en las fuerzas armadas y de policía: los asuntos Kreil y Johnston.

La Sra. Kreil, especialista en electrónica, había solicitado en 1996 un empleo en la Bundeswehr, expresando el deseo de ingresar en el servicio de mantenimiento (electromecánica de armas). Su solicitud fue denegada por la administración alemana, basándose en que la Ley excluye a las mujeres del servicio militar con armas. La interesada interpuso un recurso ante

el Tribunal Administrativo de Hannover, sosteniendo que la denegación de su solicitud por motivos basados únicamente en el sexo era contraria al derecho comunitario, y el tribunal alemán sometió entonces al TJCE una cuestión prejudicial, relativa a la compatibilidad de la ley alemana con la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, en particular su artículo 2, apartado 2⁵¹. En su descargo, el gobierno alemán argumentó que el derecho comunitario no regula, en principio, las cuestiones de defensa, que forman parte del ámbito de la política exterior y de seguridad común y que se mantienen en la esfera de soberanía de los Estados miembros. Por otra parte, aun suponiendo que la Directiva pueda aplicarse a las fuerzas armadas, las disposiciones nacionales de que se trata, que limitaban el acceso de las mujeres a determinados puestos en la Bundeswehr, pueden estar justificadas en virtud de su artículo 2, apartados 2 y 3⁵². En el procedimiento intervinieron además los gobiernos italiano y británico, quienes ofrecieron alegatos similares al del gobierno alemán. También intervino la Comisión, que por el contrario consideró que la Directiva es aplicable a las relaciones de empleo del servicio público y a las relaciones laborales en las fuerzas armadas; además sostuvo que el artículo 2, apartado 3, de la Directiva no puede justificar una mayor protección para las mujeres contra riesgos que afectan a los hombres y a las mujeres del mismo modo.

El TJCE (asunto C-285/98) consideró que el Tratado sólo prevé excepciones aplicables a situaciones que puedan poner en peligro la seguridad pública, que se refieren a supuestos claramente delimitados. Recordó además que, en virtud de la Directiva, los Estados miembros tienen la facultad de excluir de su ámbito de aplicación las actividades profesionales para las cuales el sexo constituye una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio, como lo reconoció, por ejemplo con relación

51 Art.2.2 La presente Directiva no obstará la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación las actividades profesionales y, llegado el caso, las formaciones que a ellas conduzcan, para las cuales el sexo constituye una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio. Enmendada en 2002, por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, la presente regla añade que el objetivo de la excepción debe ser legítimo y el requisito proporcionado.

52 Art.2. 3. La presente Directiva no obstará las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad.

a determinados empleos como los de los vigilantes y vigilantes jefes de prisiones⁵³, para determinadas actividades como las de policía ejercidas en una situación de graves disturbios internos⁵⁴ o también para el servicio en determinadas unidades de combate especiales⁵⁵. Sin embargo, en estos casos se trata siempre de excepciones a un derecho individual consagrado por la Directiva, por lo que deben ser interpretadas restrictivamente. De ello se desprende que la Directiva es aplicable en una situación como la controvertida en el litigio principal.

En este sentido, al determinar el alcance de cualquier excepción a un derecho fundamental, como el de igualdad de trato entre hombres y mujeres, hay que respetar el principio de proporcionalidad, que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario. Este principio exige que las excepciones no sobrepasen los límites de lo adecuado y necesario para conseguir el objetivo propuesto y exige conciliar, en la medida de lo posible, el principio de igualdad de trato con las exigencias de seguridad pública determinantes de las condiciones de ejercicio de la actividad de que se trate... De ello no se puede deducir la existencia de una reserva general, inherente al Tratado, que excluya del ámbito de aplicación del Derecho comunitario cualquier medida adoptada por motivos de seguridad pública. Reconocer la existencia de tal reserva, sin atender a las condiciones específicas de las disposiciones del Tratado, podría contravenir el carácter imperativo y la aplicación uniforme del Derecho comunitario.

El TJCE concluyó que las disposiciones de la ley alemana, que se aplicaban casi a la totalidad de los empleos militares de la Bundeswehr, no pueden considerarse como una excepción justificada por la naturaleza específica de los empleos de que se trata o por las condiciones especiales de su ejercicio. Además, habida cuenta de la propia naturaleza de las fuerzas armadas, el hecho de que las personas que sirven en ellas puedan tener que utilizar armas no justifica por sí solo que las mujeres queden excluidas del acceso a los empleos militares.

En el asunto Johnston un tribunal de trabajo de Irlanda del Norte había referido al TJCE una cuestión prejudicial, relativa al derecho de las mujeres a integrar una fuerza de policía local, en la que debían en particular entrenarse en el uso de armas de fuego, con miras eventualmente a utilizarlas. Los policías en el Reino Unido tradicionalmente no usan armas de fuego en el ejercicio de sus funciones; sin embargo, el jefe del cuerpo de policía del Ulster había considerado no poder mantener dicha práctica, debido al alto número de atentados de que los policías eran víctimas. Por consiguiente, había autorizado el uso de armas y dispuesto que los policías de sexo masculino recibirían instrucción con ese objeto; por su parte, las mujeres policía no participarían en misiones en que se requiriera el uso de armas, y en general su empleo sería limitado a tareas auxiliares para las que no se requería la disposición a utilizar armas. Como resultado de este nueva política, en 1980 una mujer policía, la Sra. Johnston, fue informada que su contrato no sería renovado, por lo que inició un proceso ante el tribunal de trabajo, alegando la violación de la Directiva 76/207. En respuesta a su demanda, el gobierno del Ulster justificó su política de no emplear a mujeres policías para misiones que exigían el uso de armas, aduciendo con ese objeto motivos de salvaguarda de la seguridad del Estado y el orden público. Entre otras consideraciones, sostuvo que si las mujeres policía eran equipadas con armas de fuego serían más fácilmente blanco de atentados que los hombres y sus armas podrían caer en manos de sus asaltantes. Además el público podría tener una mala imagen de una policía femenina armada, y que las mujeres policías armadas serían menos eficaces en sus actividades de policía en el terreno social, en contacto con las familias y sus hijos, para las cuales sus servicios eran altamente apreciados.

El TJCE (asunto C-222/84) observó que el principio de igualdad de trato reconoce algunas excepciones, que están en general comprendidas dentro del texto de la Directiva, especialmente cuando el sexo constituye una condición determinante en

53 Sentencia de 30 de junio de 1988, Comisión/Francia, C-318/86.

54 Sentencia de 15 de mayo de 1986, Johnston, C-222/84.

55 Sentencia de 26 de octubre de 1999, Sirdar, C-273/97

razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio o cuando el Estado adopta disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad (arts. 2.2 y 2.3 de la Directiva 76/207), y reconoció que dentro de dicho marco las condiciones de ejercicio de ciertas misiones de policía puede ser de tal naturaleza que el sexo constituya una condición determinante para su ejercicio. Sin embargo, se trataría en tal caso de una excepción, que exigiría el respeto del principio de la proporcionalidad, el que exige que las derogaciones no excedan los límites de lo que se considera adecuado y necesario para alcanzar los fines perseguidos, y que se deba conciliar, en toda la medida de lo posible, el principio de igualdad de trato con las exigencias de seguridad pública que son determinantes para las condiciones de ejercicio de la actividad en cuestión. Ahora bien, no existe evidencia de que los riesgos y peligros a los que se encuentran expuestas las mujeres policía en una situación como la de Irlanda del Norte sean diferentes de aquellos a los que están expuestos los hombres en el ejercicio de las mismas funciones. De ahí que una exclusión general de todas las mujeres de una actividad profesional con las antedichas características, en razón de un riesgo general y no específico para la mujer, no entra dentro del marco de las diferencias de trato que el art. 2.3 de la Directiva admite con el objeto de proteger a la mujer.

10.1.17. Negativa a emplear a una mujer por motivos de embarazo: los asuntos Dekker y Mahlburg.

En junio de 1981 la Sra. Dekker había postulado a un empleo como educadora en un centro de formación para jóvenes adultos, en Holanda. A pesar de que era la persona que tenía las mejores calificaciones le fue negado el empleo por encontrarse entonces embarazada de tres meses. En la carta por la que se le comunicaba el rechazo de su postulación se le informaba que, de acuerdo con la reglamentación en vigor, el Fondo de prestaciones sociales competente no reembolsaría las asignaciones que el centro de educación debería pagar a la Sra. Dekker durante su licencia por maternidad, lo que le imposibilitaría financieramente contratar a una reemplazante durante

toda su ausencia. La Sra. Dekker presentó entonces un recurso judicial ante un tribunal holandés, el que refirió una cuestión prejudicial al TJCE. En su decisión (asunto C-177/88) el TJCE consideró que:

Una negativa a contratar, por causa de embarazo, solamente puede ser opuesta a una mujer y constituye por consiguiente una discriminación por motivo de sexo. A su vez, una negativa a contratar, debido a las consecuencias financieras de una ausencia por maternidad, debe considerarse como fundada esencialmente en el embarazo de la mujer. Una tal discriminación no podría ser justificada por motivos relacionados con el perjuicio financiero que el empleador pudiera sufrir en caso de contratación de una mujer embarazada, durante su licencia por maternidad.

En el asunto Mahlburg la demandante, una enfermera diplomada, había postulado a un empleo en virtud de un contrato de trabajo de duración indefinida, con una clínica universitaria de la ciudad de Rostock, Alemania. El empleo le fue negado pues se encontraba entonces embarazada. El argumento que se le dio entonces fue que las obligaciones del puesto implicaban la ejecución de tareas que en virtud de la ley estaban prohibidas durante el embarazo. En el litigio que se entabló por ese motivo la demandante sostuvo que, entre otras disposiciones legales se había violado la Directiva 76/207, mientras que la demandada consideraba que la negativa a emplear una mujer embarazada estaba justificada por la excepción prevista en el artículo 2.3, que permite a los Estados Miembros adoptar disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad. El tribunal alemán planteó entonces una cuestión prejudicial, y el TJCE (asunto C-207/98) recordó que el despido de una mujer embarazada, contratada por tiempo indefinido no puede fundarse en su incapacidad para cumplir uno de los requisitos esenciales de su contrato de trabajo. Aunque la disponibilidad del empleado sea necesariamente para el empresario un requisito esencial para la correcta ejecución del contrato de trabajo, la protección que el Derecho comunitario garantiza a la mujer durante el embarazo y, después, tras el parto, no puede depender de si la presencia de la interesada, durante el período correspondiente a su maternidad, es indispensable para la buena marcha de la empresa

en la que está empleada. La interpretación contraria privaría de efecto útil a las disposiciones de la Directiva... (Tampoco) la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres embarazadas, en principio compatible con el artículo 2, apartado 3, de la Directiva, no puede servir de base para resolver un contrato de trabajo existente celebrado por tiempo indefinido ... En efecto, dicha prohibición sólo produce efectos durante un período limitado en relación con la duración total del contrato ... (Además) ... el Tribunal de Justicia ha declarado ... que el ejercicio de los derechos conferidos a las mujeres en virtud del artículo 2, apartado 3, de la Directiva no puede ser objeto de un trato desfavorable en lo que atañe a su acceso al empleo y a sus condiciones de trabajo y que, desde esta perspectiva, la Directiva tiene por objeto conseguir una igualdad material y no meramente formal. Se deduce de esta jurisprudencia que la aplicación de las disposiciones relativas a la protección de la mujer embarazada no puede tener por consecuencia un trato desfavorable en lo que atañe al acceso al empleo de una mujer embarazada, de modo que no permite a un empresario negarse a contratar a una candidata embarazada debido a que una prohibición de trabajo motivada por dicho embarazo le impide destinarla, desde el primer momento y durante su embarazo, al puesto de trabajo por tiempo indefinido que se encuentre vacante.

10.1.18. Negativa, por causa de embarazo, a renovar un contrato de trabajo de duración determinada: el asunto Tele Danmark.

En este asunto el TJCE se pronunció sobre la interpretación, no sólo de la Directiva 76/207, sino también de la Directiva 92/85, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. La Sra. Brandt-Nielsen había sido contratada en 1995, por un período de seis meses a partir del primero de julio, por la firma Tele-Danmark, para trabajar en su servicio post-venta de teléfonos móviles. A finales de agosto informó a su empleador que estaba embarazada, y esperaba dar a luz a principio del mes de noviembre.

Este la despidió, invocando como motivo que había omitido informar sobre su embarazo en oportunidad de una entrevista previa al empleo; además, debido a su embarazo no iba a poder cumplir una parte sustancial de su contrato. La Sra. Brandt-Nielsen inició entonces un recurso ante la justicia danesa, la que planteó una cuestión prejudicial ante el TJCE. Tele Danmark sostuvo que la negativa a contratar a una mujer embarazada o su despido sólo infringían el Derecho comunitario cuando se trata de un contrato por tiempo indefinido, pues en el marco de dicha relación laboral, debe suponerse que las obligaciones de la trabajadora siguen existiendo una vez terminado el permiso de maternidad, por lo que el respeto del principio de igualdad de trato conduce a un resultado equilibrado. El argumento no pareció muy convincente al TJCE el que declaró (asunto C-109/00) que:

... las Directivas 76/207 y 92/85 no establecen distinción alguna respecto al alcance del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres dependiendo de la duración de la relación laboral de que se trate. Si el legislador comunitario hubiese querido excluir del ámbito de aplicación de dichas Directivas los contratos de duración determinada, que suponen una parte importante de las relaciones laborales, lo habría precisado de forma expresa. En consecuencia, procede responder a la primera cuestión que los artículos 5, apartado 1, de la Directiva 76/207 y 10 de la Directiva 92/85 deben interpretarse en el sentido de que se oponen al despido de una trabajadora por causa de embarazo cuando ésta fue contratada por un período determinado, no informó a su empresario de su embarazo, a pesar de que ya lo conocía en el momento en que se celebró el contrato de trabajo, y, debido a dicho estado, no va a poder trabajar durante una parte significativa de la duración de dicho contrato.

10.1.19. Despido por enfermedades debidas al embarazo: el asunto Mary Brown vs Rentokil.

En este asunto el TJCE tuvo que pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por la Cámara de los Lores, relativa a la legalidad de una cláusula contractual que permitía el despido de una trabajadora por ausencias de una duración mayor a seis meses,

debidas a una enfermedad originada en el embarazo. La empresa en cuestión argumentaba que la cláusula en cuestión se aplicaba a toda ausencia por enfermedad, cualquiera fuera su causa, y se aplicaba por igual a mujeres y hombres. El TJCE (asunto C-394/96) consideró que:

el despido de una mujer durante el embarazo no puede fundarse en motivos basados en la incapacidad, derivada de su estado, para desempeñar la actividad laboral a que se comprometió frente a su empresario. Si se acogiera semejante interpretación, la protección que el Derecho comunitario garantiza a la mujer durante el embarazo quedaría reservada únicamente a las trabajadoras embarazadas que pudieran cumplir las obligaciones de su contrato de trabajo, de manera que las disposiciones de la Directiva 76/207 perderían su eficacia ... En efecto, si bien el embarazo no puede en absoluto compararse a un estado patológico, no es menos cierto que ... es un período durante el cual pueden producirse trastornos y complicaciones que pueden obligar a la mujer a someterse a un control médico riguroso y, en su caso, a guardar reposo absoluto durante todo el embarazo o una parte de éste. Dichos trastornos y complicaciones, que pueden implicar una incapacidad laboral, constituyen riesgos inherentes al embarazo y, por lo tanto, comparten la especificidad de este estado.

10.1.20. Despido de una trabajadora por haber alcanzado la edad jubilatoria, diferente de la del hombre: el asunto Helen Marshall.

La Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, sobre igualdad de trabajo entre hombres y mujeres en materia de acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, dispone en el primer párrafo de su artículo 5 que La aplicación del principio de igualdad de trato en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendidas las condiciones de despido, implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo. La Srta. Helen Marshall, que trabajaba para una autoridad pública británica, fue despedida de la misma por el sólo motivo de haber

alcanzado la edad jubilatoria, que era inferior para las mujeres que para los hombres. Inició entonces un recurso ante un tribunal británico, el que planteó una cuestión prejudicial ante el TJCE. Este último resolvió según sentencia del 26 de febrero de 1986, (asunto C-152/84) que:

El apartado 1 del artículo 5 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que una política general de despido que implique el despido de una mujer por la única causa de haber alcanzado o sobrepasado ésta la edad a la que tiene derecho a una pensión del Estado, edad que es diferente para hombres y mujeres en virtud de la legislación nacional, constituye una discriminación por razón de sexo prohibida por dicha Directiva.

Una cuestión subsidiaria a esta decisión fue la determinación del monto indemnizatorio que se debía otorgar a la Srta. Marshall como consecuencia de haber sido víctima de un despido discriminatorio en el sentido de la Directiva. La legislación entonces en vigor en el Reino Unido establecía un tope indemnizatorio de 6.250 libras esterlinas, y se planteó la cuestión de determinar si la existencia de un tope era compatible con el artículo 6 de la Directiva, a tenor del cual los Estados miembros deben introducir en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para que cualquier persona que se considere perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato en el sentido de la Directiva, pueda hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional después de haber recurrido, eventualmente, a otras autoridades competentes. A pedido de la Cámara de los Lores el TJCE resolvió una cuestión prejudicial con fecha 2 de agosto 1993 (asunto C-271/91). El Tribunal observó que, a los efectos de alcanzar los objetivos de la Directiva, los Estados miembros disponen de libertad de elegir entre las distintas soluciones apropiadas. Sin embargo, también agregó que:

La fijación de un límite máximo, como el controvertido en el asunto principal, no puede constituir por definición la aplicación correcta del artículo 6 de la Directiva, dado que limita a priori el importe de la indemnización a un nivel que no es necesariamente conforme con el requisito de garantizar una igualdad de oportunidades efectiva mediante la reparación adecuada del perjuicio sufrido por un despido discriminatorio.

10.1.21. Acción afirmativa: los asuntos Kalanke y Marshall.

El tema de la llamada “acción positiva” o “afirmativa” es quizás uno de los más controvertidos en materia de igualdad de derechos, en la medida en que implica casi siempre el riesgo de que las medidas que puedan ser tomadas con objeto de compensar los efectos de discriminaciones pasadas conlleven el resultado no deseado de crear una nueva discriminación. Si bien la Directiva 76/207 en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres establece el principio de la igualdad de oportunidades en materia de empleo y formación, permite no obstante una excepción, ya que conforme a su artículo 2.4., la misma no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1. La reforma de 2002 ha reemplazado ese texto mediante una referencia al apartado 4 del artículo 141.4 CE (antiguo art. 119), a tenor del cual: con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.

Ahora bien, es muy claro que cualquier medida que un Estado tome con este objeto tiene dos caras. Una de ellas es la que ofrece mejores oportunidades de acceso al empleo, la formación y la promoción a personas que han estado históricamente en una situación desventajosa; la otra cara es la que niega esas mismas ventajas o preferencias a otras personas, por el sólo hecho de que no pertenecen al grupo anteriormente desfavorecido. Dentro de este marco, el problema que siempre se evoca es el de las cuotas de acceso al empleo, la formación y la promoción de carrera. Este es un tema que casi invariablemente se asocia a la experiencia americana, consecutiva a la Ley de derechos civiles, de 1966, de reserva de empleos y vacantes en las universidades a personas provenientes de grupo étnicos que habían sido históricamente objeto de discriminación. Sin embargo, como lo veremos

enseguida, no existe en Europa práctica alguna comparable, pues las políticas de acción positiva, cuando las hay, en ningún momento reservan un cupo o cuota de empleos o de oportunidades de formación y carrera a personas de un sexo determinado, y de haber dichas cuotas es muy posible que serían consideradas contrarias al derecho comunitario, ya que su puesta en ejecución implicaría automáticamente la posibilidad de negar empleos o posibilidades de formación y de carrera a otras personas, por el sólo motivo de no pertenecer al sexo que se quiere beneficiar. Lo que sí existe es, en cambio, la posibilidad de establecer preferencias, pero ello dentro de límites muy estrechos, como el TJCE lo precisó en algunas decisiones prejudiciales, en particular en los asuntos Kalanke y Marschall.

En Kalanke (C-450/93) se planteó el problema de la compatibilidad de una ley relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres, del land de Bremen, en virtud de la cual se disponía que al efectuar una selección, incluso para proveer un puesto de funcionario o de juez ... se concederá preferencia a las mujeres, frente a los candidatos masculinos con la misma capacitación en aquellos sectores en los que estén infrarrepresentadas. La ley consideraba que existía infrarrepresentación de las mujeres cuando en los distintos grados de salarios, sueldos y retribuciones de un determinado servicio no cubran al menos la mitad de los puestos. El Sr. Kalanke, lo mismo que una candidata femenina con muy similares calificaciones, habían sido candidatos a un concurso, para nombrar al jefe de parques y jardines de la ciudad de Bremen. En el procedimiento se llegó a la conclusión de que ambos candidatos poseían calificaciones similares, y que en virtud de la ley antedicha se debía dar preferencia a la candidata femenina. El Sr. Kalanke interpuso un recurso, aduciendo entre otras cosas la incompatibilidad de la ley local con el derecho comunitario, y el tribunal de trabajo competente planteó una cuestión prejudicial ante el TJCE. Este último consideró que:

una norma nacional que establece que, en una promoción, las mujeres que tienen la misma capacitación que sus competidores masculinos gozan automáticamente e incondicionalmente de preferencia en los sectores en los que estén infrarrepresentadas, entraña una discriminación por razón de sexo. Esta norma va más allá de lo que permite el ya citado apartado 4 del artículo 2, el que constituye una excepción a un dere-

cho individual consagrado por la Directiva, y debe por tanto interpretarse restrictivamente.

De lo antedicho resulta claro que un sistema de cuotas, en virtud del cual se estarían negando oportunidades de empleo o promoción a personas del sexo que no se beneficia de la cuota, no tendría ninguna posibilidad de ser aceptado en un Estado miembro de la UE, y lo mismo ocurriría cuando en vez de una cuota la ley se limita a establecer un principio de preferencia automática e incondicional. En gran medida esto fue expresado también por el TJCE en el asunto *Abrahamsson* (C-407/98), en el que se pronunció negativamente sobre una ley sueca en virtud de la cual se debía seleccionar a un candidato del sexo infrarrepresentado, con capacitación suficiente para un empleo, aún cuando sus calificaciones fueran levemente inferiores a las de un candidato del otro sexo.

Pero esto no obsta a que sí pueda existir un sistema de preferencias, a condición que el mismo no sea automático ni incondicional, como se desprende de las decisiones en *Badeck* (asunto C-158/97) y sobre todo *Marschall*. Así, en *Marschall* (Asunto C-409/95) el TJCE consideró compatible con el derecho comunitario una ley del Land de Renania del Norte-Westfalia, en virtud de la cual, en caso de que hubiera menos mujeres que hombres en un nivel determinado de carrera, se concedería preferencia a las mujeres, a igualdad de aptitud, competencia y prestaciones profesionales, salvo que concurran en la persona de un candidato motivos que inclinen la balanza a su favor.

11. DIÁLOGO SOCIAL.

En general, se reconoce que el diálogo social a nivel comunitario arrancó en 1985, con las primeras reuniones con una agenda europea que se llevaron

a cabo entre sindicatos de trabajadores y organizaciones de empleadores, conocidas como reuniones de Val Duchesse, por el lugar donde se celebraron. Este proceso se consolidó algunos años después, con el ya mencionado protocolo social de 1992, anexo al Tratado de Maastricht, y finalmente se integró en el dispositivo de formulación de normas comunitarias previsto por los actuales artículos 138 CE y 139 CE, a los que también nos hemos referido. En la actualidad, se formaliza a través de una instancia intersectorial, en cierto número de instancias sectoriales, y finalmente a través de los comités de grupo de las empresas europeas de dimensión transnacional.

El diálogo intersectorial se realiza a través del llamado Comité de diálogo social. En este comité participan una organización de trabajadores y dos de empleadores de nivel europeo, de carácter general, además de otras organizaciones interprofesionales que representan a determinadas categorías de trabajadores o empresas, y algunas específicas, con quienes se realiza regularmente la consulta prevista por el artículo 138 CE⁵⁶. Como ya se indicó antes, esta consulta ha dado lugar a tres acuerdos de nivel europeo – sobre permiso parental, trabajo de duración determinada y trabajo a tiempo parcial – a los que el Consejo dio luego la forma de directivas dirigidas a los Estados Miembros. No menos interesante ha sido la conclusión, en mayo de 2002, del acuerdo marco sobre el teletrabajo⁵⁷, el que a diferencia de los anteriores no ha sido transpuesto mediante una directiva, sino que se dirige a las organizaciones de empleadores y de trabajadores de cada Estado Miembro de la UE, con objeto de que las mismas le den efecto mediante convenios colectivos de nivel nacional. Sin embargo, en otras ocasiones, por ejemplo con relación al trabajo tem-

56 Pertenecen al primer grupo, respectivamente la Confederación Europea de Sindicatos, CES, la Unión de Industrias de la Comunidad Europea, UNICE y el Centro Europeo de Empresas Públicas y de Empresas de Interés Económico General, CEEP. En el segundo grupo están la Unión del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa (UEAPME), la Confederación Europea de Mandos Intermedios (CEC) y Eurocadres, mientras que Eurocámaras (Asociación de Cámaras de Comercio e Industria Europeas) es la única que figura en el tercer grupo.

57 Este texto se puede consultar en línea en la siguiente dirección WEB : http://europa.eu.int/comm/employment_social/news/2002/oct/teleworking_agreement_en.pdf

poral, no fue posible llegar a acuerdo, por lo que la responsabilidad de elaborar una directiva en la materia volvió a la Comisión y el Consejo.

Además, en los últimos años se inició una práctica de celebrar cumbres sociales tripartitas, con la participación de los más altos responsables de las organizaciones sindicales y empresariales, junto con los ministros de trabajo y asuntos sociales, y la Comisión, en oportunidad de una de las dos reuniones anuales del Consejo. Las primeras reuniones, de tipo informal, se celebraron en Estocolmo, 2001, y Barcelona 2002. En marzo 2003, bajo la presidencia griega del Consejo, tuvo lugar la primera reunión formal, y se tiene previsto que en adelante se celebrará una cumbre social cada año.

El diálogo sectorial de nivel europeo se materializa a través de 27 instancias sectoriales, conocidas como comités sectoriales de diálogo social⁵⁸. Estos comités sectoriales están integrados por organizaciones de nivel europeo, representativas de las diferentes ramas de industria o actividad económica; así, 38 organizaciones patronales y 12 sindicales de nivel europeo participan en estos comités⁵⁹. Más de 230 textos sectoriales y aproximadamente 40 textos interprofesionales han sido elaborados en el marco de estas instancias, incluyendo varios códigos de conducta, aún cuando hay que reconocer que no todos tienen la misma importancia, bastante de ellos son poco conocidos, y muchos tienen un valor que por ahora es sólo declarativo, pues no incluyen ninguna disposición relativa a su aplicación y seguimiento. Sin embargo, en el activo de este diálogo se pueden anotar los acuerdos sobre duración del trabajo en el transporte marítimo y la aviación civil, luego tradu-

cidos en directivas que ya han sido citadas, lo mismo que el acuerdo marco sobre el teletrabajo en el sector comercial, firmado entre Euro Commerce y UNI Europa, el que contiene lineamientos detallados referidos a temas como la introducción del teletrabajo, condiciones de empleo, confidencialidad, equipos y derechos sindicales⁶⁰. También de interés son los diferentes códigos de conducta adoptados en los comités sectoriales, con miras a su eventual inclusión en negociaciones colectivas nacionales, o a un seguimiento por medio de un sistema de monitoreo. El código adoptado en septiembre 1997, por las organizaciones empresariales y sindicales del sector textil y confección, o las declaraciones conjuntas de los interlocutores sociales en el sector del calzado (1995), o el comercio (1996), relativas a la prohibición del trabajo infantil, ofrecen buenos ejemplos del diálogo social sectorial. Como en buena medida están dirigidos a empresas transnacionales europeas que operan en los países en desarrollo, estos códigos y declaraciones pueden eventualmente llegar a ofrecer una plataforma para un mejor respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores en estos últimos países, en particular, pero no exclusivamente, dentro de la maquila.

Finalmente, el diálogo social europeo cuenta con un importante espacio a nivel de las empresas, el que se apoya en tres instrumentos normativos, pero más en particular la Directiva 94/45/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 1994, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria⁶¹.

58 Estos son los comités de agricultura, aviación civil, azúcar, banca, calzado, comercio, construcción, correos, cultura, curtido, electricidad, ferrocarriles, hostelería y turismo, limpieza, maderas, minas, mueble, navegación interior, pesca marítima, seguridad privada, seguros, servicios personales, telecomunicaciones, textil/confección, trabajo temporal, transportes marítimos y transportes por carretera.

59 El número relativamente pequeño de organizaciones sindicales que participan en este diálogo se explica en gran medida por el alto nivel de concentración que han alcanzado las organizaciones sindicales europeas. Por ejemplo la Unión Network Internacional, UNI Europa, está presente en los comités sectoriales de la banca, correos, limpieza, seguridad privada, seguros, servicios personales, telecomunicaciones y trabajo temporal, mientras que la ETF participa en los comités de aviación civil, ferrocarriles, navegación interior, pesca marítima, transportes marítimos y transportes por carretera.

60 Texto disponible en línea, en la siguiente dirección : http://www.union-network.org/UNISite/Sectors/Commerce/Social%20dialogue%20agreements/Telework_English.htm

61 La Directiva define como « empresas de dimensión comunitaria » y grupos de empresas a:
a) *empresa de dimensión comunitaria* : toda empresa que ocupe 1 000 o más trabajadores en los Estados miembros y, por lo menos en dos Estados miembros diferentes, empleen 150 o más trabajadores en cada uno de ellos;
b) « *grupo de empresas* »: un grupo que comprenda una empresa que ejerce el control y las empresas controladas;
c) « *grupo de empresa de dimensión comunitaria* »: todo grupo de empresas que cumpla las siguientes condiciones:
- que empleen 1 000 o más trabajadores en los Estados miembros,
- que comprenda al menos dos empresas miembros del grupo en Estados miembros diferentes, y
- que al menos una empresa del grupo ocupe 150 o más trabajadores en un Estado miembro y que al menos otra de las empresas del grupo emplee 150 o más trabajadores en otro Estado miembro.

12. LA EUROPEIZACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.

El impacto de la construcción europea sobre la negociación colectiva tiene varias dimensiones, que vale la pena evocar. En primer lugar, han surgido organizaciones de empleadores y de trabajadores de nivel europeo, con capacidad de concluir acuerdos colectivos a ese mismo nivel. En segundo, la dimensión europea posee un impacto indiscutible en la negociación nacional, cuyo contenido se encuentra bajo la influencia creciente del entorno europeo. En tercero, ha existido indiscutiblemente una voluntad política – compartida sino por todos, al menos por una mayoría de Estados miembros de la UE - de favorecer el diálogo social y la negociación colectiva a nivel nacional, y este apoyo político explica probablemente por qué motivos la negociación colectiva en Europa no ha sufrido un debilitamiento comparable al que ha conocido en otras regiones del mundo. En cuarto, se ha dado un gran impulso a la conclusión de los llamados “acuerdos globales” en un número creciente de empresas transnacionales de origen europeo, cuyo impacto puede ir más allá de la dimensión comunitaria, pues en buena medida se refleja también en las actividades que estas empresas o sus subsidiarias y eventualmente contratistas llevan a cabo allende los límites de la UE.

El primer aspecto de esta cuestión se materializa a través del establecimiento de organizaciones de empleadores y trabajadores de nivel europeo que ya han sido mencionadas en este artículo, de carácter intersectorial como la CES, la UNICE y el CEEP, o sectorial como las doce organizaciones de trabajadores y treinta y ocho patronales, que también intervienen en los comités sectoriales de diálogo social. En mayor o menor medida, todas estas organizaciones tienen una agenda de negociación colectiva, y si bien no han concluido convenios colectivos en el sentido estricto del término, sí han negociado instrumentos con diversos alcances jurídicos. Los más conocidos son ciertamente los ya mencionados acuerdos marco firmados sobre permiso parental, trabajo de duración determinada y trabajo a tiempo parcial, lo mismo que los acuerdos marco sobre duración del trabajo en la aviación civil y el transporte marítimos, a todos los cuales se dio efecto mediante directivas del Consejo, como también

los acuerdos marco sobre el teletrabajo, de julio 2002 y teletrabajo en el sector del comercio, de abril 2001, que como ya se indicó, deben ser implementados mediante negociaciones colectivas de nivel nacional.

El segundo aspecto presenta por su parte varias facetas. Una de ellas está dada por la creciente coordinación transnacional de la negociación colectiva, la que claramente forma parte de la política de la Confederación Europea de Sindicatos. Así, en diciembre 2000 la CES adoptó una recomendación sobre coordinación de la negociación colectiva, que definió un nivel salarial europeo, recomendado como nivel mínimo para las organizaciones sindicales nacionales. Además, a partir de 1997, los sindicatos de Alemania, Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos, dentro del marco de lo que se conoce como Iniciativa de Doorn, discuten conjuntamente sus estrategias de negociación salarial, con el objeto de evitar prácticas de dumping salarial y promover medidas para elevar el nivel de empleo y del poder adquisitivo de los salarios. La coordinación transnacional también es buscada por numerosas organizaciones sectoriales de trabajadores, por ejemplo en la metalurgia, textil y construcción.

Otra faceta está dada por la influencia del entorno europeo en la actitud del Estado frente a la negociación colectiva, y aquí anotemos bastantes ejemplos de intervención del Estado, pues le interesa mucho que los aumentos salariales no creen desventajas competitivas para la economía nacional. Un ejemplo muy conocido es el de Bélgica, que en 1996 adoptó una ley sobre competitividad, la que incluía una norma salarial para 1997-1998, en virtud de la cual los aumentos salariales en Bélgica no deberían exceder los promedios de los aumentos negociados en Alemania, Francia y los Países Bajos. Ya se sabe, por otra parte, que el tema salarial fue crucial para las políticas de convergencia que antecedieron a la moneda única europea, y es obvio que ahora no lo puede ser menos, pues todos los países que han adoptado la moneda única ya no cuentan con la posibilidad de desarrollar una política monetaria autónoma, con el propósito de compensar eventuales derivas salariales que pudieran surgir de una negociación nacional. Es dentro de ese contexto que debe considerarse la conclusión de numerosos pactos sociales, bipartitos o tripartitos, a nivel nacional, que establecen un marco para la negociación colectiva, con el fin de pre-

servar cuando no de mejorar la competitividad frente a los otros interlocutores dentro de la UE. El pacto trienal, conocido como Programa para la prosperidad y la equidad (Programme for Prosperity and Fairness) concluido en Irlanda en 2000⁶², y recientemente renovado por otros tres años, es probablemente el ejemplo más cabal de esta tendencia.

Señalemos por último que el entorno europeo se manifiesta también en la posibilidad de que la legislación comunitaria sea objeto de medidas de transposición adoptadas por negociación colectiva a nivel nacional, lo que de hecho se da en la práctica de varios países, y es por ejemplo el procedimiento al que se recurre con mayor frecuencia en Bélgica.

13. LOS ACUERDOS GLOBALES.

El tema de los llamados acuerdos globales debe examinarse dentro del marco más general de lo que se conoce como la estrategia de responsabilidad social de las empresas (más conocida por su acrónimo inglés CSR⁶³), que refleja el interés de numerosas empresas transnacionales en dotarse de una imagen de respetabilidad internacional. Aún cuando no existe una definición generalmente aceptada de la expresión, la Comisión Europea la ha definido como la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores. La responsabilidad social conlleva una aceptación de compromisos institucionales por parte de las empresas, que por lo general comprenden el respeto del medio ambiente, la transparencia política, y el respeto de los llamados derechos internacionalmente reconocidos a los trabajadores. Estos últimos pueden ser definidos de una manera más o menos amplia o estrecha, pero siempre incluyen cuando menos una referencia a la Declaración de la OIT, de 1998, sobre

Derechos Fundamentales en el Trabajo, a lo que se añade muy frecuentemente una mención expresa a los ocho convenios fundamentales de la OIT⁶⁴.

Este tema es conceptualmente novedoso; por eso mismo se encuentra en plena evolución, ofrece numerosos ángulos a partir de los cuales se lo puede estudiar con un enfoque diferente, y puede conducir a diferentes reflexiones. Aquí solamente corresponde que comparemos el enfoque europeo, que consiste en afirmar la responsabilidad social de las empresas sobre la base de acuerdos concluidos con interlocutores sindicales en todos los casos, además de consejos de empresas de nivel mundial en algunos de ellos, y su contrapartida norteamericana en donde el instrumento al que se recurre con mayor frecuencia es el llamado código de conducta, que por lo general es de naturaleza voluntaria y unilateral. Se trata de una diferencia de enfoques que no es en nada sorprendente pues una mayoría de países Miembros de la UE cuentan con un modelo de relaciones de trabajo basado en el diálogo social y el reconocimiento recíproco de las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores, mientras que en los Estados Unidos las empresas y organizaciones sindicales se perciben recíprocamente como antagonistas antes que interlocutores, y a menudo la empresa rehusa reconocer al sindicato. De ahí que para la empresa transnacional norteamericana la responsabilidad social es mayormente considerada como una emanación de lo que piensa son sus prerrogativas naturales, mientras que para sus homólogas europeas esa misma responsabilidad refleja más bien un principio o una idea que desean compartir con sus interlocutores sindicales.

La OIT ha repertoriado alrededor de trescientos instrumentos a través de los cuales se expresa la responsabilidad social de las empresas. Los mismos corresponden a ambas tipologías⁶⁵, y si bien los acuerdos globales son muy minoritarios se puede observar

62 V. su texto en <http://www.taoiseach.gov.ie/upload/publications/310.pdf> El pacto fue renovado en 2003 por un nuevo documento, denominado *Sustaining Progress*, también disponible en línea : <http://www.ictu.ie/html/publications/other/Sustaining%20Progress.pdf>

63 Corporate Social Responsibility.

64 Estos son, respectivamente los convenios sobre trabajo forzoso, 1930 (No. 29), abolición del trabajo forzoso, 1957 (No. 105) libertad sindical y protección del derecho de sindicación, 1948 (No. 87), derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (No. 98), igualdad de remuneración 1951 (No. 100), discriminación (empleo y ocupación), 1958 (No. 111), edad mínima, 1973 (No. 138) y peores formas de trabajo infantil, 1999 (No. 182). El texto de todos los convenios de OIT, y la lista de países que los han ratificado, puede consultarse en línea en la base de datos ILOLEX : <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/index.htm>

65 Véase la Base de datos BASI : <http://www.ilo.org/basi>

que su número viene aumentando regularmente. Los más conocidos, y probablemente más elaborados, son algunos de los que han sido suscritos por la Federación Internacional de Trabajadores de la Química, Energía, Minas e Industrias Diversas, ICEM y sus afiliadas nacionales, respectivamente en Alemania, con el Grupo Freudenberg, Reino Unido, con AngloGold, Italia, con ENI, Noruega, con STATOIL y NORSKE SKOG y España con ENDESA⁶⁶, así como algunos de los suscritos por la Federación Internacional de Trabajadores de las Industrias Metalúrgicas, FITIM. Aún cuando su contenido es bastante escueto, siempre incluyen un compromiso de la empresa a respetar los derechos garantizados por los convenios fundamentales en todas sus operaciones a través del mundo, y esforzarse por que éstos también sean respetados por sus proveedores y empresas contratistas. Sigue a ello un mecanismo de información, seguimiento y monitoreo, que a diferencia de los códigos de conducta, casi siempre involucra a los sindicatos. El futuro dirá si estos instrumentos serán un punto de partida sólido para promover internacionalmente los modelos de comportamiento de las relaciones de trabajo que prevalecen en Europa, o si por el contrario quedarán en el camino de las buenas intenciones.

14. CONSIDERACIONES FINALES.

¿La copa está a mitad llena o a mitad vacía?. A la hora de hacer un balance es de imaginar que los euro-optimistas buscarán enfatizar los logros que la construcción europea ha alcanzado en el terreno social, mientras los euro-escépticos considerarán que los mismos son insuficientes. Si la pregunta es de qué lado situarse, la respuesta va a depender ante todo de consideraciones subjetivas y en primer lugar de la

apreciación que cada uno tendrá sobre lo que se ha hecho, lo que no se ha hecho y lo que queda por hacer. En un sentido, no faltará razón a quienes observarán que los logros de la construcción europea en el terreno social han sido mucho más limitados que los alcanzados en otros dominios, y muy en especial el económico, con la construcción del mercado único y la progresiva desaparición de los monopolios estatizados; logros económicos, de cara a los cuales no existe un espacio social único, ni menos aún una uniformación, ni siquiera una armonización de las condiciones de trabajo.

Sin embargo, tampoco se puede negar que la construcción europea ha conllevado resultados en materia de protección de los trabajadores que no son nada desdeñables. En primer lugar, a través de la Carta de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, la Unión Europea ha definido un zócalo de garantías mínimas que son compartidas hoy por quince Estados, y a partir de 2004 por diez Estados más, sin hablar de los candidatos para ingresar en 2007 y quienes les seguirán más allá de esa fecha. En segundo, y de manera mucho más concreta, la adopción de directivas comunitarias ha obligado a todos los miembros de la UE, aún aquéllos socialmente menos avanzados, a revisar su legislación laboral con objeto de integrar el acervo comunitario. Un testimonio elocuente de ello está dado por los esfuerzos recientemente realizados por los países ex comunistas de Europa Central, que en apenas diez años han debido adaptar sus instituciones - e inclusive su propia cultura política y jurídica - para poder responder a los llamados criterios de Copenhague, considerados como condición para su adhesión a la UE⁶⁷. En varios, o muchos, de estos países es muy posible que los cambios que han debido introducir en su legislación laboral no hubieran tenido

66 Freudenberg emplea alrededor de 30000 trabajadores en 40 países, ENDESA emplea a 28000 trabajadores a través del mundo, mientras que ENI representa 70000 empleos en 67 países (datos de ICEM). El texto de estos acuerdos está disponible en el sitio WEB de ICEM : <http://www.icem.org>

67 Los llamados *criterios de Copenhague* fueron especificados en 1993, en la reunión del Consejo en aquella ciudad, en cuya oportunidad los Estados Miembros de la Unión Europea decidieron que los países de Europa Central y Oriental podrían devenir miembros de la UE tan pronto como estuvieran en condiciones de satisfacer a los siguientes criterios políticos y económicos:

- estabilidad de las instituciones que aseguren el funcionamiento de la democracia, el estado de derecho, los derechos humanos y el respeto y protección de las minorías;
- existencia de una economía de mercado, incluyendo la capacidad de responder a las presiones provenientes de la competitividad y las fuerzas del mercado dentro de la Unión ;
- la capacidad para asumir las obligaciones propias de la membresía, incluyendo su adhesión a las finalidades de la unión política, económica y monetaria.

lugar – y en todo caso jamás en un espacio tan corto de tiempo - si no hubieran postulado a formar parte de la Unión Europea. En tercero, el derecho comunitario ha tenido un impacto decisivo en la abolición de numerosas discriminaciones por motivos de sexo, y es de esperar que también tendrá un impacto no menos profundo en la abolición de las discriminaciones por otros motivos, a medida que la aplicación de las directivas adoptadas en 2000 será plenamente exigible.

De por lo menos igual importancia es el impacto internacional del modelo comunitario de relaciones de trabajo y diálogo social, sobre todo si se lo coteja con la ideología neoliberal, hoy predominante en el marco de la globalización. Como acabamos de ver, el modelo comunitario – y por empezar, sus propios tratados constitutivos - no sólo preconiza que el progreso social forma parte de todo proceso de integración económica, sino además reconoce un papel primordial a las interacciones entre instancias comunitarias, instancias nacionales y organizaciones sociales de empleado-

res y de trabajadores. Consecuencia de ello, a la hora actual, en que la sindicalización retrocede en el mundo y se cuestiona con creciente frecuencia – y virulencia – la capacidad de representación social de las organizaciones sindicales, tenemos que en la Unión Europea no sólo se constituyen organizaciones sindicales y empresariales de nivel supranacional, sino éstas negocian en torno a una temática comunitaria. Al propio tiempo, también se consolidan las instancias nacionales de representación profesional, negociación y diálogo social, a las que los tratados constitutivos reconocen legitimidad y credibilidad en la misión de dar efecto a la política social comunitaria. En fin, como también lo hemos visto, el diálogo social que, al amparo de la legislación comunitaria, se establece en las empresas transnacionales de dimensión comunitaria, conlleva en cierta medida la propuesta de un modelo globalizado de relaciones de trabajo, el que promueve valores propios de la Comunidad Europea más allá de sus fronteras territoriales.