

Libertad de empresa, Constitución Española y Derecho del Trabajo: un enfoque global¹

Antonio Ojeda Avilés
Universidad de Sevilla

A. Por qué un enfoque global

El debate entre las libertades “mercantiles” de la empresa y los derechos “laborales” de los trabajadores no es ni mucho menos nuevo en nuestro Ordenamiento, y ya ha tenido ocasión de manifestarse en algunas sentencias del Tribunal Supremo respecto a la impugnación de convenios colectivos por lesión grave de intereses de terceros, y en decisiones del Tribunal de Defensa de la Competencia (actualmente con el poco agraciado nombre de Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, ley 15/2007) que han marcado los linderos entre los contenidos de los convenios y las prácticas colusorias, sobre todo en el tema de las cláusulas colectivas de repercusión en precios. Y evidentemente la libertad de empresa y sus poderes, de dirección y organización, de regulación y sanción, chocan día a día con los derechos laborales de múltiples maneras y los tribunales les dedican una gran parte de su esfuerzo para marcar los espacios de unos y otros.

Pero creo que si estamos hablando del modelo constitucional de empresa que las leyes ordinarias han desarrollado durante décadas y que estos últimos meses de profunda crisis han puesto contra las cuerdas, habremos de ir más al fondo y entablar un debate sobre el propio modelo y sus límites. Porque actualmente ya no es extraño hallar a una parte de la doctrina científica defendiendo que el progreso social, el fortalecimiento de los derechos de los trabajadores, es la causa de la crisis y debemos no solo frenarlo, sino fortalecer hasta el límite extremo los derechos de los empresarios, un modelo que aquí denominamos neoliberal pero que para estos críticos es el único posible. Ese debate sobre el modelo de empresa y su conflicto con el Derecho del Trabajo, si queremos plantearlo en términos científicos, no puede ser un debate nacional, sino europeo, en el sentido de que las decisiones que nos están marcando el camino son europeas, tanto para lograr la soñada convergencia “por la vía del progreso” como para establecer mecanismos singulares contrarios a esa meta genérica del Derecho Originario.

El debate en profundidad del modelo de empresa no existe en España, más allá de la puja por mantener un determinado derecho o por recortarlo, más al fondo de los planteamientos sobre la nueva indemnización por despido o del nuevo convenio de empresa prioritario. Quizá los economistas se asoman más a los límites generales con sus debate plagados de cifras y de previsiones altamente frágiles, pero desde nuestra perspectiva no podemos entrar en la *melée* economicista, sino sobrevolarla con nuestros instrumentos jurídicos.

¹Una parte de este trabajo se ha tomado de la ponencia defendida por el autor en el Congreso Nacional de la Asociación Italiana de Abogados Laboralistas “Nuove regole dopo la legge n. 92 del 2012 di riforma del mercato del lavoro: competizione *versus* garanzie?Diritto del lavoro e crescita economica in ambito italiano ed europeo” (Ancona2012), ponencia que lleva el título de “Diritti fondamentali, concorrenza, competitività e nuove regole per il lavoro in una prospettiva di diritto comparato”, de próxima publicación por la Editorial Giapichelli.

Por todas estas razones, si queremos entrar en un debate de fondo, constitucional, habremos de ir más allá de la Constitución y adentrarnos en el debate sobre libertades económicas y derechos sociales que desde el cambio de siglo se mantiene con intensidad en el ámbito europeo, y que se ha concretado en el choque producido nada menos que entre las libertades europeas (sobre todo las de libre circulación de trabajadores, libertad de establecimiento, y prohibición de prácticas restrictivas de la competencia) y los derechos fundamentales colectivos (sobre todo los de negociación colectiva y derecho a medidas de conflicto). Las conclusiones a que se está llegando en Europa, bien pocas a decir verdad, parecen marcar un tiempo de espera en el que habremos de resolver de una vez por todas si la competitividad de las empresas europeas –y con ello, de las españolas- no está reñida con el progreso social. Ha llegado un tiempo en que no nos vale afirmar que los países más desarrollados y competitivos del continente son al mismo tiempo los más avanzados en lo social –Suecia, Dinamarca, Noruega, Alemania-, y que los derechos laborales avanzados como por ejemplo el de la cogestión de empresas conviven perfectamente con la máxima competitividad, porque en el decurso de la crisis financiera hemos aprendido que cada país tiene sus propias variantes y que ningún modelo se deja exportar con facilidad. Unos y otros participamos sin embargo de un modelo social de múltiples aristas, pero que globalmente considerado se está poniendo en cuestión por otro poderoso modelo que llega a nuestras costas con complejo de superioridad y habla de “la fortaleza Europa” y de la “euroesclerosis”.

En lo que sigue expondré los orígenes del debate en Europa y su evolución más reciente, con la propuesta de Reglamento “Monti II”. Y veremos cuáles son los argumentos jurídicos para resolver el laberinto de pasiones entre las libertades de empresa y los derechos laborales.

B. Derechos fundamentales y libertades comunitarias, dos sistemas enfrentados en el siglo XXI

1. El período glorioso del Derecho Social Comunitario.

Las sentencias del TJE emitidas a finales de la primera década del siglo XXI por el Tribunal de Justicia Europeo (TJE) en materia de derechos sindicales, en especial las sentencias Viking, Laval y Rüffert, han levantado una gran polvareda y una aguda crítica en la doctrina especializada, que en líneas generales las han considerado como una vuelta atrás en el continuo respaldo del Tribunal a los derechos fundamentales laborales y, en concreto, a los derechos colectivos. En la actualidad entendemos que el TJE se ha unido a la tendencia global de recortes de los derechos sociales auspiciada por los organismos económicos internacionales, recortes que los Estados miembros, comenzando por los Países Bajos y Alemania desde fines de los años 90, habían empezado también a respaldar. ¿Se puede pedir al TJE que continúe una línea *pro labor* que es fuertemente atacada desde múltiples instancias? ¿Hasta qué punto ha protagonizado un abandono de la línea característica del Derecho Social Europeo y del “modelo social” que es uno de los trazos más vigorosos y característicos de la imagen de Europa en el mundo? No podemos olvidar el “liberalismo incrustado” del Derecho Originario², que junto a la integración negativa que va restando competencias a los Estados miembros desde el Derecho de la Competencia comunitario erosiona los derechos sociales de modo imperceptible pero continuo³.

Después del rechazo inicial que han merecido las sentencias, ha llegado el momento de colocarlas en su contexto y de evaluar la posición en que nos encontramos en el momento presente.

En las páginas que siguen trataré de insertar la evolución citada en el contexto diacrónico de una evolución más amplia que ahora está impactando al Derecho Social

² “Embedded liberalism”: GIUBBONI S., *Social Rights and Market Freedom* (2009).

³ GIUBBONI S., *Diritti Sociali e mercato* (2003), p. 252.

Europeo, y en el contexto sincrónico de otras “regiones” extracomunitarias en donde cabe identificar el origen del neoliberalismo social. Las últimas reflexiones las dedicaré a comentar algunas fuerzas compensatorias surgidas a nivel global y que pueden muy bien considerarse como una contrapartida a las limitaciones judiciales que las sentencias del TJE suponen.

Ante todo hemos de calibrar lo que hemos perdido o pensamos haber perdido, pues como siempre en las estructuras complejas podremos advertir que hay elementos contradictorios que neutralizan los posibles avances. En la Unión Europea (UE) siempre hemos tenido como contrapeso de los derechos sociales a las libertades de la Unión, dotadas de una presencia estructural y genética que las han convertido en opositoras formidables del avance que estoy comentando. En realidad la Comunidad Europea comulga desde sus propios orígenes con los postulados del neoliberalismo, solo matizado en las sucesivas reformas de los Tratados fundacionales por algunas referencias a los derechos sociales.

Pues bien, lo que hemos perdido es ante todo el optimismo de que los derechos sociales fundamentales irían conquistando paulatinamente un lugar cada vez más importante en el Derecho Comunitario, y que llegaría un momento en que quedarían al mismo nivel que las libertades fundacionales. El sueño se ha roto a pesar de que se han producido avances recientes a través, por ejemplo, de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE). Se trata de una sensación imprecisa, dolorosa, porque además tenemos la premonición de que ya no habrá más avances sino retrocesos, y que por ejemplo el reconocimiento a la labor de los sindicatos, el respeto a lo establecido en los convenios colectivos o la licitud de las huelgas paulatinamente serán puestos en entredicho, relativizados y, finalmente, sometidos a estrictos controles. En suma, hemos llegado a la convicción de que cuanto sucede a nivel de los Estados a los que pertenecemos tendrá su reflejo a nivel de la UE para, primero, convertir al modelo social europeo en el blanco de las críticas más despiadadas, y, después, tratar de minimizarlo como causa de la pérdida de competitividad de la vieja Europa.

Sin duda que la pérdida de impulso de los derechos fundamentales no afecta por igual a todos. Los derechos de la persona, como el de trato igual o el de protección de la salud, no parecen encontrar dificultades para su perfeccionamiento, si miramos por ejemplo a los avances de la no discriminación en los terrenos distintos a la igualdad de género y a las últimas sentencias del TJE sobre trato igual a los trabajadores maduros. El retroceso, la negación de cuanto nos parecía evidente en una Europa del progreso, se produce respecto a los derechos fundamentales colectivos, como es bien sabido, y hacia ellos enfocaremos el grueso de nuestras reflexiones en estas páginas: la libertad sindical, la negociación colectiva y el derecho a medidas conflicto colectivo han encontrado en estos años una jurisprudencia muy crítica, más allá de las buenas palabras, a su pleno desarrollo.

Si lanzamos una mirada retrospectiva a lo que teníamos al finalizar el siglo XX en la Europa Social, el ambiente que se respiraba era el de una aparente armonía entre los dos bloques normativos, laboral y mercantil, o lo que es lo mismo, entre las libertades fundacionales comunitarias y los derechos fundamentales sociales. La armonía se basaba en el mutuo respeto, en la elaboración de dos esferas independientes que procuraban no mezclarse, comunitaria una, estatal la otra. A ello contribuía el reparto de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros, pensado desde un principio como un medio de unificar la economía y mantener en cambio la dispersión estatal en cuestiones sociales. Poca tensión podía existir entre dos ámbitos pertenecientes a mundos distintos, y hasta las sentencias Defrenne desde 1970 el TJE poco pudo decir a favor o en contra de uno de ellos⁴. La trilogía Defrenne puso de manifiesto hasta qué punto el Derecho Social era importante

⁴ Sentencias TJE Defrenne c. Reino de Bélgica 80/70; Defrenne c. Sabena 43/75; y Defrenne c. Sabena 149/77 (“Defrenne I, II y III”).

para la unión económica, cómo una separación y extrañamiento entre lo social y lo económico era imposible, y a partir de esa década de los 1970s el legislador comunitario saldrá de su letargo y pondrá en marcha una importante serie de Directivas sociales inspiradas en los programas sociales que inaugura Jacques Delors en 1974.

Las dos primeras décadas de avance social comunitario se caracterizan por una extraña situación, que es excepcional en la historia del Derecho del Trabajo: los poderes públicos, tanto estatales como comunitarios, impulsan la legislación de seguridad y salud y de trato igual por su propia iniciativa, sin el acicate de los actores sociales, que atraviesan varias décadas de perezosa actividad, casi de inactividad, por otra parte explicables si pensamos en que la Confederación Europea de Sindicatos nace tan tarde como en 1973 con un papel prácticamente de organismo de enlace entre las confederaciones nacionales. El contraste con la historia del Derecho estatal del Trabajo, que en cada país nace mucho después de que los sindicatos y las organizaciones de empresarios hubieran creado por sí mismas una sólida regulación convencional, es por ello bastante agudo⁵.

2. La “ventaja indebida”, o *dumping social*, como guía en el trasfondo.

Este carácter de regulación legal no pedida por las partes sociales tiene mayor importancia del que habitualmente se le otorga: el intervencionismo espontáneo, o no inducido por la acción sindical previa, no solo tiene excepcionalidad en la historia del Derecho del Trabajo, sino también un carácter permanente y, me atrevería a decir, intrínseco en el Derecho Social Europeo, hasta el punto que explica buena parte de cuanto ocurre en esas dos décadas iniciales y también en el momento presente. La conocida teoría de M. Pedrazzoli de la “*pecorella smarrita*”, que allí donde hay un sindicato tarde o temprano alcanza el Derecho del Trabajo, no encuentra aplicación en el ámbito comunitario, y ello se debe a dos razones precisas que conviene detallar:

a) Hay sin duda una razón políticosocial, la necesidad de los partidos políticos de atraer el voto de las clases trabajadoras en las elecciones de todo tipo, una razón que no diferencia al Derecho Social Europeo de cuanto hemos visto en la historia general del Derecho estatal del Trabajo, al menos de los países democráticos. Desde que se alcanza el sufragio universal todos los partidos políticos introducirán propuestas sociales en sus programas, un relato bien conocido en el que no voy a entrar en estas líneas, pues está excelentemente contado por S. Deakin y otros autores.

b) La razón que en mi opinión mueve con mayor vigor a la aparición de las Directivas comunitarios en materia social es de tipo económico y pertenece a la misma familia de las libertades comunitarias con las que el Derecho Social Europeo está chocando en los últimos años: consiste en evitar la proliferación de prácticas comerciales que se encuadran, o pueden encuadrarse, en el ámbito de la competencia desleal. Me refiero, como es obvio, al *dumping social*, y resulta extraño que haya habido un tiempo en el que se negó su existencia y se haya querido extender la denominada “paradoja de Lucas” también a los aspectos sociales⁶. Sea o no real el

⁵ Los estándares laborales de salario y tiempo de trabajo hacía tiempo que eran regulados por convenios colectivos cuando el legislador estatal abandona en cada país su política de no intervención. A la tarea de los sindicatos y las organizaciones de empresarios en la fijación de estándares durante el siglo XIX debe añadirse, como es notorio, la fijación de estándares por las Cámaras de Comercio para evitar el *dumping social*, un tema sobre el que merece citarse el trabajo de VARDARO y VENEZIANI, y la realizada por los *proviviri, proud’hommes* o tribunales industriales, en el caso francés desde 1844.

⁶ Incluso antes de la formación de la Comunidad Económica Europea la función del mercado iba a ser considerada con optimismo infantil: el Informe OIT sobre los aspectos sociales de la cooperación económica europea (Informe Ohlin 1956) aplica la teoría de las ventajas comparativas y rechaza la necesidad de una armonización de legislaciones porque las diferencias entre costes salariales nominales no suponen un obstáculo a la integración económica, dado que lo importante son los costes laborales unitarios, que tienen en cuenta la productividad, de donde los salarios altos suelen acompañar a una productividad alta, y de ahí que las diferencias reales sean menores de lo que pueda parecer si se observan solo los salarios nominales: el propio mercado, entendía el Informe Ohlin, aseguraría que las reglas de la competencia no quedaran distorsionadas. Muy influido por el Informe Ohlin, como indica

dumping al que me refiero, lo importante es que los Estados miembros lo han considerado real, y ello los ha movilizado para contrarrestarlo mediante estándares comunitarios, el primero de los cuales se establece, como sabemos en el art. 119 del Tratado de Roma y hace referencia al trato igual en materia salarial entre hombre y mujer.

En todos los Manuales de Derecho Social Comunitario aparece la indicación de cómo Francia había alcanzado en 1957 una legislación sobre igualdad de género que no existía en otros Estados de la naciente Comunidad, y temía que ello fuera aprovechado por éstos para competir con una ventaja inaceptable, la de los salarios más bajos para las mujeres⁷.

Pero la obsesión por el *dumping* solo tiene en el art. 119 su buque insignia, la parte más rotunda pero no la única, pues impregna a todo el Derecho Social Comunitario y sobre todo a sus aspectos fundamentales. Explícitamente el giro de 1974 se justifica en la convicción de que las fuerzas del mercado no iban a conseguir por sí mismas la equiparación en el progreso, una idea que va tomando fuerza hasta que por fin obtiene rango fundamental mediante las sucesivas reformas del Tratado de Roma.

Otros aspectos relevantes del Derecho Social Comunitario donde la motivación *económica* tiene fuerza primordial pero no ha alcanzado la notoriedad que merece son, en primer término, la seguridad y salud, donde tras la gran innovación del Acta Única Europea, la Directiva Marco 89/391 propondrá un ambicioso complejo de medidas que se colocaría por delante de la mayor parte de los Estados miembros, pues solo los países escandinavos, Austria y Francia podían exhibir en aquel momento un nivel parecido (Arrigo), sirviendo así, de nuevo, para reducir el *dumping social* entre países y para estimular el avance en los Estados más atrasados al respecto.

De igual forma se advierte la preocupación por “compartir cargas” en las Directivas de crisis de empresa, desde la 75/129, sobre despidos colectivos, la 77/187, sobre mantenimiento de los derechos laborales en las transmisiones de empresas, y la 80/987, sobre protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario. La base jurídica para tales iniciativas comunitarias, dado el silencio del Tratado constitutivo sobre esas materias, residirá en el genérico art. 100 del mismo, que permite legislar sobre materias no comunitarias cuando las normas se adopten por unanimidad e incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común. Pero la *intentio legis* de las tres normas va a ser doble, como ponen de relieve sus preámbulos, observa la doctrina (Colina, Ramírez y Sala, Lo Faro, Arrigo, Cabeza Pereiro) y expresan paladinamente las dos sentencias TJE Comisión Europea c. Reino Unido 382/92 y 383/92: garantizar la protección de los trabajadores en los Estados miembros, y “aproximar las cargas que dichas normas de tutela comportan para las empresas de la Comunidad”⁸.

Barnard, el Informe del Comité Intergubernamental que preparaba el Tratado de la Comunidad Económica Europea (Informe Spaak 1956) mantuvo también la opinión de que la integración económica conseguiría una óptima asignación de los recursos y de ahí un óptimo sistema social. No hacía falta una legislación transnacional intensa siempre que se asegurara la libre circulación de trabajadores en el mercado interior, incluyendo la coordinación de la seguridad social, y poco más, como por ejemplo la igualdad salarial entre trabajadores y trabajadoras, y la equiparación entre jornadas y vacaciones. Así lo plasma el Tratado de Roma de 1957, como ya sabemos.

⁷ Quizá el dato más significativo lo hallamos en 1956, cuando se negocia el Tratado de Roma y el primer ministro francés Guy Mollet defiende fervorosamente la incorporación de derechos sociales, “apoyado fuertemente en su iniciativa por las organizaciones de empleadores de su país”: GIUBBONI S., “Social Rights and Market Freedom” (2010), 241. Finalmente prevaleció la concepción “ordo-liberal” defendida por Alemania, a pesar de que los seis países fundadores habían ya incorporado en sus Constituciones los rasgos del Estado de Bienestar, como indica el autor *ibídem*.

⁸ La cuestión ha sido puesta de relieve también por el TJE, entre otras en las sentencias Comisión c. Reino Unido 61/81, sobre igualdad de remuneración entre hombres y mujeres, y Comisión c. Reino Unido 382/92, sobre transmisiones de empresas: “Al armonizar las normas aplicables al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, el legislador comunitario ha querido, a la vez, garantizar una protección comparable de los derechos de los trabajadores en los diferentes

Creo no desvelar ningún misterio al mencionar el mismo argumento en las Directivas sobre participación y sobre implicación (coinvolgimento) de los trabajadores en las empresas europeas. Desde las propuestas de Directiva Vredeling y de Directiva sobre Sociedades Anónimas Europeas en 1980-1983, Alemania insistió en proponer y defender la participación de representantes laborales al máximo nivel de las grandes empresas, en manera similar a su *Mitbestimmung*.

Las limitaciones al tiempo de trabajo, los descansos y vacaciones, todo lo demás legislado por la Comunidad, expresa en mayor o menor medida el deseo de converger en las condiciones de trabajo para evitar la competencia desleal en las condiciones de trabajo. Porque lo que hacen las Directivas sociales consiste, ni más ni menos, que en considerar como prácticas desleales e ilícitas las medidas legales o las decisiones empresariales por debajo del estándar aceptable para un país desarrollado. Incluso Directivas que se encuentran en la periferia del Derecho del Trabajo por estar vinculadas a la circulación transfronteriza de trabajadores, como por ejemplo la 96/71 sobre desplazamientos, presenta la preocupación por la competencia desleal y obedece a sonadas sentencias que pusieron sobre aviso el riesgo de utilizar las condiciones peyorativas de trabajo para alcanzar ventajas indebidas, por ejemplo en la sentencia TJE Rush Portuguesa 113/89.

Podrá decirse que, antes o después, las normas mercantiles o genéricas de defensa de la competencia habrían llegado a una prohibición similar. Pero Europa quería converger en el progreso, no en la miseria de la mayor parte de su población. Confiar a los tribunales de defensa de la competencia y a las leyes del género la línea roja de prohibición habría llevado un tiempo excesivo, como había puesto de relieve el fracaso de la confianza en el mercado de Tratado de Roma. En una Europa pujante como la de aquellas décadas, no se veía necesario para competir el retroceder a los niveles de los Estados marginales, que no se veían como competidores de importancia: se trataba mas bien de una lucha por la hegemonía entre los cuatro grandes, Alemania, Francia, Italia y, después, Reino Unido.

La obsesión por el *dumping* funcionó durante varias décadas, mientras los Estados miembros competían entre ellos mismos. El problema surge, primero cuando a partir de 1981 ingresan países no tan desarrollados en la Comunidad Europea⁹, y segundo, cuando la economía se globaliza, y la competencia deja de ser regional. En todo caso, por lo menos hasta principios del siglo XXI y las últimas Directivas sobre participación en la gestión, el leit motiv *dumping* se rastrea en la acción legislativa en materia social.

Después de las dos décadas de intervencionismo espontáneo en la que el fantasma de la competencia desleal juega un importante papel, llegamos al momento culminante con el Tratado de Maastrich (1992), que incorpora a los actores sociales como colegisladores comunitarios. Nada menos que una acción inhibitoria se entrega a las partes sociales cuando deciden regular una materia mediante un acuerdo colectivo, momento en el que el legislador comunitario cede el terreno a la norma pactada. Los Acuerdos Marco de la siguiente época, desde el que motiva la Directiva 94/45 sobre comités de empresa europeos hasta el de tiempo de trabajo en el transporte ferroviario que motiva la Directiva 2005/47, marcan un instante nunca igualado en otro lugar; después, la cooperación entre el legislador comunitario y el legislador colectivo parece extinguirse, y aún se producen Acuerdos Marco autónomos y Directivas laborales, pero carentes del espíritu fraternal entre ambos Ordenamientos¹⁰.

Estados miembros y equiparar las cargas que estas normas de protección suponen para las empresas de la Comunidad" (§ 15 de la última sentencia).

⁹ Grecia, 1981; España y Portugal, 1986. Hasta cierto punto la entrada de estos tres países queda compensada por la de Austria, Finlandia y Suecia en 1995, pero entre 2004 y 2010 el equilibrio queda definitivamente roto con el ingreso de diez países de la antigua Europa del Este en la UE.

¹⁰ Probablemente el distanciamiento se produce con ocasión de los tratos preliminares para la promulgación de una normativa sobre empresas de trabajo temporal, en los que las negociaciones entre

El símbolo de aquella “entente cordiale” entre libertades económicas y derechos sociales, con todas las ambigüedades que se le han imputado, lo hallamos en el grupo de sentencias del TJE que se inicia con la muy importante Albany67/96, de 21 de setiembre de 1999¹¹. La doctrina Albany establece una excepción *ratione materiae* al principio de libre competencia mercantil en el espacio europeo: los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas entre interlocutores sociales destinados a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo no deben considerarse comprendidos, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado. Admitir una limitación en este ámbito, explica el TJE, constituiría una restricción injustificada de la libertad de los interlocutores sociales cuando celebran un acuerdo sobre alguno de los aspectos de las condiciones de trabajo¹².

No era difícil establecer un reparto de ámbitos como el fijado por el TJE, desde el punto y hora en que varios Estados miembros lo tenían reconocido tácitamente desde el siglo XIX: el legislador estatal asumía y respetaba la regulación de condiciones de trabajo negociada por las propias partes interesadas. El Ordenamiento autónomo que surge con el abstencionismo del Estado en ese siglo pronto dará lugar a una función novedosa de la negociación colectiva: fijar las líneas rojas por debajo de las cuales aparece la competencia desleal. Para trabajadores y empresarios, establecer condiciones de trabajo inferiores a las pactadas era desleal y no podía permitirse.

El reconocimiento de la excepcionalidad de los convenios en la sentencia Albany implica sin embargo un pecado de origen, que es nuevo en Derecho del Trabajo. Se olvida la función primigenia del convenio como norma autónoma que aplica en cada ámbito la prohibición de competencia desleal y se le pasa a contemplar inicialmente como medida restrictiva de la competencia. Como dice el apartado 59 de la sentencia, “bien es verdad que determinados efectos restrictivos de la competencia son inherentes a los acuerdos colectivos celebrados entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores. No obstante, los objetivos de política social perseguidos por dichos acuerdos resultarían gravemente comprometidos si los interlocutores sociales estuvieran sujetos al artículo 85, apartado 1, del Tratado en la búsqueda común de medidas destinadas a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo”.

De cualquier modo, a la altura del cambio de siglo la evolución del Derecho Social Europeo había sido claramente positiva, y la UE parecía respaldar la acción de los representantes de los trabajadores a todos los niveles. Los derechos fundamentales colectivos parecían haberse incorporado al acervo comunitario sin problemas, dentro de una normativa laboral que comenzaba a ser densa y completa.

las partes sociales fracasaron y el legislador comunitario decidió promulgar en solitario la Directiva 2008/104. Aún antes, las deliberaciones entre las partes sociales para una Directiva negociada en el sector del transporte por carretera no tuvieron éxito, y el legislador comunitario promulgó la Directiva 2002/15 a falta de un Acuerdo Marco. En paralelo, las partes sociales, con CES y BusinessEurope a la cabeza, han pactado Acuerdos Marco autónomos en materia de teletrabajo (2002), estrés laboral (2004) y sobre acoso y violencia en el trabajo (2007).

¹¹ Dentro del grupo de sentencias cabe mencionar como las más importantes a la Brentjens, asuntos acumulados 115/97 a 117/97, Drijvende Bokken 219/97, y van der Woude 222/98.

¹² Los artículos del Tratado de Roma sobre competencia libre se encuentran hoy contenidos en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la UE. El artículo 101 declara que “serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior (...);” y el 102, “Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo (...)”. Ambos artículos establecen ciertas excepciones al principio de libre competencia, a las que se añadiría la establecida por el TJE. Sobre las críticas a la sentencia Albany, cfr. EVJU, “Collective Agreements and Competition Law. The Albany Puzzle, and van der Woude”, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 17-2 (2001), pp. 165–184.

C. Cambio de siglo y cambio de tendencia en la Unión Europea.

1. Las sentencias Viking, Laval y Rüffert y su doctrina.

Como se ha dicho, la incorporación de numerosos Estados en vías de desarrollo de Europa del Este entre 2004 y 2007 va a coincidir, quizá significativamente, con la aparición de turbulencias en este paisaje hasta ahora idílico. La primera señal llegará de la mano de la nueva Directiva de Servicios, cuando el proyecto Bolkestein propone el “principio de país de origen” –las condiciones de trabajo serían las del país de origen- y solo gracias a la fuerte oposición que suscita –el *no* de Francia al proyecto de Constitución Europea, entre otros resultados- quedará fuera de la versión definitiva en la Directiva 2006/123. Poco después, tres sentencias que se han hecho bien conocidas por los laboristas agitarán profundamente el panorama y se situarán en el centro de una revisión del equilibrio entre lo económico y lo social a que habíamos llegado. Las sentencias TJE Viking, Laval y Rüffert¹³, van a continuar la senda marcada por la sentencia Albany, aunque con una insistencia en el carácter básicamente anticompetitivo de las medidas sindicales en la que prácticamente vanifican la posibilidad de escapar de las reglas de la competencia mercantil, que en Albany constituía el sesgo dominante. En las tres sentencias se reproduce una situación ya muy frecuente en la mitad norte de la UE: empresas de servicios radicadas o con intención de radicarse en los nuevos Estados miembros de Europa del Este consiguen la adjudicación de contratos de obras o servicios en los Estados miembros más desarrollados y se encuentran con la resistencia sindical–boicots, principalmente- que es secundada en mayor o menor medida por los poderes públicos de país de acogida¹⁴.

Veamos sintéticamente las circunstancias de cada caso. En la sentencia TJE Viking Line 438/05, la empresa finlandesa de transbordadores Viking trata de aprovechar la incorporación de Estonia a la UE para transferir su sede a dicho país, para negociar un convenio colectivo con sindicatos estonios que le permitiera superar el déficit de su ruta marítima entre Helsinki y Tallin. El sindicato finlandés de marinos, a través de la International Transport Federation (ITF), convoca un boicot para que ninguno de los sindicatos afiliados a la ITF negocie un convenio con la empresa. La cual reacciona presentando una demanda ante los tribunales de Londres, donde tiene su sede la ITF, al entender que el boicot sindical va contra la libertad de establecimiento y, subsidiariamente, contra la libre circulación de trabajadores y la libre prestación de servicios consagradas por el Tratado de Roma. Planteada la cuestión prejudicial ante el TJE, éste resuelve que, en efecto, las medidas de conflicto sindicales constituyen restricciones a la libertad de establecimiento, aunque pueden estar justificadas por una razón imperiosa de interés general como es la protección de los trabajadores, si bien debe probarse que son adecuados al objetivo pretendido y que no van más allá de lo necesario para lograrlo¹⁵.

La sentencia TJE Laval un Partneri 341/2005 enfrenta en esta ocasión a Letonia y Suecia cuando la empresa letona Laval consigue a través de su filial sueca el

¹³ Sentencias TJE Viking Line 438/05, de 11 de diciembre de 2007; Laval un Partneri 341/05, de 17 de diciembre de 2007; y Rüffert 346/06, de 3 de abril de 2008.

¹⁴ Cabría preguntarse por qué la situación conflictiva afecta solo a la mitad norte de la UE, y no a toda la UE, pues Francia, Italia, España e incluso Grecia se ven sometidas a una fuerte presión laboral de los países del Este miembros de la UE, especialmente de Rumanía. Prima facie parece existir una diferencia en el modo de contacto, que no es a través de empresas, sino de la inmigración individualizada.

¹⁵ Fallo: “El artículo 43 CE debe interpretarse en el sentido de que medidas de conflicto colectivo como las controvertidas en el asunto principal (...) constituyen restricciones en el sentido de dicho artículo. Estas restricciones pueden estar justificadas, en principio, por la protección de una razón imperiosa de interés general, como la protección de los trabajadores, siempre que se compruebe que son adecuadas para garantizar la realización del objetivo legítimo perseguido y que no van más allá de lo necesario para lograr este objetivo”.

contrato para la construcción de una escuela pública en Suecia, aprovechando las diferencias salariales del convenio letón de la construcción. En efecto, para edificar la escuela lleva a Suecia trabajadores letones, pero allí se encuentra con que el sindicato sueco, tras intentar que la empresa aplicara los salarios suecos y no conseguirlo, declara el bloqueo de las obras, al que se une el boicot del sindicato sueco de electricistas. En el momento máximo de tensión, la empresa llama a la policía, que se inhibe porque la legislación sueca permite estas medidas de conflicto en ciertos casos. Al acudir después a los tribunales, la libertad que la empresa alegó como infringida fue la de libre circulación de trabajadores en la regulación contenida en la Directiva 96/71. Y contra lo que podía esperarse de una norma que trataba de trabajadores desplazados¹⁶, el TJE pone de relieve en un lenguaje bastante críptico que la Directiva solo otorga protección a los salarios mínimos contemplados en una norma o en un convenio de eficacia general, por lo que tratar de imponer salarios superiores a una empresa extranjera viola las libertades de desplazamiento y de prestación de servicios, y las medidas de conflicto que lo pretendan no pueden encontrar apoyo en la legislación nacional.

Por último, la sentencia TJE Rüffert 346/06 contempló el caso de la empresa Objekt, adjudicataria de una obra para la construcción de un centro penitenciario en Alemania, cuyo contrato incluía la obligación de pagar al menos los salarios del convenio de la construcción de obras públicas, exigencia establecida en una ley regional para todos los contratos de este tipo. Objekt subcontrató a una empresa polaca que desplazó a 53 obreros a los que pagaba el 46 % del sueldo del convenio. El gobierno regional rescindió el contrato con Objekt, pero el TJE consideró que no podía imponerse a la empresa extranjera el salario establecido en un convenio que no tenía eficacia general: a una empresa no se le puede obligar a pagar un salario superior al mínimo legal, decía la sentencia, pues implicaría una carga económica adicional que puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida. Por lo tanto, una medida como la controvertida puede constituir una restricción a la competencia en el sentido del Tratado fundacional (§ 37).

Aunque otras sentencias han suavizado hasta cierto punto la rotundidad de la trilogía¹⁷, el mensaje ha sido interpretado por la mayoría de los intérpretes de manera crítica. Resume Zahn que las sentencias identifican las acciones colectivas como restricciones a las libertades comunitarias, restricciones que pueden ser justificables, pero al introducir el mecanismo de la proporcionalidad para ponderar su licitud lleva a la incertidumbre y en la práctica constituye un límite del derecho a la acción colectiva¹⁸. Con brillantez, Veneziani considera las decisiones del TJE como el regalo de un caballo de Troya en los reconocimientos judiciales del derecho fundamental para a renglón seguido introducir la ética mercantilista en el Derecho del Trabajo, contra lo que expresa la vieja advertencia: *timeo danaos et dona ferentes*¹⁹. Para otros autores,

¹⁶ La Directiva se dicta como respuesta al caso Rush Portuguesa, empresa de esa nacionalidad que había obtenido un contrato de obra pública en Francia desplazando para ello a trabajadores portugueses con escasas retribuciones. En la sentencia TJE Rush Portuguesa 113/89, de 27 de marzo de 1990, el tribunal se mostró proclive a la aplicación de las condiciones de trabajo del país receptor. A tenor de su párrafo 18, "Hay que precisar por último, a raíz de las preocupaciones expresadas a este respecto por el Gobierno francés, que el Derecho comunitario no se opone a que los Estados miembros extiendan su legislación, o los convenios colectivos de trabajo celebrados por los interlocutores sociales, a toda persona que realice un trabajo por cuenta ajena, aunque sea de carácter temporal, en su territorio, con independencia de cuál sea el país de establecimiento del empresario: el Derecho comunitario no prohíbe tampoco a los Estados miembros que impongan el cumplimiento de dichas normas por medios adecuados al efecto (sentencia de 3 de febrero de 1982, Seco y Desquenue, asuntos acumulados 62/81 y 63/81, Rec. 1982, p. 223)".

¹⁷ Por ejemplo, sentencias TJE Comisión c. Ducado de Luxemburgo 319/06, o Portugaia 164/99.

¹⁸ ZAHN R., "The Viking and Laval Cases in the context of European enlargement", *Web Journal of Current Legal Issues* 3 (2008), s/p.

¹⁹ VENEZIANI B., "La Corte di Giustizia ed il cavallo di Troia", en *VVAA, Scritti in onore di E. Ghera*, Cacucci, Bari 2008, vol. II, 1281 ss.

en fin, se trata de un conflicto entre los derechos sociales reconocidos por las normas estatales y las libertades económicas proclamadas por los Tratados comunitarios²⁰.

Creo que debemos examinar la situación con la máxima objetividad. Las sentencias expresan el Derecho global en acción, como lo califica Sciarra, quien pide no incurrir en interpretaciones demasiado alarmistas sobre la postura del TJE, aunque “hayan provocado una herida profunda en el cuerpo de los derechos sociales fundamentales de ejercicio colectivo”. Seguramente queda en entredicho el objetivo comunitario de conseguir la equiparación de las condiciones de trabajo “por la vía del progreso”²¹, pues además de colocar bajo sospecha a las medidas colectivas de conflicto ha interpretado a la Directiva 96/71 como impeditiva del principio de norma más favorable²². Sin embargo, pese a todo, la trilogía pone al Derecho Social Europeo frente a la cruda realidad: a pesar de todas sus declaraciones, la UE se asienta sobre las libertades del mercado interior, y el entramado normativo del Derecho Originario hace muy difícil que los derechos fundamentales colectivos no queden sometidos a ellas.

El TJE ha consumado una fase de los derechos sociales europeos que parece inevitable: si hasta el momento éramos conscientes de que ellos tenían unos límites internos que debían ser respetados, con la trilogía el TJE nos enfrenta a los límites externos, o extrínsecos, que hasta el momento, en el largo espacio de tiempo en que los derechos colectivos fueron madurando, no se habían manifestado con toda su crudeza.

Los límites externos de un derecho fundamental son básicamente los otros derechos fundamentales, y cuando colisionan unos con otros el TJE, a igual que los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros, aplican los principios de proporcionalidad y adecuación que hemos visto en las sentencias comentadas. Podemos reprochar al TJE que en la trilogía parezca defender más bien una limitación exclusivamente de solo la parte de los derechos laborales, pero recordemos que en definitiva remite la decisión final al tribunal competente, que será quien establezca el equilibrio preciso según sus parámetros nacionales. Y también podemos reprochar al TJE que aplique el principio de proporcionalidad a una confrontación tan atípica, no entre dos derechos fundamentales, sino entre un derecho fundamental y una libertad del mercado interior.

Gran parte del conflicto podía haberse evitado si el desplazamiento de trabajadores no se hubiera separado del tronco común de la libre circulación de trabajadores para haber caído bajo la libre prestación de servicios, a partir de la Directiva 96/71. Lo Faro y otros autores han indicado hasta qué punto el distanciamiento se debió a razones puramente coyunturales²³. Pero a partir de ahí el

²⁰ Ya desde DAVIES P., “Posted Workers: Single Market or Protection of National Labour Law Systems?”, *Common Market Law Review* (1997), 571 ss.

²¹ Art. 151 TFUE.

²² No obstante, el art. 3.7 de la Directiva establece que “Lo dispuesto en los apartados 1 a 6 no impedirá la aplicación de condiciones de empleo y trabajo más favorables para los trabajadores”. En la práctica, el TJE dificulta con su interpretación la consecución de este mandato: como dice la sentencia Ruffert en su párrafo 33, el art. 3.7 de la Directiva 96/71 “no puede interpretarse en el sentido de que permite al Estado miembro de acogida supeditar la realización de una prestación de servicios en su territorio al cumplimiento de condiciones de trabajo y empleo que vayan más allá de las disposiciones imperativas de protección mínima. En efecto, en relación con las materias a que se refiere su artículo 3, apartado 1, párrafo primero, letras a) a g), la Directiva 96/71 prevé expresamente el grado de protección cuyo respeto puede exigir el Estado miembro de acogida a las empresas establecidas en otros Estados miembros en favor de sus trabajadores desplazados a su territorio. Por lo demás, tal interpretación privaría de eficacia a dicha Directiva (sentencia Laval un Partneri, antes citada, apartado 80)”.

²³ Inicialmente el desplazamiento temporal estaba comprendido, junto a la migración de trabajadores, dentro de la libertad de circulación de trabajadores del actual art. 45 TFUE (entonces, art. 48 TCEE), y tanto el Reglamento 1612/68 sobre libre circulación de trabajadores como los Reglamentos 1408/71 y 574/72, sobre seguridad social de trabajadores y sus familias “que se desplazan dentro de la Comunidad” lo indicaban claramente. La sentencia TJE Rush Portuguesa 113/89, ya comentada, optó por aplicar empero el artículo sobre libre prestación de servicios (art. 49 TCE, actualmente art. 56 TFUE) porque no podía aplicar el de libre circulación de trabajadores, ya que en el momento de ocurrir los hechos Portugal

objetivo de la regulación no va a ser eliminar las discriminaciones entre trabajadores extranjeros y locales, sino facilitar el movimiento de trabajadores en el mercado interior eliminando los desincentivos que puedan hallarse. Se instaura a partir de este momento una suerte de *two-tier system* o sistema a dos vías a cuya virtud el trabajador extranjero podrá ser remunerado por debajo de las remuneraciones de los nacionales, o disfrutar de vacaciones inferiores, por ejemplo, siempre que su empresario provenga de otro Estado miembro, incluso una empresa de trabajo temporal. Una situación explosiva, debida a razones coyunturales y artificiosas que deberían haberse corregido de inmediato si no fuera porque entre 2004 y 2007 se incorporan a la UE numerosos países a los que puede interesar semejante discriminación²⁴.

2. Las reacciones a la doctrina del TJE.

En los pocos años transcurridos desde la emanación de las sentencias, la doctrina ha discutido los posibles “antídotos a la infiltración del Derecho de la competencia”, en palabras de Giubboni²⁵. Dedicaremos las páginas siguientes a analizar en esa dirección tres reacciones jurídicas que se han producido dentro del gran revuelo social y doctrinal levantado por la actitud del TJE.

2.1. La historia de dos ciudades.

Debemos al mérito de K. Ewing y J. Hendy la detección de dos importantes elementos del nuevo escenario que estaban pasando desapercibidos para la doctrina en general²⁶: uno positivo, el hecho de que frente a la doctrina regresiva del TJE –Luxemburgo-, se alzaba con fuerza la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) –Estrasburgo-, en diversas sentencias recientes como la Demir y Baikara de 12 de noviembre de 2008, Wilson de 2 de julio de 2002, Karaçay de 27 de marzo de 2007, o la Enerji Yapi-Yol Sen de 21 de abril de 2009, todas ellas en defensa de la libertad sindical, las medidas de conflicto y el derecho a la negociación colectiva. Pocos estudios han tenido tanta repercusión en lo que llevamos del siglo XXI como los de los autores citados, porque aportan un rayo de esperanza en el sombrío panorama trazado por el TJE. Ahora bien: por más que las sentencias mencionadas lleguen a sancionar a los Estados por haber violado los derechos colectivos citados, en sí mismas tienen escaso poder porque carecen de identidad con las del TJE, en el sentido de que no contemplan casos de enfrentamiento entre derechos sociales y libertades económicas, sino sencillamente infracciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos por parte de un Estado que lo había ratificado. No obstante, las sentencias del TEDH tienen una importancia *per relationem* con la Carta de Derechos Fundamentales de la UE que veremos después.

El otro elemento importante de la trilogía del TJE puesto de relieve por Ewing y Hendy es el del fortalecimiento de las tácticas empresariales en un conflicto colectivo, en Reino Unido pero seguramente también en cualquier Estado miembro de la UE.

estaba en proceso de integración en la Comunidad. Después, la Directiva 96/71 se acoge también a la libre prestación de servicios porque ofrecía una base jurídica más cómoda, por mayoría cualificada, que la necesaria en la libre circulación, por unanimidad: ver con mayor detalle LO FARO A., “Diritti social e libertà economiche”, pp. 70 ss.

²⁴ Cfr., entre la numerosa bibliografía al respecto, mi artículo “Enforceability of European Collective Agreements and New Accession Countries” (2010).

²⁵ GIUBBONI S., *Diritti Sociali e mercato*, p. 230. El autor estudia tres “antídotos”: la Carta de Derechos Fundamentales, los diálogos constitucionales sobre los valores fundacionales de la *polity* comunitaria, y los frenos a la integración negativa de los Estados miembros del Tratado de Amsterdam.

²⁶ EWING K.D., y HENDY J., “A Tale of Two Cities. Strasbourg and Luxembourg and the Rights to Collective Bargaining and to Strike. The ECJ Decisions and Trade Union Freedom: Lessons from the United Kingdom”, en internet. También de los mismos autores, “The dramatic implications of Demir and Baykara”, *Industrial Law Journal* 39-1 (2010), pp. 2 ss.

Entre otros casos²⁷, estudian el conflicto entre el sindicato británico de pilotos BALPA y la compañía aérea British Airways, en el que la doctrina de Viking y Laval fue exitosamente utilizada por la compañía²⁸. Cuando el sindicato de pilotos acudió a los tribunales para dilucidar si una huelga abrumadoramente votada por los pilotos sería o no *aplicable* a tenor de la doctrina del TJE, preocupado por las advertencias de la compañía²⁹, ésta contraatacó demandando el pago de una indemnización por daños y perjuicios ilimitados, que comprendían incluso el mero hecho del referendun de huelga. Por último el sindicato de pilotos desistió de la demanda porque advirtió que fuera cual fuese el resultado del proceso, la compañía habría recurrido hasta llegar al Tribunal Supremo –todavía House of Lords–, lo cual habría durado unos dieciocho meses en los que el sindicato no hubiera podido convocar una huelga ante la amenaza de que fuera declarada ilegal. Además, Ewing y Hendy destacan otros tres rasgos *amenazadores* (“frightening features”) de la trilogía en tales procesos: a) el deber procesal de informar a la compañía de todos los documentos y acuerdos sindicales sobre el conflicto; b) el posible resultado de una indemnización de *daños ilimitados* en el sector aéreo, que podría llegar por cada día de huelga a los 100 millones de libras; y c) la aplicación de la doctrina Viking sobre el valor disuasorio de cualquier oferta de la compañía con valor de convenio en orden a destruir la validez de la acción de conflicto³⁰.

2.2. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Si la doctrina del TEDH carece de fuerza sustantiva en sí misma al faltar la similitud con los casos del TJE, una segunda opción ha sido esgrimida por la doctrina a la hora de aplicar los derechos sociales fundamentales en un sentido más equilibrado.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) declara que para los derechos también reconocidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos se aplicará el sentido y alcance que les confiere dicho Convenio (art. 52.3 CDFUE)³¹. Aún más, la CDFUE autoriza a la Unión a superar los niveles del Convenio Europeo con una protección más extensa³².

En líneas generales, el que la UE deba ajustarse a los niveles establecidos por el Convenio Europeo parece solventar la displicencia del TJE, que deberá reajustar su doctrina. Ahora bien, la doctrina ha planteado dos problemas que ponen en cuestión la validez de tal aserto. En primer lugar, el Convenio Europeo dice muy poco sobre los derechos fundamentales colectivos, pues solo el art. 11 alude a la libertad sindical, de

²⁷ Los autores citan varios casos británicos, pero también en otros países comienzan a aparecer consecuencias de la jurisprudencia del TJE. Ver, por ejemplo, la condena por parte del Tribunal de Trabajo de Estocolmo a los sindicatos suecos a indemnizar daños y perjuicios a resultas del caso Laval, en BERNITZ U., REICH N., “Case No. A 268/04, The Labour Court, Sweden (Arbetsdomstolen) Judgment No. 89/09 of 2 December 2009, Laval un Partneri Ltd. V. Svenska Byggnadsarbetareförbundet et al”, *Common Market Law Review* 48 (2011), 603 ss; MALMBERG J., “Trade Union Liability for ‘EU-Unlawful’ Collective Action”, pp. 5 ss.; y Sciarra S., “Un’analisi delle fonte”, en SCIARRA, ed., *Manuale*, pág. 25.

²⁸ “Viking and Laval presented complex legal arguments unresolvable on an interim basis and because the court was almost bound to hold that the status quo and balance of convenience favoured preventing a costly and damaging strike”: EWING y HENDY, “A Tale of Two Cities”, p. 3.

²⁹ En Derecho británico una *injunction* (interdicto) puede enervar el ejercicio de la huelga si no hay certeza de la gravedad de los hechos por los que ésta se convoca.

³⁰ §§ 81 y 82 de la sentencia Viking: “81. A este respecto, por lo que se refiere, en primer lugar, a que la medida de conflicto colectivo (...) está comprendida en el objetivo de la protección de los trabajadores, no podría mantenerse esta calificación si se comprobara que los empleos o las condiciones de trabajo de que se trata no estaban comprometidos o seriamente amenazados. 82. Éste sería el caso, en particular, si el compromiso al que se refiere el tribunal remitente en su décima cuestión resultara tener, desde un punto de vista jurídico, un alcance tan vinculante como las estipulaciones de un acuerdo colectivo y si pudiera garantizar a los trabajadores el cumplimiento de las disposiciones legales y el mantenimiento de las disposiciones del convenio colectivo que regula su relación de trabajo”.

³¹ Para ello la UE debía ratificarlo, lo que planteó inicialmente el problema de que el Convenio Europeo no reconocía tal posibilidad a las comunidades de Estados, cuestión finalmente modificada por el Protocolo 14 del Consejo de Europa de 2004, que entró en vigor en junio de 2010.

³² *Ibidem*.

la que el TEDH deriva el derecho de huelga y de negociación colectiva, de modo similar a como ha hecho el Bundesverfassungsgericht alemán. Respecto a los límites externos de los derechos, y en concreto respecto a la proporcionalidad y adecuación, el Convenio se encuentra poco desarrollado por el TEDH, y solo hace una alusión mínima al problema en el segundo párrafo del art. 11 al permitir las restricciones derivadas de “la protección de los derechos y libertades ajenos”³³. Así, la sentencia TEDH *Energi Yapi-Yol Sen*, citada, indica que el derecho de huelga no es absoluto y su ejercicio puede ser sometido a ciertas restricciones, pero se remite a las Constituciones, legislaciones y prácticas nacionales.

En segundo lugar, la doctrina ha planteado las espinosas cuestiones que pueden ocasionar las discrepancias entre el TEJ y el TEDH, pues de la CDFUE se deriva palmariamente que prevalece el sentido dado por el Convenio Europeo a los derechos fundamentales, y tal sentido lo marca el TEDH. ¿Se sujetará pacíficamente el TJE a este mandato, siendo así que la importancia del TJE es muy superior a la del TEDH? Hay quien anuncia una guerra entre tribunales, tan corriente a nivel nacional entre las diversas jurisdicciones no jerarquizadas e incluso entre las jerarquizadas³⁴.

Pero no obstante encontramos un punto de esperanza entre tantas dudas. El sentido y alcance de los derechos colectivos puede determinarse por el propio TJE sin esperar a los pronunciamientos del TEDH, si para ello interpreta lo establecido en el Convenio Europeo. Y el Convenio admite restricciones a esos derechos que se deriven, entre otros límites, de la protección de los derechos y libertades *ajenos*. ¿Hasta qué punto las libertades del mercado interior pueden incluirse en la ajenidad? Dicho en otros términos, ¿cabe considerar las libertades mercantiles como derechos económicos y sociales que se consideran también como derechos fundamentales por ejemplo en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales? No lo parece. Ese Pacto, igual que las demás declaraciones internacionales de derechos humanos, no contempla ni siquiera la libertad de empresa, de la cual podrían derivarse lejanamente las libertades mercantiles transfronterizas a las que aludimos: proclaman derechos y libertades de titularidad “humana”, y solo dejan un estrecho resquicio para la titularidad de los grupos y las asociaciones. Y si la CDFUE menciona en cambio la libertad de empresa o la proporcionalidad en la aplicación de los derechos fundamentales³⁵, lo hace escuetamente y en todo caso no puede prevalecer sobre lo establecido en el Convenio Europeo.

2.3. La Propuesta de Reglamento COM(2012)130, o “Monti II”, sobre el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en el contexto de la libertad de establecimiento y la libre de prestación de servicios.

La Comisión Europea reacciona también ante la nueva jurisprudencia del TJE, pues ya existían importantes antecedentes de huelgas y medidas de conflicto con

³³ “2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la *protección de los derechos y libertades ajenos*. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado.

³⁴ La tensión entre el Tribunal Constitucional español y el Tribunal Supremo del país, al rechazar el primero alguna doctrina del segundo, ha llevado a extremos criticables y culminó en enero de 2004, con la condena de 11 magistrados del Tribunal Constitucional, por “negligencia profesional grave”, acordada por la Sala de lo Civil del Supremo.

³⁵ “Artículo 16. Libertad de empresa. Se reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales”. “Artículo 52. Alcance e interpretación de los derechos y principios. 1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”.

repercusiones en el ámbito comunitario³⁶. Por una parte su presidente encarga al profesor Monti un informe global sobre el mercado único³⁷ en el que Monti incluye dos propuestas concretas para solventar la tensión entre derechos colectivos y libertades económicas; por otra parte, la propia Comisión inicia las tareas para un Reglamento sobre la materia, que desembocan en la Propuesta COM(2012)130. Puede decirse que la Propuesta sigue básicamente lo sugerido por Monti, aunque con algunas concesiones al manifestado por las fuerzas políticas y sociales de la UE³⁸. En el entorno de ambas medidas de la Comisión, un turbulento cúmulo de declaraciones³⁹ otorgan un apoyo generalizado a una regulación en la que se clarifique la relación entre los derechos y libertades mencionados, pero con una salvedad importante: BusinessEurope no ve necesario ni un nuevo Reglamento ni una aclaración de la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores⁴⁰.

La Propuesta de Reglamento trata de seguir la orientación de Monti, el cual había sugerido garantizar el derecho de huelga, por un lado, y establecer un mecanismo de solución extrajudicial de conflictos laborales en el desplazamiento de trabajadores. En su afán por contentar a todos, finalmente, la Propuesta no convence a nadie y, sobre todo no aclara nada⁴¹.

En efecto, la garantía del derecho de huelga –una “inmunidad” a la inglesa- se halla contemplada actualmente en varias normas comunitarias de tipo económico, nitidamente en el Reglamento 2679/98, sobre libre circulación de mercancías⁴², y con mayor amplitud en la Directiva 2006/123⁴³, de Servicios, y en el Reglamento 1176/2011, sobre prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos⁴⁴. A pesar de los meritorios antecedentes, la Propuesta 2012/130

³⁶ La Comisión actuaba a propuesta del Parlamento Europeo y su resolución de octubre de 2008. Los agricultores franceses, por ejemplo, habían desarrollado medidas de boicot y daños contra los productos agrícolas de España y otros países que fueron condenados por la sentencia TJE Comisión contra República Francesa 265/95, de 9 de diciembre de 1997. Las medidas de conflicto de los agricultores no eran propiamente de huelga, y fueron calificadas genéricamente como actos vandálicos, contra los que el Estado francés no ejerció la suficiente contención y fue condenado por el TJE por incumplimiento del Tratado, sin otras precisiones. Por el mismo tiempo en que se dictó la sentencia, una huelga de camioneros franceses bloqueó el transporte con España, Reino Unido y otros países, obligando a la Comisión a intervenir, aunque finalmente se llegó a un acuerdo. Como resultado de tales acontecimientos se dictó el “Reglamento Monti” 2679/98. Un análisis detallado de aquellos acontecimientos premonitorios, en GUADAGNO S., *Viking, Laval and All That: Consequences of ECJ Rulings and Developments in the Area of Industrial Conflict in an Enlarged EU*, Università degli Studi di Milano, 2012, pp. 42 ss.

³⁷ MONTI M., *Informe al Presidente de la Comisión Europea “Una nueva estrategia para el mercado único”*, 9 de mayo de 2010.

³⁸ El enorme impacto del informe Monti puede deberse al prestigio adquirido por el profesor en su etapa como comisario del Mercado Interior y de la Competencia, y al Reglamento 2679/98 (“Reglamento Monti”), sobre libre circulación de mercancías, muy celebrado por su garantía del derecho de huelga.

³⁹ Del Parlamento Europeo, el Comité Económico y Social, el Consejo de Competitividad, organizaciones de todo tipo y, sobre todo, de la Confederación Europea de Sindicatos y de BusinessEurope.

⁴⁰ En concreto, BusinessEurope indica claramente que no se debe cuestionar la exclusión del derecho de huelga fuera de las competencias de la UE: COMISIÓN EUROPEA, *Exposición de Motivos de la Propuesta de Reglamento del Consejo sobre el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivos en el contexto de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios*, COM(2012)130 final – 2012/0064 (APP).

⁴¹ En este sentido, los dictámenes de los Parlamentos de Finlandia y de Luxemburgo, respectivamente en Parlamento Europeo, Comisión de Asuntos Jurídicos, Comunicaciones a los miembros de 12 de junio de 2012, nn. 0056/2012 y 0055/2012. (0056/2012)

⁴² Su art. 2 dice: “El presente Reglamento no deberá interpretarse en el sentido de que afecta en modo alguno al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros, incluido el derecho o la libertad de huelga. Estos derechos podrían incluir asimismo el derecho o libertad de emprender otras acciones contempladas por los sistemas específicos de relaciones laborales en los Estados miembros”.

⁴³ Art. 1.: “7. La presente Directiva no afecta al ejercicio de los derechos fundamentales tal y como se reconocen en los Estados miembros y en el Derecho comunitario. Tampoco afecta al derecho a negociar, celebrar y aplicar convenios colectivos y a emprender acciones sindicales de acuerdo con la legislación y las prácticas nacionales conformes al Derecho comunitario.

⁴⁴ Art. 1.3 “El presente Reglamento tiene en cuenta el artículo 28 de la Carta de los Derechos

incurre en dos graves defectos que la invalidan para la finalidad que persigue:

a) El artículo 1 acoge la “cláusula Monti”, si bien con un daño estructural profundo al descomponerse en dos apartados que friccionan entre sí: el primero indica que el Reglamento establece las normas y principios generales aplicables al ejercicio del derecho fundamental a adoptar *medidas de conflicto colectivo*, mientras que el segundo dice que el Reglamento no afectará en modo alguno al ejercicio de los *derechos fundamentales*, incluidos el de huelga, negociación colectiva y medidas de conflicto colectivo: no hay simetría entre ambos párrafos, no son coextensos. Todavía más, el segundo párrafo contradice al primero al decir que el Reglamento no afectará a los derechos fundamentales, siendo así que el primero proclama que aquél establece las normas que regulan su ejercicio. Seguramente el oxímoron, que tiene una importancia menor, se debe a una trasposición poco cuidadosa de la cláusula Monti, que en su versión original en el Reglamento 2679/98 formaba parte de un conjunto de normas sobre la libre circulación de mercancías, lo cual no sucede en la Propuesta COM(2012)130.

b) El artículo 2, por su parte, añade una cláusula de equilibrio entre los derechos colectivos y las libertades económicas que en la práctica anula la garantía del artículo precedente. Se trata de introducir el principio de proporcionalidad en las relaciones entre ambos bloques con la excusa del respeto recíproco: “El ejercicio de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios consagradas en el Tratado – dice el artículo- respetará el derecho fundamental a adoptar medidas de conflicto colectivo, incluidos el derecho o la libertad de huelga, y, a la inversa, el ejercicio del derecho fundamental a adoptar medidas de conflicto colectivo, incluidos el derecho o la libertad de huelga, respetará esas libertades económicas”. En realidad estamos como estábamos, aunque expresado desde otro ángulo de visión: las sentencias de la trilogía sentaban el principio de que las medidas de conflicto eran ilegales, pero podían ser lícitas si defendían moderadamente los derechos de los trabajadores, y ahora la Propuesta dice que las medidas de conflicto son lícitas, pero pueden ser ilícitas si son desproporcionadas.

¿Quién debe romper el nudo gordiano? ¿A quién compete determinar el equilibrio de la medida de conflicto? La Propuesta indica en el artículo 3.4 que a los tribunales nacionales compete determinar si la medida de conflicto colectivo excede de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos, y si lo hace, en qué medida. De esta forma trata de convertir en norma lo ya establecido por las sentencias del TJE.

La remisión del criterio de proporcionalidad en última instancia a los tribunales nacionales mantiene intacta la diversidad de criterios estatales en materia de huelga y medidas de conflicto. Bien es verdad que la Propuesta de Reglamento persigue otro objetivo, garantizar los derechos colectivos fundamentales, pero esa garantía se pretende a nivel transnacional, y la introducción de los heterogéneos criterios nacionales no lo va a hacer fácil⁴⁵. Los tribunales se enfrentan a lo que en algunos países se denomina el abuso del derecho de huelga, un concepto demasiado elástico que implica una gran inseguridad: por ello pueden condenar tanto a cien millones de euros por cada día de huelga, como veíamos en el caso británico de la British Airways, como a una condena simbólica de un franco, como los tribunales franceses acuñaron antes de la llegada del euro. Probablemente lo más adecuado consista en la remisión al Ordenamiento intersindical y en la no injerencia del Ordenamiento estatal en la fijación de los límites de las relaciones industriales, como sucede en los países de cultura anglosajona, pero cada vez se hace más difícil el *laissez faire colectivo* en

Fundamentales de la Unión Europea, y no afecta por lo tanto al derecho a negociar, celebrar o aplicar convenios colectivos o a emprender acciones colectivas de acuerdo con la legislación y las prácticas nacionales”.

⁴⁵ Por ejemplo, pensemos en la diferencia entre las legislaciones y tribunales nacionales que aplican el principio de *ultima ratio* y los que no lo consideran aunque sí admitan algún tipo de abuso de huelga. Y entre estos últimos, los países que establecen un límite genérico de abuso o por el contrario, un listado de huelgas abusivas por la modalidad o por el fin (caso español).

momentos como los actuales, cuando se introducen los criterios de proporcionalidad incluso en el santuario más sagrado del libre albedrío, la concurrencia empresarial.

La Propuesta de Reglamento contiene también varios preceptos de índole didáctica referentes a la posibilidad de que los interlocutores sociales a nivel europeo puedan establecer procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos colectivos, así como un mecanismo de alerta a virtud del cual los Estados afectados podrán dirigirse a los Estados causantes y a la Comisión de los perjuicios que se están produciendo. Es evidente que no hacía falta recordar tales potestades de los interlocutores sociales y de los Estados. Simplemente ocurrió que la Comisión deseaba establecer un sistema de solución extrajudicial y los interlocutores sociales manifestaron su repulsa, por lo que se limitó a reconocer el derecho de éstos a configurarlo mediante acuerdos europeos o directrices.

Lo único claro de la Propuesta COM(2012)130 queda reducido a la obligación de los Estados miembros de aplicar la igualdad de acceso a los mecanismos europeos y el derecho de las partes interesadas de acudir a los tribunales de justicia cuando los mecanismos extrajudiciales no permitan resolver el conflicto en un plazo razonable.

2.4. La Propuesta de Directiva COM(2012)131, sobre garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, de desplazamiento de trabajadores.

La doctrina del TJE había destapado algo que había permanecido latente hasta entonces: que la Directiva sobre desplazamiento no respondía al principio de equiparación por la vía del progreso (art. 151 TFUE), sino a facilitar la libre prestación de servicios en el mercado interior, por lo que la interpretación canónica en Derecho del Trabajo, de que los mínimos que garantizaba podían ceder ante mejores condiciones establecidas en normas concurrentes, no era la correcta según el TJE⁴⁶. La rectificación de la doctrina solo podía venir de una norma clarificando el sentido de la Directiva 96/71, pero las consultas y debates en torno al tema habían demostrado que no había una mayoría cualificada de Estados miembros dispuesta a respaldar una nítida opción por una Directiva de mínimos en sentido laboral –de mínimos mejorables, para entendernos-, por más que cuando se dictó en 1996 esa mayoría sí existía⁴⁷.

La Propuesta de Directiva se ha dirigido, por tanto, más que a una reforma para evitar el dumping social de otros Estados miembros, a combatir el fraude consistente en utilizar compañías ficticias para la libre prestación de servicios. Lo hemos visto tanto en el caso Laval como en el caso Rüffert, la connivencia entre dos empresas de ambos lados de la frontera, y para luchar contra ello se propone reforzar la inspección sobre los desplazamientos de trabajadores, ordenar la información entre los Estados miembros afectados, designar autoridades competentes en el intercambio de informaciones, y establecer la cooperación administrativa a tales efectos. Todo ello se completa con un exhorto a los Estados miembros para que faciliten la presentación de reclamaciones administrativas y de demandas judiciales por parte de los trabajadores que hubieran sufrido perjuicio por el fraude y el abuso en los desplazamientos. En definitiva cuentas, el problema principal, el dumping social en sí mismo, no se aborda por la Propuesta de Directiva, que se concentra en garantizar los derechos de los trabajadores desplazados..., de acuerdo con la interpretación del TJE⁴⁸.

⁴⁶ Solo normas legales o convenios de eficacia general, salvo que el Estado determine alguna ampliación de las contempladas por la Directiva. De tal modo, convenios de eficacia limitada, acuerdos de empresa, usos de empresa, etc., pueden aplicarse a virtud del art. 3.7 de la Directiva, pero los tribunales solo deben garantizar los mínimos generales antecitados. Recuérdese lo indicado por la sentencia Rüffert, comentada más arriba.

⁴⁷ En tal sentido, MALMBERG N., JOHANSSON C., "The Commission's Posting Package", cit., pág. 6.

⁴⁸ La Comisión quedó atrapada en equilibrar varias dimensiones, dicen Malmberg y Johansson: primero, porque la principal razón de la Directiva de Aplicación, reforzar la posición de los trabajadores desplazados, chocaba contra los tres objetivos de la Directiva originaria; segundo, porque la Comisión debía tener en cuenta el objetivo de reducir los obstáculos administrativos, exigido por el Consejo Europeo; y tercero, porque la Comisión debía respetar los diversos sistemas de relaciones industriales de los Estados miembros ("The Commission's Posting Package", 7 y 8).

Solo el párrafo 1.2 inserta la “cláusula Monti”, modificada para incluir el respeto a otras medidas de conflicto distintas a la huelga y el derecho a la negociación colectiva, de acuerdo con la legislación y las prácticas nacionales⁴⁹. Pero esta inmunidad es relativa, si lo protegido por los tribunales van a continuar siendo exclusivamente los mínimos generales de la ley o el convenio *erga omnes*.

3. Reflexión de conjunto.

El impacto de la trilogía judicial no queda eliminado por las diversas medidas emprendidas en el ámbito jurídico. La visión de los jueces de Luxemburgo permanece, y rompe la autonomía del Derecho del Trabajo en sus aspectos más característicos, los derechos colectivos, mercantilizando el estrato más noble de esta rama del Derecho. Hasta ahora el “sistema de relaciones industriales”, en la visión de Dunlop, disponía de sus propios mecanismos sancionatorios, tanto por parte de los trabajadores como de los empresarios, mecanismos que se habían mostrado más eficaces y sutiles que los toscos remedios estatales, por lo que habían sido reconocidos por las diversas legislaciones de los Estados miembros. Ahora se ve muy difícil, se mire como se mire, impedir este retorno a las normas primitivas. Por cuanto hace al intento más interesante, la Propuesta de Reglamento COM(2012)130, es indecisa y no consigue lo que se pretende, aplicara las relaciones entre las libertades económicas y el derecho de huelga la misma inmunidad que para aspectos concretos habían consagrado la cláusula Monti y la sentencia Albany.

Solo queda buscar alguna línea argumental que nos permita salir del impasse en que parecemos estar situados respecto a los derechos fundamentales colectivos.

a) Una primera explicación se encuentra, sin duda, en que si la cláusula Monti garantizaba el derecho de huelga y la sentencia Albany el derecho de negociación colectiva, la Propuesta trata en cambio de garantizar el derecho a *medidas de conflicto colectivo*, globalmente (art. 1.1), debido a que en las sentencias Viking, Laval y Ruffert la acción emprendida por los sindicatos consistió principalmente en boicotear la actividad comercial de la contraparte, antes que en hacer huelga⁵⁰. En Viking, por ejemplo, la Federación Internacional prohíbe desde Londres a sus sindicatos afiliados firmar ningún convenio colectivo con la empresa de transbordadores. En Laval, los sindicatos bloquean las obras de la escuela para que no entren los trabajadores ni los vehículos de la empresa. De este modo se ha encontrado con una cuestión que todo especialista en materia laboral conoce, y es que mientras la huelga y la negociación colectiva tienen sus propios mecanismos internos de equilibrio –en la huelga, el descuento de los salarios del tiempo no trabajado; en la negociación colectiva, la necesidad de llegar al consenso con la contraparte-, el boicot contractual o el bloqueo fáctico no conllevan perjuicios para los participantes, por supuesto si es pacífico. Se trata de medidas de conflicto no exclusivamente laborales, en el sentido de que, como ha ocurrido con frecuencia en otros boicots internacionales, en ellos pueden participar también estudiantes, ONGs, asociaciones de todo tipo, etc. Considerarlas como derechos fundamentales laborales quizá sea una imprecisión, por más que la CDFUE garantice las “acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga” en el art. 28. Lo apropiado habría sido, pues, garantizar el derecho o la libertad de huelga de manera diferenciada a las demás medidas de conflicto colectivo⁵¹.

⁴⁹ “2. La presente Directiva no afectará en modo alguno al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros y por la legislación de la Unión, en particular el derecho o la libertad de huelga o de emprender otras acciones contempladas en los sistemas de relaciones laborales específicos de los Estados miembros, de acuerdo con la legislación y las prácticas nacionales. Tampoco afecta al derecho a negociar, celebrar y hacer cumplir convenios colectivos y a tomar medidas de conflicto colectivo de acuerdo con la legislación y las prácticas nacionales”.

⁵⁰ Como se sabe, la huelga es muy difícil de organizar a nivel internacional, en el que la medida de conflicto más utilizada es el boicot, sobre todo en el tráfico marítimo.

⁵¹ La cláusula Monti así lo hace, pues después de inmunizar al derecho o la libertad de huelga, abre la puerta a que “estos derechos podrían incluir asimismo el derecho o libertad de emprender otras acciones”, de forma condicional y separada. En parecida forma la Constitución española de 1978 reconoce como

b) Una segunda explicación, que llega más al fondo del problema, consiste en relativizar la fuerza expansiva de la lucha contra el dumping social. Hemos dedicado algunas líneas a advertir cómo la lucha por la igualdad en el progreso, la convergencia en torno a las opciones más avanzadas, tiene un alma mercantilista que consiste en luchar contra el posible dumping social de otros países competidores con legislaciones menos generosas. Sobre todo Francia y Alemania han salido beneficiadas de este *race to the top*, de esta carrera hacia lo alto, porque han logrado Directivas que situaban los estándares europeos en su posición más alta. La sentencia Albany inició la misma senda respecto a la negociación colectiva al sacarla fuera de las normas sobre competencia mercantil, pero cuando podíamos razonablemente esperar que las sentencias Viking, Laval y Ruffert hicieran algo parecido respecto al conflicto colectivo, su respuesta simplemente lo sumerge en el ambiente economicista ya conocido.

c) Hasta cierto punto, los escritos de Ewing y Hendy son también importantes por una tercera razón, junto a las otras dos apuntadas en su momento. No es por acaso que sean autores británicos quienes profundicen en el asunto para ver sus implicaciones prácticas y advertir de las estrategias que comienzan a adoptar las empresas británicas gracias a la doctrina del TJE. Su historia de dos ciudades es también la de Londres frente a Bruselas, de las inmunidades frente a las libertades comunitarias. Porque en realidad, el Derecho británico con su teoría de las inmunidades colectivas posiblemente sea el más afectado por el posicionamiento del TJE negando la excepción⁵².

Pero de cualquier modo ha sido una batalla antidumping de unas características muy especiales: cabría decir, por una parte, que Reino Unido no ha puesto en el asunto el empeño que Francia o Alemania pusieron en su clamor para eliminar la competencia desleal de otros países; y desde luego, en segundo lugar, esta batalla ha ofrecido una clara diferencia respecto de lo ya visto en otras ocasiones, pues ahora se trataba de una pugna generalizada, de varios países en defensa de un modelo cuyo epicentro quizá se encuentre en Reino Unido, y en donde no se trata de eliminar una legislación estatal peyorativa, sino algo tan sutil como la interpretación de las normas comunitarias realizada por el TJE y que beneficia a una amplia parte de otros Estados miembros⁵³.

Para concluir este apartado, la cláusula Monti y las similares aparecidas en algunas normas comunitarias venían a otorgar una inmunidad específica frente a determinadas ramas mercantiles⁵⁴. La trilogía del TJE echa por tierra esa tendencia al abrir un gran espacio a la competencia mercantil. Como indica Lo Faro, la alternativa

fundamental el derecho de huelga, art. 28, mientras que el derecho a otras medidas de conflicto lo reconoce en un escalón inferior en el art. 37.

⁵² Podrá objetarse que el Derecho británico, con sus prolijos requisitos para poder ejercer el derecho de huelga, no es ninguna panacea y posiblemente se encuentre por detrás de la legislación de otros Estados miembros, pero ello no es óbice para considerarlo el mejor exponente de la autonomía del Derecho del Trabajo y de sus derechos fundamentales "específicos". Un claro estudio sobre las inmunidades británicas en este punto lo hallamos en CARBY HALL J., "Informe británico", en VVAA (MARZAL A. ed.), *La huelga hoy*, pp. 29 ss. Desde la Trade Disputes Act de 1906, indica el autor, (a) los sindicatos gozaban de una inmunidad completa para los ilícitos civiles; (b) los sindicatos y los líderes de los sindicatos ("officers of the trade union") gozaban de inmunidad en los ámbitos de la conspiración y de la incitación a la ruptura de contrato cuando actuaban sobre la base de la fórmula de oro, y (c) la Trade Disputes Act de 1965 introdujo una ampliación de esta protección estatutaria, acordando a los sindicatos inmunidad en el ámbito del acto ilícito de la intimidación.

⁵³ En el Foro sobre Derechos de los Trabajadores y Libertades Económicas (Bruselas, Octubre 2008), organizado por la Comisión Europea, tanto la Comisión como Alemania, Dinamarca, Francia, Luxemburgo y Suecia indicaron que la interpretación de la Directiva 96/71 realizada por el TJE había sido imprevisible y causaría problemas a nivel nacional: MALMBERG J., JOHANSSON C., "The Commission's Posting Package", p. 6.

⁵⁴ No debemos desdeñar la importancia de ellas, porque la libre circulación de mercancías (transporte ferroviario y por carretera), por ejemplo, tiene hasta el momento mayor importancia en el desarrollo de huelgas y boicots que la libre circulación de trabajadores y la libre prestación de servicios. La Propuesta de Reglamento COM(2012)130 es el colofón de esa tendencia, que por lo dicho antes va camino de no tener efecto alguno.

entre una equilibrada convivencia entre derechos sociales y libertades económicas y una más radical inmunidad de los primeros respecto de los segundos ha tomado decididamente la primera vía a partir incluso de las conclusiones de los abogados generales en las sentencias que comentamos⁵⁵. El Derecho del Trabajo y su aspecto más característico, las instituciones colectivas, pierden su carácter especial, logrado gracias a decenios de pulimentación y refinado, para volver a la simplicidad primigenia: el trabajo es una mercancía y debe atemperarse a las normas de la competencia mercantil.

D. La necesaria reinterpretación del fenómeno

1. Race to the bottom, race to the top.

Cabría decir en cuanto al retorno a los orígenes auspiciado por las sentencias del TJE, que siempre queda como garantía del trabajador la legislación sobre estándares individuales, que en Europa conserva un elevado nivel, aunque se apliquen los de las normas generales. Salarios mínimos, jornadas máximas, vacaciones, descansos, seguridad y salud, etc., harían imposible la vuelta a los orígenes, a aquella línea roja consistente en el mero mantenimiento y reproducción de los recursos humanos. Pero cuanto antes nos demos cuenta de que la trilogía no está sola y que forma parte de un “tsunami” general de recortes sociales, antes podremos constatar hasta qué punto dichas garantías individuales están desapareciendo. La legislación de los Estados miembros sigue actualmente de manera casi unánime la política de recortes sociales iniciada en los años noventa por Suecia y Alemania, los países con mayor implicación exportadora. La Unión Europea y sus Estados miembros han descubierto las ventajas de las *soft laws*, y los estándares se congelan en la misma situación durante años, cuando no desaparecen; los convenios de empresa pasan a tener prioridad sobre los convenios sectoriales, en todos o algunos supuestos, pero aumenta el número de posibilidades otorgadas a los empresarios para incumplir unilateralmente por algunas razones que nada tienen que ver con las que reconoce el Derecho Común para incumplir los contratos. La legislación laboral reduce su ámbito de aplicación, en fin, mediante una amplia batería de actividades exceptuadas y empleos atípicos.

Se trata de una “carrera hacia el fondo” que afecta hoy día a los países europeos con gran diferencia respecto a los demás. Ni siquiera afecta al conjunto de los países occidentales, puesto que Estados Unidos no ha cambiado su legislación laboral, aunque tampoco la haya mejorado⁵⁶. Tampoco la reforma de la legislación australiana parece dirigida a una reducción de las garantías de los trabajadores, aunque tenga ese resultado, sino a poner fin a las contradicciones de una legislación muy original y centralizada en materia de salarios mínimos que había derivado hacia la fijación por la AIRC de estándares laborales que a su vez eran renegociados por los sindicatos⁵⁷.

Pero sería absurdo considerar que los recortes sociales se deben a la ampliación hacia el este de la UE en los 2000s, o en otros términos, que se trate de una dificultad interna de la UE para ajustar sus niveles normativos. El correcto acoplamiento de los derechos sociales y las libertades económicas tiene gran importancia, cómo no, pero las resistencias que encuentran su solución no están solamente dentro. Lo cual nos lleva a una reflexión estratégica: el debate central hoy día no estriba en equilibrar los derechos estatales y las libertades comunitarias. Nos

⁵⁵ LO FARO A., “Diritti social e libertà economiche del mercato interno”, pág. 68.

⁵⁶ En algunos Estados se han recortado hace poco los derechos de los funcionarios públicos, pero las iniciativas no parecen haber encontrado una repercusión importante. Cfr. especialmente la Ley 10/2011 del Estado de Wisconsin (Wisconsin Act on State Finances, Collective Bargaining for Public Employees and Related Matters).

⁵⁷ Lo cual parece demostrado porque del oscuro fondo al que se había llegado con la Workplace Relations Act 1996 y el “Australian Workplace Agreement” se ha salido después con la Fair Work Act 2009.

enfrentamos a otro dumping social de vastas proporciones, que nos requiere para abandonar el eurocentrismo jurídico tradicional. El auténtico, el poderoso dumping social, proviene de competidores externos a la UE provistos de derechos sociales mínimos o inexistentes, contra los que poco pueden hacer las normas europeas, tantonacionales comocomunitarias. Por eso la lucha contra el dumping *de proximidad* ya no avanza, ni siquiera la equiparación por la vía del progreso de nuestros Tratados originarios. Los europeos debemos ser conscientes de que no solo los derechos fundamentales de nuestros países, sino el entero modelo social europeo, se encuentra en riesgo de desaparición en esta frenética carrera hacia abajo para competir con países que producen a la mitad de precio que nosotros.

Ahora bien: sería irreal pensar que solo los europeos se encuentran en apuros y que únicamente la reducción de derechos sociales es la única manera de afrontar la crisis. Hay otra crisis a la inversa, la de los países que son blanco de las críticas porque sus fábricas muestran deplorables ejemplos de explotación humana, y en ellos se produce la carrera contraria, una “race to the top”, en la feliz expresión acuñada por Hepple hace unos años⁵⁸. Las denuncias en los medios de comunicación, campañas de derechos humanos, condenas de la opinión pública, y activismo de los movimientos sociales –incluidos los sindicatos– socavan la fuerza expansiva del modelo que pretende sustituir al europeo. Porque no se trata de la simple aparición de nuevas potencias económicas, principalmente en Asia, con prácticas laborales reprochables, sino de un fenómeno de mayor calado. Ese modelo inverso, y los países que lo sustentan, se enfrentan también a formidables fuerzas de nueva generación que les están obligando a ceder las posiciones más radicales. Podemos hablar, consiguientemente, de un proceso de convergencia de los polos, en el cual las fuerzas que empujan hacia arriba no deben ser desdeñadas como hasta ahora, aunque los resultados obtenidos hasta el momento no sean tan visibles como nos gustaría. Los europeos debemos apoyarlas sin reservas, porque el modelo social que nos ha dado prestigio se encuentra en agudo peligro.

En el reto global aparecen nuevos ingredientes del dumping: a) la ideología subyacente; b) la estructura que lo anima, y c) la adecuación de medios de respuesta. Expondré brevemente las tres cuestiones.

a) La ideología subyacente. No hay una, sino dos raíces ideológicas en el dumping planetario. Una es de impronta occidental, y la otra es oriental. Me refiero, por una parte, al liberalismo extremo que defendiendo que la mejor solución en todos los ámbitos es dejar que los mercados se expresen sin condiciones. También en el mercado laboral, donde no deberían existir estándares porque distorsionan la competencia. Durante décadas, Estados Unidos ha liderado esta ideología, exacerbada aún más desde los escritos de Friedman y la escuela de Chicago, aunque en la actualidad, preocupada la gran potencia por la invasión de su espacio económico por los gigantes asiáticos, parezca remitir. Pero por otra parte existe otra ideología de escasa visibilidad pero mucho más activa en el momento presente, que es la religión confuciana, mayoritaria en China, Japón y otros países asiáticos. En el confucianismo se detecta un elemento de obediencia ciega y de sumisión al líder que es la idea del *grupismo*, por el que el individuo se integra en grupos que son más importantes que él mismo y a cuyo líder debe respetar en todo caso, ya sea en la familia o en la empresa, en lo que se entiende por consenso vertical. La relativa pasividad de los sindicatos, el conformismo ante las deficientes condiciones de trabajo, se explican en buena parte por esta filosofía⁵⁹.

⁵⁸ HEPPLÉ B., “A Race to the Top? International Investment Guidelines and Corporate Codes of Conduct”, 1999.

⁵⁹ Sobre todo en Japón, que ha generado fórmulas conocidas de organización industrial: como indica CLEGG S., “en Japón se espera que los superiores hagan que sus subordinados acepten la práctica del ‘grupismo’ de manera que la ‘confianza’ esté constituida para trascender particularismos al vincular a cada persona con el amor universal a la empresa” (“¿De las culturas antiguas a la fatuidad posmoderna?”, pág. 133). Cfr. también sobre el consenso y el grupismo confucianista en las empresas de ese país

b) La estructura que lo anima. El dumping social se practica por dos clases de países: aquéllos cuyas condiciones de trabajo no pueden despegar del nivel de subsistencia, y países cuyo potente desarrollo permite una sustancial mejoría de las clases trabajadoras que no obstante se retienen en niveles artificialmente bajos. Las medidas laborales que vamos a presentar no afectan a las distinciones entre países económicamente débiles y países fuertes⁶⁰, pero sí al tipo de sistema político del país competidor, especialmente en cuanto a las restricciones del conflicto colectivo y la libertad sindical.

c) La adecuación de medios de respuesta. Un dumping global en términos planetarios no encuentra resistencias estatales o internacionales, sino transnacionales, es decir, privadas y horizontales, que se prevalecen de mecanismos mucho más sofisticados que los rígidos de la norma coactiva. La competencia económica global hace muy difícil, aunque no imposible, que la comunidad internacional dicte sanciones contra los países que infringen los derechos sociales fundamentales. Muchos más matizados y sutiles, las medidas de actuación contra esas prácticas se diversifican y adaptan en la medida necesaria, hasta llegar incluso al nivel de empresa.

CORIAT, B., *Pensar al revés: trabajo y organización en la empresa japonesa*, pp. 67 ss. Para WHITEHILL A., sin embargo, el confucianismo es solo “el origen de una ética laboral fuerte y saludable que persiste hasta hoy”: *La gestión Empresarial Japonesa: Tradición y Transición*, p. 76. En China existe otro elemento adicional, la amplia reserva de mano de obra agrícola que emigra masivamente a las ciudades industriales, pero el confucianismo está de igual modo bien presente en ese país gigante: véanse los estudios dedicados al tema en la parte I del libro de CAO, XUEPING y KEBIN, *Culture and Social Transformation in Reform Era China*.

⁶⁰ Hay un consenso generalizado en que las exportaciones competitivas de un país pobre no deben obstaculizarse porque pondrían al país en riesgo de hambruna, y de ahí los Sistemas Generalizados de Preferencias de Estados Unidos y de la Unión Europea en materia de aranceles, muy discutibles desde el punto de vista de su objetividad. Pero las medidas laborales no afectan a la exportación, al menos directamente, pues van dirigidas a la redistribución de la renta en el país destinatario, como enseguida veremos.

Bibliografia

- ALLAMPRESE A., "Diritto comunitario della concorrenza e contratti collettivi", *Il lavoro nella giurisprudenza* 1 (2000), 38.
- BERNITZ U., REICH N., "Case No. A 268/04, The Labour Court, Sweden (Arbetsdomstolen) Judgment No. 89/09 of 2 December 2009, Laval un Partneri Ltd. V. Svenska Byggnadsarbetareförbundet et al", *Common Market Law Review* 48 (2011), 603 ss.
- BRUUN N. Y HELLSTEN J. (eds.), *Collective Agreements and Competition in the EU, COLCOM Report*, DØJ Publishing, Copenhagen 2001.
- CAO, XUEPING, KEBIN, *Culture and Social Transformations in Reform Era China*, Brill Academic Publisher, Boston 2000, Parte I.
- CALVO CARAVACA A.L., *Mercado único y libre competencia en la UE*, Colex, Valladolid 2003.
- CARBY HALL J., "Informe británico", en VVAA (MARZAL A., ed.), *La huelga hoy*, cit.
- CLEGG S.R., "¿De las culturas antiguas a la fatuidad posmoderna?", *Gestión y política pública* 1-1 (1992).
- CORIAT, B., *Pensar al revés: trabajo y organización en la empresa japonesa*, Siglo XXI, Madrid 1998.
- DAVIES A.C.L., "One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the ECJ", *Industrial Law Journal* 37-2 (2008), 126 ss.
- EVJU, S., "Collective agreements and competition law. The Albany puzzle and van der Woude", *International Journal of Comparative Law and Industrial Relations*, 2001, 193.
- GIUBBONI S., *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Il Mulino, Bologna 2012
- GIUBBONI S., *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale della integrazione europea*, Il Mulino, Bologna 2003.
- GIUBBONI S., *Social Rights And Market Freedom In The European Constitution: A Labour Law Perspective*, Cambridge Studies on European Law and Policy, Cambridge University Press, Cambridge 2009.
- GIUBBONI S., "Social Rights And Market Freedom In The European Constitution: A Re-appraisal", en VVAA (TUORI, SANKARI, eds.), *The many constitutions*, cit.
- GOERLICH PESET, J.L. (ed.), *Libertades económicas, derecho del trabajo y derecho de la competencia*, Consejo Económico y Social, Madrid.
- GUADAGNO S., *Viking, Laval and All That: Consequences of ECJ Rulings and Developments in the Area of Industrial Conflict in an Enlarged EU*, Università degli Studi di Milano, 2012.
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., "Negociación colectiva, Derecho de la competencia y libertades de circulación en la Unión Europea", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* 92 (2011), 143 ss.
- HEPPLE B., "A Race to the Top? International Investment Guidelines and Corporate Codes of Conduct", *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 20 (1999), pp. 347 ss.
- HÖSS N., "The Principle of Proportionality in Viking and Laval: An Appropriate Standard of Judicial Review?", *European Labour Law Journal* 2 (2010), pp. 236 ss.
- LO FARO A., "Coordinamento aperto e diritti fondamentali: un rapporto difficile", in M. BARBERA (ed), *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, Giuffrè, 2006
- LO FARO A., "Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking", in *Lavoro e diritto*, 2008, pp. 63 ss.
- LO FARO A., *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria. La contrattazione collettiva come risorsa dell'ordinamento giuridico comunitario*, Giuffrè, Milán 1999.
- LO FARO A., "La contrattazione collettiva transnazionale: prove di ripresa del dialogo sociale in Europa?", in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2007, pp. 555 ss.
- LO FARO A., *Regulating Social Europe . Myths and Reality of European Collective Bargaining in the EC Legal System*, Hart Publishing, Londres 2000.
- MALMBERG J., "Trade Union Liability for 'EU-Unlawful' Collective Action", *European Labour Law Journal*, 3-1 (2012), 5 ss.
- MALMBERG, J., JOHANSSON C., "The Commission's Posting Package", *European Policy Analysis*, SIEPS, julio 2012.
- MARTÍNEZ FONS, D., *Libre competencia y Derecho del Trabajo: efectos del Derecho económico comunitario en las relaciones laborales*, La Ley-Kluwer, Madrid 2006.
- MORGENSTERN F., *International Conflicts of Labour Law*, OIT, Ginebra 1984.

- OJEDA AVILÉS A., "Enforceability of European Collective Agreements and New Accession Countries", en VVAA (DIETERICH, KEZUKA, LE FRIANT, NOGLER Y PFARR, eds.), *Individuelle und kollektive Freiheit im Arbeitsrecht*, Nomos, Baden-Baden 2010, pp. 77 ss.
- OJEDA AVILÉS, A., "Derechos fundamentales de los trabajadores y libertades fundamentales de los mercados: ¿la ecuación imposible?", *Tribuna Social* 217 (2009), pp. 14 ss.
- OJEDA AVILÉS, A., "Convenios colectivos y competencia ilícita", Datadiar, Madrid 2000, en internet.
- OJEDA AVILÉS, A., *Derecho Transnacional del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia 2012.
- ORTIZ, MAILLO, IBAÑEZ Y LAMADRID, *Manual de Derecho de la Competencia*, Tecnos, Madrid 2008.
- RAVELLI F., "Mercato, solidarietà, autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario", *GDLRI* 98 (2003), pp. 321ss.
- ROCCA M., "The Proposal for a (so-called) 'Monti II' Regulation on the Exercise of the Right to take Collective Action within the Context of the Freedom of Establishment and the Freedom to Provide Services", *European Labour Law Journal* 3 (2012), pp. 19 ss.
- RODRIG D., *The globalization paradox*, Bosch, Barcelona 2012.
- SCIARRA S., "Un'analisi delle fonte", en VVAA (SCIARRA, ed.), *Manuale*, cit.
- SCHNORR VON CAROLSFELD L., "La convention collective européenne, son opportunité, les possibilités de la réaliser, et les problèmes juridiques qu'elle pose", *Droit Social* 1971.
- VVAA (NAVARRO NIETO, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, GÓMEZ MUÑOZ, dirs.), *Manual de Derecho Social de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid 2010.
- VVAA (TUORI K., SANKARI S., eds.), *The many Constitutions of Europe*, Ashgate Pub., Farnham 2010.
- VVAA (MARZAL A., ed.), *La huelga hoy en el Derecho Social comparado*, Editorial Bosch, Madrid 2006.
- VVAA (SCIARRA S., ed.), *Manuale di Diritto Sociale Europeo*, cit. Giapichelli, Torino 2010.
- WADDINGTON J., *European Works Councils. A Transnational Industrial Relations Institution in the Making*, Routledge, Nueva York 2010).
- WHITEHILL A., *La gestión Empresarial Japonesa: Tradición y Transición*, Editorial Andrés Bello, Santiago de Chile 1994.