

Derechos fundamentales de los trabajadores y libertades fundamentales de los mercados: ¿la ecuación imposible?

LABORAL

◆ Por Dr. Antonio Ojeda Avilés, Catedrático de la Universidad de Sevilla

SUMARIO: 1. Cuestiones previas: ¿qué concepto de derechos fundamentales?; 2. Aparición de la normativa regional; 3. Una contraposición sesgada; 4. El Tribunal Europeo y las libertades de la unión; 5. Los términos implícitos de los derechos sociales; 6. El próximo terreno de juego.

1. CUESTIONES PREVIAS: ¿QUÉ CONCEPTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES?

La edad de los derechos, como se ha llamado a nuestra época por relevantes autores (1), ha venido marcada por el auge de su categoría principal, de los derechos fundamentales en sus diversas vertientes, que «determinan el estatus jurídico de los ciudadanos, lo mismo en sus relaciones con el Estado que en sus relaciones entre sí» (2). En el ámbito laboral disponemos además de los derechos fundamentales específicos, es decir, de los reconocidos a los trabajadores y empresarios y sus organizaciones (asociación, huelga, negociación colectiva), además de los inespecíficos o genéricos, un grupo este último que, por cierto, ha progresado hasta colocarse al frente de las reivindicaciones laborales de los últimos años ante el imparable progreso de los controles y sujeciones telemáticas a disposición del empleador.

La Constitución Española, como la alemana y otras, otorga a los derechos fundamentales una doble consideración, de derecho subjetivo y de elemento

RESUMEN: El precario equilibrio logrado entre los derechos fundamentales de los trabajadores y de los empresarios, logrado en los países europeos, encuentra ahora en el nivel «regional» un espacio donde aparece una novedosa confrontación entre niveles distintos: por una parte, los derechos sociales fundamentales, y por otra los derechos del mercado transnacional, plasmados en las libertades y principios de corte económico característicos de los mercados únicos. El análisis de esta peculiar confrontación, que en Europa se consagra con las sentencias Albany, Viking, Laval y Ruffert, arroja motivos de preocupación, pero también de esperanza.

esencial del Ordenamiento, por lo que los reviste de una protección especial consistente –es el caso español– en la preservación de su contenido esencial y en la tutela jurisdiccional reforzada mediante un procedimiento sumario y preferente y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53). Tal consideración no es universal, y, sobre todo, no está depurada en los países anglosajones, para los cuales el concepto de derechos fundamentales equivale en la mayoría de los casos al de derechos humanos, de donde los organismos internacionales utilizan una visión muy ambigua y casi impracticable a la hora de dotarlos de funcionalidad ante los tribunales (3).

Una importante jurisprudencia de ese Tribunal (en adelante, TC) se ha ido formando para delimitar los perfiles de cada uno de ellos y, sobre todo, de las situaciones de colisión de ellos entre sí, un tema que en el ámbito laboral se viene saldando con la aplicación del principio de proporcionalidad al objeto de permitir la convivencia entre los derechos fundamentales laborales y el derecho generalmente esgrimido por los empresarios para frenar su pleno ejercicio *intra moenia*, el de libre empresa, a pesar de que este último no tiene el mismo relieve ni, por ende, la misma protección de que disfrutaban los que se le oponen (4). Ante la tesitura de hacer prevalecer los valores personales sobre los patrimoniales, el TC desarrolla alambicados argumentos para no lesionar el orden de la economía, más preocupado en que las colisiones terminen sin víctimas aunque ambas partes puedan sufrir importantes pérdidas, que en mantener lo que la propia Constitución denomina «contenido esencial» de los derechos fundamentales.

Al comenzar el siglo XXI podemos decir que los sofisticados equilibrios establecidos por los tribunales de los países desarrollados entre derechos fundamentales de los trabajadores y de los empresarios alcanzan un alto nivel de aceptación, aunque puedan encontrarse desde luego algunas deficiencias. A nivel internacional, el Comité de Libertad Sindical de la OIT y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han sentado las bases de convivencia pacífica entre ambos bloques de derechos a través de una importante doctrina que ha consolidado, por ejemplo, el derecho de negociación colectiva. No menos importante para los derechos fundamentales de los trabajadores ha

sido la jurisprudencia de los tribunales del *Common Law* actuando en litigios de ámbito internacional en los que se trataba de defender los derechos básicos de la persona, como la vida o la integridad física, frente a poderosas empresas multinacionales ávidas de maximizar el beneficio. En especial los tribunales norteamericanos van sentando una sólida jurisprudencia en donde reconocen indemnizaciones multimillonarias a las víctimas de los desastres provocados por la actividad industrial de sus multinacionales en otros países del Tercer Mundo o por comportamientos predatorios hacia sus trabajadores nativos (5).

El auge y equilibrio de los derechos fundamentales en todos los países tiene, sin embargo, un punto débil, el conceptual, pues ni dicha categoría de derechos existe de forma unánime, ni allí donde existe disfruta de la misma extensión y protección. Aun cuando aceptemos como universal la idea de que hay unos derechos más básicos que otros, la traducción jurídica a dos niveles de derechos con distinta protección judicial y legal sólo aparece en algunos Estados occidentales, impregnados de la filosofía de los *Grundrechte* y su *Wesensgehaltgarantie* de la Constitución alemana de 1949. El verdadero concepto universal es muy otro, como reconoce Bobbio al indicar que se han ido reforzando los tres procesos de la evolución histórica en los *derechos humanos*, la positivización, la generalización y la internacionalización (6). Y si en cada país los derechos humanos hallan siempre una forma de expresarse, no ocurre lo mismo con su positivización en derechos fundamentales, un proceso aún por estrenar en numerosos países (7). De ahí la importancia de las Declaraciones o Convenios internacionales donde se listan un conjunto de derechos humanos y «libertades fundamentales», al servir de base para su positivación como derechos fundamentales en los diversos Estados.

De cualquier modo, la premisa de la que partimos se mantiene incólume. Allí donde los derechos fundamen-

(5) Cfr. al respecto OJEDA A. y COMPA L.: «Globalización, class actions y Derecho del Trabajo», en *RL*, II (2002) págs. 217-250. Traducción francesa en la obra dirigida por DAUGAREIHL, I.: *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, Bruylant-LGDJ, Paris 2005, pág. 265 y ss.

(6) BOBBIO N.: *op. cit.*, pág. 46, citando a PECES BARBA G. (Dir.): *Derecho positivo de los derechos humanos*, Debate, Madrid 1987.

(7) Por derechos humanos hemos de entender a «aquellas facultades inherentes a la persona que deben ser reconocidas por el derecho positivo. Cuando se produce ese reconocimiento aparecen los derechos fundamentales, cuyo nombre evoca su función fundamentadora del orden jurídico de los Estados de Derecho» (PÉREZ LUÑO, A.: *La tercera generación de derechos humanos*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor 2006, pág. 236). No obstante, la confusión entre ambos conceptos es notoria, especialmente en el mundo anglosajón. Así puede advertirse en la adopción por Reino Unido de la Ley de Derechos Humanos (*Human Rights Act*) en 1998, para la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, lo que es tanto como decir la positivación de los derechos fundamentales civiles y políticos, algo similar a lo que hallamos en la *Human Rights Act* australiana del año 2004. Por su parte, la *Human Rights Act* canadiense de 1976-77 reduce su ámbito a los diversos aspectos del derecho a la no discriminación, si bien se completa con la Constitución, como veremos de seguido. En esas leyes anglosajonas apenas si se hace referencia al doble escalón mencionado en texto, pues prefieren dotar a la defensa de estos derechos con un órgano que suele denominarse Comisión de Derechos Humanos. Sólo encontramos, salvo error u omisión, algo similar al doble escalón en el *Bill of Rights de Nueva Zelanda* de 1990, pues sus normas sólo pueden venir reformadas o derogadas mediante mayoría cualificada del Parlamento (75%), o por referéndum, y sobre todo en la Carta de Derechos y Libertades canadiense de 1982, que forma parte de la Constitución de ese país y disfruta por ello de protección reforzada.

(3) Para PÉREZ LUÑO, *op. cit.*, pág. 26: «en nuestros días, la casi totalidad de sistemas políticos (...) admiten virtualmente, y en forma oficial, alguna doctrina sobre derechos fundamentales (...), si bien la amplitud y autenticidad de su recepción dependen de su interrelación con el Estado de Derecho (...). Por ello, cuanto más intensa se revela la operatividad del Estado de Derecho, mayor es el nivel de tutela de los derechos fundamentales». En mi opinión, aun reconociendo el carácter básico de la aseveración acabada de ver, hay también que distinguir, como se hace en texto, entre países con un alto nivel de conceptualismo legal y países con mayor potestad judicial, o si se quiere, entre países de tradición romanista y países de *Common Law*.

(4) En el art. 53.2 CE un selecto grupo de derechos fundamentales tienen reconocida la tutela judicial sumaria y preferente mencionada en texto, además del respeto al contenido esencial establecido para todos los derechos fundamentales. La libertad de empresa se encuentra en este segundo grupo, por lo que por sí misma no puede acceder al recurso de amparo o a la tutela judicial preferente, pero se opone con éxito y en igualdad de condiciones a los derechos fundamentales del primer grupo cuando uno de éstos acude a los tribunales cuando se entiende lesionado.

(1) BOBBIO N.: *L'età dei diritti*, Einaudi, Turin 1990.

(2) PEREZ LUÑO A.: *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid 1984, pág. 22.

tales han sido reconocidos, con este nombre o con el de libertades fundamentales, parece haber un cierto equilibrio entre los detentados por los trabajadores y los atribuidos a los empresarios.

2. APARICIÓN DE LA NORMATIVA REGIONAL

Las reflexiones desplegadas en las páginas anteriores no deben hacernos olvidar que también a nivel nacional los derechos laborales comienzan a sufrir roces chirriantes con los principios mercantiles, antes las presiones de la globalización y de la desafortunada competencia entre países. Tal ocurre cuando la actuación de los sindicatos viene juzgada bajo el filtro de las normas *antitrust* y de defensa de la competencia por unos tribunales técnicos formados por expertos mercantilistas. En este sentido, las primeras decisiones del *Conseil de la Concurrence* francés y del Tribunal de Defensa de la Competencia español datan, respectivamente, de 26 de junio de 1990 y 10 de marzo de 1993, y en ambos casos se declaran competentes para enjuiciar a sendos convenios colectivos considerados onerosos por las empresas demandantes según las reglas de la competencia mercantil. Para dichos órganos, lo fundamental no es valorar la naturaleza de las partes, sino evaluar si el contenido del convenio colectivo se ha redactado en términos tales que creen condiciones discriminatorias que expulsen del mercado a la denunciante (8), considerando expresamente la mano de obra como un factor de producción más (9). En sus manifestaciones más recientes, superadas las dudas iniciales, los órganos de la competencia han anulado los artículos de los convenios considerados como mercantilmente discriminatorios, e impuesto sanciones pecuniarias a las partes firmantes (10).

La doctrina ha clamado en contra de semejante invasión de apelativos lapidarios como el de infiltración del Derecho del Trabajo por el Derecho de la Concurrencia (11), y ha llegado a considerar una oposición radical entre ambas esferas (12), aunque comienza a predominar la sensación de que los convenios deben someterse también a las leyes *antitrust* allí donde ma-

nifiestan expresiones netamente contrarias a la libre competencia –por ejemplo, imponer precios de venta mínimos a las empresas del sector–, pero sin perder de vista su habitual efecto contrario, consistente, en palabras de Guamán, en provocar *de facto* una regulación de la competencia en el mercado (13) así como en evitar la competencia desleal por *dumping* en las condiciones de trabajo.

Pero las intervenciones de los tribunales de defensa de la competencia deben valorarse en sus justos términos. Ante todo, se trata de órganos administrativos que se someten al control judicial, nada que ver con las sentencias del Tribunal de Justicia Europeo analizadas en la segunda parte del presente análisis. Además, contemplan supuestos de abuso de los derechos fundamentales, y aunque podemos discrepar de la figura del abuso aplicada a esta clase de derechos, los tribunales aceptan tal posibilidad. Pues bien, los casos resueltos por tales órganos trataban de convenios en los que se establecían precios de venta de los productos o cambios en la producción de la empresa hacia artículos más caros, entre otros ejemplos, lo que a todas luces excede de cuanto viene a ser habitual en los convenios. Por último, allí donde los tribunales de justicia han entrado a revisar las actuaciones de dichos órganos han anulado las sanciones impuestas e incluso a veces las demás medidas adoptadas (14).

La capacidad de los sindicatos para negociar convenios colectivos y convocar medidas de conflicto permanece, hoy como ayer, siendo valorada positivamente por las instituciones nacionales, que se limitan a recortar las actuaciones claramente abusivas o *ultra vires*.

En los últimos años del siglo XX y en los primeros del presente nace, para complicar un *status quo* tan trabajosamente logrado, una nueva doctrina procedente de las organizaciones regionales, o al menos de su máxima expresión, la Unión Europea (UE), en donde actúan otros intereses y sujetos superpuestos a los clásicos. Pues mientras que las organizaciones que podemos denominar mundiales –es decir, las clásicas internacionales–

habían promulgado al socaire de la Segunda Guerra Mundial una legislación humanitaria sobre derechos humanos o sobre derechos civiles y políticos en donde los intereses económicos quedaban en segundo plano, ahora las modernas estructuras regionales nacen precisamente para favorecer un mercado interno –o mercado común– que expresa la convicción de los países miembros en las virtudes del comercio y de la economía sin fronteras (internas) para lograr «la elevación del nivel y de la calidad de vida» de todos los ciudadanos (15).

El equilibrio tan trabajosamente logrado entre derechos de trabajadores y empresarios en el devenir de los mercados nacionales, que pese a todos los matices macroeconómicos ofrecía unos rasgos individuales claramente distinguibles y «procesables» por los tribunales, en el sentido de poder marcar las líneas de frontera de unos y otros mediante el instrumental tradicional de la sentencia y el *Güterabwegung*, queda ahora radicalmente transformado por algo mucho más inasible a fuer de etéreo, el derecho de los mercados regionales a funcionar sin trabas, con una serie de «principios» –que no derechos– de naturaleza estructural y aplicación vigorosa, capaces de someter a su imperio a los organismos e instituciones de la entera región, sin que por otra parte ofrezcan suficientes asideros para ofrecer una sólida defensa. La libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales sobrevuela todo el conjunto al enmarcarse dentro de la Parte III del Tratado Fundacional, dedicado a las políticas de la Comunidad con una precisión muy superior a las de las Partes I (Principios) y II (Ciudadanía de la Unión). Contra el pronóstico inicial, de que las propias fuerzas del mercado equilibrarían las diferencias sociales y laborales al suprimir las fronteras interiores, el fenómeno del *dumping social* operó desde el comienzo en contra de los países más avanzados, como se vio con claridad con la crisis económica de comienzos de los años setenta, y aunque se ha tratado de frenar su avance con un conjunto de medidas paulatinamente mayores que configuran la llamada «dimensión social del mercado interior» (16), nada parece impedir la prevalencia final de los mercados sobre los individuos, y de lo económico sobre lo social. Y es que la vieja Europa

y la nueva América, bastiones de los derechos individuales a pesar de sus diferencias, ceden lentamente el bastón de mando a Asia y su visión del mundo escasamente antropocéntrica, ya sea en su vertiente árabe, japonesa o china, que se filtra desde la economía a todos los resquicios de la organización empresarial.

3. UNA CONTRAPOSICIÓN SESGADA

Lo que a nivel interno de cada país había sido una contraposición *al mismo nivel* de unos trabajadores en demanda de derechos y de unos empresarios alegando libertad de empresa con su haz de facultades directivas, organizativas, sancionadoras y de control, cede el escenario en este ámbito continental a otro tipo de conflictos de diferente nivel, en donde se contraponen los derechos individuales o colectivos ya conocidos a un núcleo normativo que se contempla como conjunto de políticas pero que responde a un perfil mucho más consistente, el de principios estructurales de la organización regional, pues su verdadera inspiración es la de crear un mercado libre interior, al menos en las que están dotadas de capacidad política –UE, MERCOSUR, NAFTA.

Simultáneamente precisas y ambiguas, las libertades de circulación envuelven como un magma viscoso a los derechos subjetivos para neutralizarlos, en una presión continua cuyo resultado parece ser la asfixia de sus oponentes. De nada sirve la proclamación constitucional de esos derechos, pues cada país ha hecho cesión de soberanía en los temas concernientes a las competencias regionales, que en la UE suman un número elevado.

No digo que la aplicación de los principios mercantilistas a las cuestiones laborales sea siempre perjudicial y redunde en perjuicio de los trabajadores, ni tampoco que la asfixia de la que hablo sobre los derechos fundamentales se produzca con la misma intensidad para todos ellos. Veamos en concreto los matices.

En primer lugar, y quizá por excepción, pero muy significativa, las libertades mercantiles operan en beneficio de la población laboral en determinados casos, y en concreto cuando los monopolios generan un enquistamiento ineficiente que conviene no sostener. El supuesto más importante es el de la sanidad pública, colapsada en algunos países de modo y manera a impedir un tratamiento eficaz de los pacientes, pero resuelta a no permitir que dichos pacientes puedan acudir a hospitales o médicos de otros países en demanda de una atención que se demora o se degrada en el propio. El enorme costo de las prestaciones sanitarias induce a establecer trabas a la búsqueda de la excelencia médica allí donde se encuentre, y como las nuevas tecnologías permiten hoy día conocer con rapidez dónde se encuentran los mejores especialistas en el tratamiento de una dolencia, los litigios sobre el reembolso de costes sanitarios en el extranjero habían aumentado exponencialmente

(8) Res. TDC 10 mar. 1993, expediente R A 42/93. Véanse también las Resoluciones TDC 16 dic. 1996, expediente 377/96, y 29 en. 2007, expediente 607/2006. La doctrina del TDC y de su homólogo francés viene analizada en detalle por GUAMÁN HERNÁNDEZ A.: «La aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia a los convenios colectivos: crónica de una resolución anunciada», en *RL II* (2007), pág. 669 y ss.; la misma, «La interacción entre el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Competencia: apuntes sobre la cuestión», en *RL II* (2006), pág. 373 y ss.

(9) Resolución del TDC 22 nov. 2006, expediente R 690/06.

(10) La Resolución TDC 29 en. 2007 impone tanto a CC.OO. como a la patronal firmante una multa de 3.000 euros por conducta contraria a la defensa de la competencia mercantil. En descargo de una decisión tan firme puede decirse que el convenio consideraba a su vez como incumplimiento del mismo las ofertas comerciales realizadas por las empresas por debajo de los precios establecidos en él. Cfr. GUAMÁN, *op. cit.*, para ulteriores detalles.

(11) LYON-CAEN G.: «L'infiltration du Droit du Travail par le Droit de la concurrence», en *Droit Ouvrier* sept. 1992, pág. 318. Más expresivo aún, EDELMAN B.: «A bas le droit du travail, vive la concurrence!», en *Chron. D.*, 1992.

(12) PIROVANO A.: «Progrès économique ou progrès social (ou les contradictions du droit de la concurrence)», en *Chron. D.*, 1980, A. 24, pág. 152.

(13) GUAMÁN HERNÁNDEZ A.: «La aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia», *op. cit.*, pág. 32.

(14) Tribunal de apelaciones de París, SS. 6 mar. 1991 y 29 feb. 2000, *op. cit.* GUAMÁN HERNÁNDEZ: «La aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia», *op. cit.*, págs. 23 y 25. En España el tema llegó al Tribunal Supremo con su S. 15 mar. 1993 (rec. 1730/1991), que admitió la extralimitación de la autonomía de las partes negociadoras de convenio de farmacias militares al permitir al personal laboral retirar fármacos con precios inferiores a los habituales del mercado, y anuló la cláusula correspondiente: cfr. mi comentario «Sindicalismo y globalización: el debate sobre los costes de transacción y la defensa de la competencia», en VV.AA. (GARCÍA MURCIA, Coord.): *La globalización económica y el Derecho del Trabajo*, Consejería de Industria y Empleo del Principado de Asturias, Oviedo, 2006, pág. 93 y ss. En otros casos, el TS sólo relaciona la negociación colectiva con la defensa de la competencia de modo marginal, sin interés para lo aquí tratado: cfr. STS(4ª) 21 abr. 2006 (rec. 1422003); STS(4ª) 16 jul. 2001 (rec. 3953/2000); STS(3ª) 16 jul. 2001 (rec. 1083/1993) y STS(3ª) 21 abr. 2003 (rec. 450/2001). Por su parte, algunas sentencias de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia han tratado también de abusos del derecho de negociación colectiva: vid. GUAMÁN HERNÁNDEZ: «La aplicación de la Ley», *op. cit.*, nota 46.

(15) Vid. DEL GUAYO CASTIELLA y MELLADO RUIZ: «Derecho económico de la Unión Europea (Constitución económica europea)», *apud* VV.AA. (MONEREO, MOLINA y MORENO, Dirs.): *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada 2002, pág. 54, en la descripción de los fines generales de la Unión Europea.

(16) Al menos tres fases en la evolución hasta el presente: la primera, que toma fuerza con Delors en el primer Programa de Acción Social de 1974, consiste en promulgar Directivas de contenido laboral, siendo las primeras dirigidas a la prevención de riesgos laborales, la no discriminación de la mujer y las situaciones críticas de la empresa (insolvencias, fusiones y absorciones, despidos colectivos); la segunda confió en la redacción de una Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales (1989) la defensa de este ámbito sociolaboral, con un exiguo resultado; la tercera, mediante reformas importantes del Derecho Originario –esto es, del Tratado Fundacional–, sobre todo en la reforma de 1997 (Tratado de Amsterdam) y las reformas en marcha del Tratado de la Unión Europea y su Tratado de Funcionamiento. Sobre la función legitimadora de un catálogo de derechos fundamentales propuesta por algunos especialistas para suplir las deficiencias de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales, cfr. HILF, M.: «The Internal Market without Social Justice a Fundamental Rights?», en DÄUBLER et al.: *Market and Social Justice in the EC –the Other Side of the Internal Market–*, Bertelsmann Foundation, Gütersloh 1991, pág. 181 y ss.

en los últimos años en toda Europa (17). Debe tenerse en cuenta que salir al extranjero para una atención médica no envuelve ninguna dificultad actualmente en ciudades fronterizas o en los países del Benelux (Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo) y colindantes (Francia y Alemania). De ahí que las primeras decisiones del Tribunal Europeo de Justicia en este asunto se produjeran en torno a los casos de ciudadanos luxemburgueses necesitados de prótesis dentales y oculares y activos demandantes de ellas en el país adyacente (18). Aquellas sentencias de 1998 establecieron que los ciudadanos de la UE pueden obtener tratamiento médico en otro Estado miembro sin necesidad de autorización previa y ser reembolsados según los baremos del país en el que están asegurados, con ciertos requisitos. Poco más tarde, otras sentencias (19) confirmaron la postura inicialmente adoptada, de que la insuficiencia del sistema sanitario público no puede impedir la aplicación del principio de libre prestación de servicios garantizada por el Derecho Originario, lo cual lleva a una conclusión: a través de la aplicación de esta libertad mercantil «prevalece el perfil funcional de la actividad sanitaria, capaz de ser gestionada en términos de mercado, sobre cualquier otra consideración de orden institucional sobre dichas prestaciones económicas (el carácter público y universal)» (20). Centenares de sentencias de los tribunales nacionales –y entre ellos del Tribunal Supremo español– respaldando la negativa de los organismos gestores sanitarios a reembolsar las prestaciones obtenidas en otros países en aras del equilibrio financiero del sistema, quedaron enfrentadas al Tribunal Europeo y a su doctrina de la libre prestación de servicios en todo el ámbito comunitario.

En segundo lugar, los derechos fundamentales laborales no sufren el mismo trato ni pierden siempre frente a las libertades mercantiles que vengo comentando. Aquí surge un panorama ciertamente extraño, pues los derechos que pierden son justamente los declarados intangibles para la Unión, cuyas instituciones deben abstenerse de entrar a conocer de ellos porque forman parte del Derecho nacional y su regulación o tratamiento sólo puede abordarse en la legislación de cada Estado miembro. En cambio, los derechos fundamentales que ganan son los que de una forma u otra obtienen un reconocimiento neto y pueden ser regulados por los legisladores de la UE. La evolución en las normas comunitarias, incluso en el propio Derecho Originario, ha sido compli-

(17) Se trata de un fenómeno de ida y vuelta, que arruina a los sistemas sanitarios ineficientes y sobrecarga a los eficientes, con protestas por ambas partes. El problema adquiere mayor complejidad con las restricciones a prestar determinados tratamientos costosos o complicados en algunos sistemas sanitarios, que pueden ser eficientes en el resto, con lo cual se produce asimismo una emigración sanitaria hacia países más generosos. Por último, los desplazamientos de jubilados hacia los países mediterráneos provocan la saturación de los sistemas en esas zonas. La suma de todos los factores lleva al sorprendente fenómeno de quejas casi universales de los sistemas nacionales en los Estados miembros de la UE.

(18) STJE 28 abr. 1998, asuntos Kohl y Decker C-120/95 y C-158/96.

(19) STJE 12 jul. 2001, asunto Sinits y Peerboons C-157/99, y 13 may. 2003, asunto Müller-Fauré C-385/99.

(20) MARTÍNEZ FONS D.: *Libre competencia y Derecho del Trabajo*. La Ley, Madrid 2006, pág. 65.

cada, pero al cabo hallamos un heterogéneo conjunto de preceptos y doctrinas que, bien directamente, como sucede con el principio de no discriminación, bien de manera indirecta, por referencia al Derecho de Gentes europeo –es decir, a lo que es comúnmente reconocido y aceptado en los Estados miembros–, ha implantado la protección reforzada de los derechos fundamentales de expresión individual (21). Tras muchas vicisitudes, la Unión Europea aceptó en 1979 el respeto a los derechos fundamentales contemplados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, y rechazó al mismo tiempo la posibilidad de adoptar un catálogo propio de tales derechos (22). Como señaló la doctrina y reconoció la Comisión Europea, una de las desventajas de esta solución consistió en que los derechos económicos y sociales no venían contemplados en el Convenio Europeo, pero declinaba emprender la redacción de un elenco mejor por ser una tarea larga y exhaustiva (23), como ha quedado de manifiesto hasta nuestros días a pesar de las propuestas realizadas por diversos grupos de expertos (24).

Semejante evolución, todavía en marcha, ha dejado una secuela, acabada de mencionar: salvo el artículo 11, que reconoce la libertad sindical, los derechos humanos reconocidos en ese texto son de carácter civil o, en todo caso, individual (25). Por mucho que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya expandido

(21) Inicialmente el Tribunal Europeo de Justicia rechazó las demandas por violación de derechos fundamentales, alegando que no formaban parte del acervo comunitario (Sentencias Stork C-1/58, Ruhrkohlegesellschaft C-40/59 y Sgarlata C-40/64). La aceptación de «las tradiciones constitucionales comunes a todos los Estados miembros» y a «los principios constitucionales comunes a los Estados miembros» puede hallarse ya en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia de los setenta, en concreto en los casos 17 dic. 1970 Internationale Handelsgesellschaft (C-11/70) y 14 may. 1974 Nold (C-4/73). Cfr. BETTEN L. y MAC DEVITT D. (Dirs.): *The Protection of Fundamental Social Rights in the European Union*, Kluwer, The Hague 1996, pág. 4 y ss.; BINDER D. S., *The European Court of Justice and the Protection of Fundamental Rights in the European Community: New Developments and Future Possibilities in Expanding Fundamental Rights Review to Member State Action*, NYU School of Law, Nueva York 1995, *passim*.

(22) Comisión Europea, «The Protection of Fundamental Rights as Community Law is Created and Developed», Informe de 4 de febrero de 1976 presentado al Parlamento Europeo, Boletín de la CE, suplemento 5/76; y Comisión Europea, «Memorandum on the Accession of the Communities to the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms», de 4 de abril de 1979, Boletín CE, suplemento 2/79.

(23) BETTEN, *op. cit.*, pág. 7.

(24) Así, el Informe preparado por un grupo de expertos independientes para la DGV, *Labour Market, Fundamental Rights and Social Policy in the Community*, mayo de 1993; o la propuesta de Blanpain, Hepple, Sciarra y Weiss, *Fundamental Social Rights, proposals for the European Union*, Lovaina, 1995; o el informe de los expertos para la Comisión Europea, *For a Europe of Civic and Social Rights*, Bruselas 1995; o el de varios expertos europeos encabezados por B. BERCUSSON, *A Manifesto for Social Europe*, ETUI, Bruselas 1996; el del grupo asimismo dirigido por BERCUSSON, *Manifesto for a Social Constitution*, ETUI, Bruselas 2007; o, en fin, el estudio propiciado por la Asociación Europea de Jueces del Trabajo y dirigido por NEAL, A. C.: *Fundamental Social Rights at Work in the European Community*, Ashgate, Aldershot, 1999.

(25) Debe tenerse en cuenta la advertencia de PEREZ LUÑO, de que «hablar de derechos colectivos implica, en términos de un uso riguroso del lenguaje de los derechos, un sinsentido peraltado. Porque lo que se pretende significar con esas expresiones, que inducen a confusión, es que existen formas de titularidad individuales o colectivas de los derechos. (...) los entes colectivos podrán ser sujetos titulares de cualquier tipo de derechos en el plano internacional e interno, incluso de derechos fundamentales, pero nunca de derechos humanos» (*La tercera generación de derechos humanos, op. cit.*, pág. 237).

el concepto de libertad sindical, el sesgo individualista de los derechos fundamentales queda marcado claramente en las reformas del Ordenamiento comunitario: el artículo 137 del Tratado actualmente vigente, donde aparecen los ámbitos en los que la UE apoyará y completará la acción de los Estados miembros en el campo del Derecho del Trabajo, excluye expresamente de la regulación comunitaria a los salarios, la libertad sindical, el derecho de huelga y el de cierre patronal (26). En cuanto a la negociación colectiva, las reiteradas alusiones contenidas en los artículos 136 a 140 del Tratado se sustancian en poco más que el reconocimiento de la validez y eficacia de los instrumentos negociados por los interlocutores sociales europeos y dar a éstos la oportunidad de exonerar a los órganos legislativos de la UE de dictar una Directiva en materia laboral; el resto queda circunscrito a fomentar la coordinación y colaboración de los Estados miembros. Ninguna referencia a la regulación europea de tan delicado tema, aunque a alto nivel persistan los análisis favorables a alguna clase de normativa común. Mientras tanto, el artículo 136 del Tratado Fundacional, con el que dan comienzo las Disposiciones Sociales, amplía los términos de referencia a la Carta Social Europea de 1961 y a la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de 1989, pero en paralelo advierte de «que se tenga en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales (...), así como la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Comunidad».

Las ilusiones de alcanzar una solución satisfactoria, que aún se mantenían vivas en la década de los noventa, casi han llegado a extinguirse. La Carta de Derechos Fundamentales de diciembre de 2000 (Carta de Niza), destinada a cubrir el déficit antevisto, permanece todavía en el limbo del *soft law* en tanto no sea recibida por los nuevos Tratados europeos sometidos actualmente a ratificación (27). Su elenco de derechos fundamentales probablemente sea demasiado amplio –sobre todo en el capítulo IV– para hallar un buen acomodo en un ámbito tan heterogéneo como el europeo (28), donde

(26) Apartado 6. Un confuso apartado 3 permite legislar por unanimidad (no por mayoría cualificada) «la representación y defensa colectiva de los intereses de trabajadores y empresarios, incluida la cohesión, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6», por lo que parece permitir una regulación de la huelga y el cierre patronal (defensa colectiva) por unanimidad.

(27) Mientras tanto la Carta de Niza cumple una función orientadora del actuar comunitario puesta de relieve por el Tribunal de Justicia Europeo en su S. 27 jun. 2006, relativa a la Directiva sobre la reagrupación familiar (Asunto C-540/03).

(28) La Carta incluye un preámbulo introductorio y 54 artículos distribuidos en 7 capítulos: Capítulo I: Dignidad (dignidad humana, derecho a la vida, derecho a la integridad de la persona, prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes, prohibición de la esclavitud y el trabajo forzado). Capítulo II: Libertad (derechos a la libertad y a la seguridad, respeto de la vida privada y familiar, protección de los datos de carácter personal, derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia, libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, libertad de expresión e información, libertad de reunión y asociación, libertad de las artes y de las ciencias, derecho a la educación, libertad profesional y derecho a trabajar, libertad de empresa, derecho a la propiedad, derecho de asilo, protección en caso de devolución, expulsión y extradición). Capítulo III: Igualdad (igualdad ante la ley, no discriminación, diversidad cultural, religiosa y lingüística, igualdad entre hombres y mujeres, derechos del menor, derechos de las personas mayores, integración de las personas discapacitadas). Capítulo IV: Solida-

derechos como el de acceso a los servicios de colocación o a los servicios de interés económico general, a más de parecer no fundamentales, pueden tomarse como un caballo de Troya en la extensión de competencias comunitarias en materia social (29). Sólo una reducción de tan dilatado elenco a lo verdaderamente esencial permitirá salvar a esa Carta, que participa de la grandilocuencia del proyecto de Tratado Constitucional rechazado en referéndum por Francia y Países Bajos en 2005 (30).

Políticas económicas frente a derechos fundamentales, tal es el panorama conflictivo planteado en el ámbito comunitario europeo y, posiblemente, en el seno de otras organizaciones regionales. En los últimos años, la presión de las políticas mercantiles nucleadas en torno a la libre competencia parece haber llegado a su clímax. Los derechos colectivos laborales, en concreto la negociación colectiva, la huelga y la libertad sindical, encuentran límites resbaladizos, ambiguos, por parte del Tribunal de Justicia Europeo ante el silencio cómplice de los demás órganos comunitarios, y los argumentos utilizados coinciden siempre en lo mismo: las libertades mercantiles deben prevalecer porque representan la esencia comunitaria, aunque siempre permanezca una esquina donde aparcar a los derechos colectivos laborales.

En la situación presente jugó un importante papel el proyecto de Directiva sobre libre circulación de servicios, denominado «Bolkestein» por su redactor, que pretendía aplicar el principio del país de origen para llevar las condiciones de trabajo de procedencia en los

ridad (derecho a la información y a la consulta de los trabajadores en la empresa, derecho de negociación y de acción colectiva, derecho de acceso a los servicios de colocación, protección en caso de despido injustificado, condiciones de trabajo justas y equitativas, prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo, vida familiar y vida profesional, seguridad social y ayuda social, protección de la salud, acceso a los servicios de interés económico general, protección del medio ambiente, protección de los consumidores). Capítulo V: Ciudadanía (derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo, derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales, derecho a una buena administración, derecho de acceso a los documentos, Defensor del Pueblo, derecho de petición, libertad de circulación y de residencia, protección diplomática y consular). Capítulo VI: Justicia (derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, presunción de inocencia y derechos de la defensa, principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas, derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito). Capítulo VII: Disposiciones generales.

(29) El Reino Unido libró una enorme batalla en torno a esta cuestión, a la que denominaba «agenda oculta» de la Carta de Niza: MOREAU M. A.: «Les droits fondamentaux des travailleurs dans l'Union Européenne», *apud* VV.AA. (DAUGAREILH, I., Dir.): *Mondialisation, op. cit.*, pág. 70; cfr. también BETTEN L.: «The EU Charter on Fundamental Rights: a Trojan Horse or a Mouse», en *Industrial Journal of Comparative Labour and Industrial Relations*, 2001, pág. 151 y ss.

(30) Paradójicamente, su desmesura ha permitido la inclusión de los derechos fundamentales de tercera generación que se encuentran hoy bajo los focos en todos los países, y que para PEREZ LUÑO se corresponden con la tercera fase del Estado de Derecho, el denominado por HÄBERLE, ZAGREBELSKY y otros como Estado Constitucional (*La tercera generación*, pág. 75). Los derechos a la dignidad de la persona, intimidad, libertad de expresión, etc., son hoy días más necesarios que nunca por la expansión poco controlada de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación.

desplazamientos de las empresas por otros países dentro de la Unión. Aunque en su redacción final tal principio desapareció (31), dejó en el aire el problema de las empresas de Estados miembros con bajos salarios que concurrían a las subastas de obras en Estados de mayor nivel de renta con ofertas ventajosas en base a aplicar las condiciones de trabajo de procedencia. Un asunto que parecía resuelto desde la Sentencia Rush Portuguesa 113/1989 y la Directiva 96/71/CE, pero que el acceso a la UE de numerosos países del Este con costos laborales sustancialmente más bajos que los de Europa occidental parece haber adquirido un distinto color para los organismos comunitarios. Como se ha dicho, «si alguien se presentara ante el electorado diciendo que está bien que los asalariados procedentes de otros países de la Unión menos desarrollados económicamente que trabajan en el país de que se trate cobren menos que los nacionales o que no pueda hacerse huelga para impedirlo, quizás se suicidara electoralmente. Sin embargo, ese es el futuro que están diseñando determinadas altas instituciones comunitarias, sin que esas políticas –ni esas instancias– sean refrendadas directamente por las urnas» (32).

Veamos a los pronunciamientos judiciales más significativos delimitar los espacios entre los derechos sociales y las libertades económicas.

4. EL TRIBUNAL EUROPEO Y LAS LIBERTADES DE LA UNIÓN

a) Después de la Sentencia Rush Portuguesa de 1990, el dilema entre mercado y sociedad vuelve a surgir con la saga iniciada nueve años más tarde con la Sentencia Albany sobre un tema muy alejado del de las subastas de obras públicas, pero afincado también en un mundo de suculentos beneficios: el de los Fondos de Pensiones del llamado segundo pilar, es decir, de la seguridad social obligatoria establecida mediante convenios colectivos de algunos países, en estos casos de Países Bajos. El hecho de que un convenio pueda adjudicar las cotizaciones y las pensiones a un único Fondo de manera obligatoria llevó a varios actores holandeses a discutir su engarce con el principio de libre competencia proclamado en el Tratado comunitario, pues, como se alegaba en una de las sentencias, «un acuerdo de esta naturaleza restringe la competencia desde dos puntos de vista. Por una parte, al encomendar la ejecución de un régimen obligatorio a un solo gestor, priva a las empresas que actúan en el sector afectado de la posibilidad de afiliarse a un régimen de pensiones distinto, gestionado por otros aseguradores. Por otra parte, este acuerdo excluye a dichos aseguradores de una parte sustancial del mercado de los seguros de pensiones. (...) Las consecuencias de tal acuerdo para la competencia son "sensibles" en la medida en que afecta a la totalidad

del sector portuario neerlandés. Estas consecuencias resultan intensificadas por el efecto acumulativo derivado de la circunstancia de que la afiliación a estos regímenes de pensiones se había hecho obligatoria en numerosos sectores de la economía y para todas las empresas de dichos sectores» (33).

Aquellas sentencias sobre fondos de pensiones obligatorios resolvieron a favor de la posibilidad de que los convenios colectivos pudieran establecer tales restricciones a la competencia basándose, acertadamente, en que dentro de los objetivos de la Comunidad se encuentra la libre competencia, pero también la política social, concretada en la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, una protección social adecuada, el diálogo social y el desarrollo de los recursos humanos entre otros (34), por lo cual debían compaginarse ambos aspectos, llevando a afirmar al alto Tribunal que los convenios colectivos no estaban comprendidos, por su objeto y naturaleza, en el ámbito de aplicación de la libre competencia mercantil. La solución no era fácil, pese a cuanto pueda parecer, pues hay ya un amplio fondo de sentencias del mismo Tribunal conducentes a otras posibles soluciones. El único reproche aducible, en mi opinión, radicaba en la limitación de los convenios válidos a los referidos a los temas *normales* de un convenio, que si en la Sentencia Albany aún alcanzaban un amplio radio, en otras posteriores vinieron reducidos a la mejora de las condiciones de trabajo y empleo (35): cuestiones sindicales, sociales, aseguradoras, etc., quedarían al margen a tenor de los últimos pronunciamientos, o al menos dejados al albur de lo que se considere propio o normal para la negociación colectiva. Y aunque en tales situaciones la última palabra la tiene el juez nacional del caso, que por supuesto aplicará la ley nacional al respecto, con amplias diferencias de Estado a Estado (36), tenemos la experiencia de que el juez comunitario no suele resistirse a intervenir en la definiciones cuando se consideran importantes para los principios comunitarios, como ya ocurrió en la definición de trabajador subordinado y en otras ocasio-

(33) STJE 21 sept. 1999, Drijvende Bokken, asunto C-219/97, §§ 37 y 38. Las otras sentencias son la ya referida Albany, de la misma fecha, asunto C-67/96 (sector textil holandés); Brentjens, también de igual fecha, asuntos acumulados C-115 a C-117/97 (sector de la construcción holandés); Pavlov, 21 sept. 2000, asuntos acumulados C-180 a 184/98 (médicos autónomos holandeses); y Van der Woude, asimismo 21 sept. 2000, asunto C-222/98 (empresa del sector sanitario holandés).

(34) Sentencia Albany, § 57.

(35) Sentencia Pavlov, citada, § 67. Paradójicamente, el asunto de esta sentencia alude a un fondo de pensiones establecidos por un acuerdo de una asociación profesional de médicos autónomos a los que la sentencia negaba la posibilidad de calificarla como convenio colectivo, y la referencia se hacía *obiter dicta*. Sólo haciendo referencia a las condiciones de trabajo, la sentencia Van der Woude, cit., § 25.

(36) Así, la legislación española permite cualquier contenido en los convenios de tipo económico, laboral, sindical, etc., que afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones con los empresarios y sus organizaciones (art. 85, ET). La legislación británica es más restrictiva, y limita a varios temas la negociación: condiciones de empleo, contratación y extinción del contrato, asignación de tareas, sanciones, afiliación sindical, facilidades a los sindicatos, y procedimientos de negociación, consulta, y demás procedimientos relativos a los temas anteriores (TULRCA 1992, art. 178.2).

(31) En la Directiva 2006/123/CE, 12 dic.

(32) RUIZ ESCUDERO C.: «La saga de la Directiva Bolkestein. El Tribunal de Justicia Europeo impone una discriminación salarial y social», en internet.

nes (37). Bruun y Helsten indican al respecto cómo el resultado deja espacio para futuros litigios donde los tribunales deban sopesar la inmunidad básica –o primaria– y las restricciones prácticas de la competencia que sean más o menos inherentes al instrumento colectivo en cuestión (38).

Pero lo verdaderamente importante en las sentencias holandesas supera en profundidad al debate sobre los límites. Por vez primera queda en entredicho la validez del sistema de negociación colectiva, pese al conjunto de disposiciones sobre diálogo social y de poderes de los sujetos colectivos para sustituir al propio legislador comunitario en la emisión de normas. Los convenios, o al menos una parte de ellos, podrían contradecir la libre competencia mercantil, vale decir, el principio sacrosanto de la Unión Europea, el motivo de su existencia, como el de las demás organizaciones regionales basadas en un mercado interior, y el Tribunal da un primer aviso para navegantes, porque señala sin ambages que esas creaciones convencionales de las que las sentencias holandesas se ocupan son empresas que ejercen una posición dominante en el mercado, si bien no es abusiva porque es necesaria para el interés general (39).

b) La sentencia Viking, de 11 de diciembre de 2007 (40), presenta varios elementos transicionales interesantes: ahora el conflicto entra de lleno en el meollo laboral, con sindicatos, convenios colectivos y huelgas, y la chispa que lo hace estallar consiste en un intento de deslocalización de una empresa finlandesa de transbordadores a tierras estonias para aprovechar sus menores condiciones laborales. La presencia de los países europeos del Este emerge aquí con rotundidad, hasta el punto de que la empresa finlandesa arguye como motivo de su pretensión el de no poder competir con las empresas estonias que hacen el mismo trayecto (41). Para evitar la rematriculación de bandera, el sindicato finlandés convoca una huelga, y la Federación Internacional del Transporte, con sede en Londres, llama a un boicot de todos sus sindicatos contra la empresa. Conviene hacer notar cómo *Viking Lines* había terminado por ceder ante el conflicto planteado y había pospuesto su decisión cuando, en mayo de 2004, Estonia se convierte en Estado miembro de la Unión y la legislación comunitaria pasa a aplicarse al caso: tres meses más tarde, la

(37) Además, el Tribunal de Justicia ha declarado que en casos excepcionales le corresponde examinar las circunstancias en las que el juez nacional se dirige a él: Sentencia Foglia 16 dic. 1981, C-244/80, y, en general, sobre las cuestiones prejudiciales que tengan relación con el objeto del litigio principal: S. 13 mar. 2001, Preussen Elektra C-379/98; S. 22 en. 2002, Canal Satélite Digital C-390/99; y S. 22 jun. 2006, Conseil Général de la Vienne C419/0.

(38) BRUUN N. y HELSTEN J. (Coords.): *Collective Agreement and Competition in the EU. The Report of the COLCOM-project*, DJØF Publishing, Copenhagen 2001, 44.

(39) Así, Sentencia Albany, §§ 92, 93 y 111.

(40) Asunto C-438/03.

(41) La empresa *Viking Lines* se dedicaba al transporte marítimo por el Báltico entre Helsinki y Tallin con siete barcos, entre ellos el *Rosella*, cuya explotación había sido deficitaria «debido a la competencia directa de los buques estonios que operan en la misma ruta y tiene menos costes salariales» (Sentencia Viking, § 9).

empresa presenta una demanda ante un tribunal británico contra los sindicatos oponentes, denunciando la infracción de su libertad de establecimiento, alterando radicalmente su postura.

El tribunal británico plantea una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia Europeo, y ya de entrada sus enfoques chocan con las tradiciones aceptadas en la cultura jurídico-laboral de la mayoría de los Estados miembros, pues requiere contestación a si una medida de conflicto colectivo es una *discriminación directa* en virtud del artículo 43 y, en caso de serlo, si quedaría justificada por la denominada excepción de orden público, bien por tratarse de un derecho fundamental, bien por la protección de los trabajadores (42). Queda claro cómo la discriminación a la que se alude es la de la empresa, y cómo el tribunal nacional interpelante es un tribunal civil y no laboral (43).

La respuesta del Tribunal Europeo trata de equilibrar los intereses de ambas partes, pero las dificultades de componer derechos sociales fundamentales con libertades económicas fundamentales le hace arribar a una solución intermedia, ambigua, en donde hay más ingredientes a favor de la libertad de establecimiento que de los derechos a los que se enfrenta.

Efectivamente, el Tribunal Europeo comienza por rechazar la aplicación de la doctrina Albany por tratarse en el presente caso de un tema relacionado con las libertades fundamentales del Título III del Tratado, pues «no puede considerarse que sea inherente al propio ejercicio de la libertad sindical y del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo cierta vulneración de las mencionadas libertades fundamentales» (44). A continuación resuelve afirmativamente que una medida de conflicto colectivo constituye una restricción a la libertad de establecimiento (45). Pero alude, no obstante, al equilibrio entre las políticas económicas y las sociales mostrado en el Tratado, de donde entiende que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo constituye un *interés legítimo* que puede justificar las restricciones provocadas (46). Y termina conminando al juez nacional a aplicar el test de adecuación a las medidas, en concreto si son adecuadas para garantizar la realización del objetivo legítimo y no van más allá de lo necesario para lograr este objetivo. A tal fin el juez nacional debe examinar si los sindicatos no disponían de otros medios menos restrictivos de la libertad de establecimiento para conseguir el éxito, y

(42) Sentencia Viking, § 7.

(43) Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division). Recuerde el lector que Reino Unido dispone de tribunales laborales, como la mayoría de los países europeos.

(44) §§ 51 y 52. Ya antes, el TJE había declarado en sus SS. 15 en. 1998, Schöning-Kougebetopoulou C-15/96, y 16 sept. 2004, Merida C-400/02, entre otra, que las cláusulas de los convenios colectivos no estaban excluidas de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación.

(45) §§ 72 a 74: el boicot impedía que Viking pudiera disfrutar en Estonia el mismo trato que reciben los demás operadores económicos establecidos en ese Estado.

(46) § 77.

si habían agotado dichos medios antes de emprender las medidas de referencia (47). El Tribunal adopta aquí una anticuada doctrina alemana, desarrollada en sus tiempos por Nipperdey, de que las medidas de conflicto debe atender al principio de *ultima ratio*, cuando en la mayoría de los países la elección de las vías negociadoras –y entre ellas la del conflicto– queda en manos de cada parte, como por lo demás sucede en otras ramas del Derecho, señaladamente en el ámbito mercantil.

La sentencia Viking relativizó el «espléndido aislamiento» de los derechos colectivos disfrutado en los países occidentales desde al menos la legislación promocional de la Ley Wagner norteamericana de 1935, y los zambulló en un medio hostil dominado por las leyes económicas. No es que antes carecieran de límites, pero se trataba de límites propios, como los de no paralizar los servicios esenciales o no provocar daños abusivos en la contraparte, límites gestados en la *autopoiesis* de los subsistemas de que nos habla Luhmann. Ahora el Tribunal viene a decir que los derechos colectivos de los trabajadores actúan en un terreno que no es el suyo, el mercantil, y no deben estorbar más de lo imprescindible. Cabría expresar el giro de tuerca de una forma primaria: si antes la huelga tenía unos límites como por ejemplo eran los servicios esenciales, ahora el mercado tiene unos límites como son por ejemplo los sindicatos, los convenios y las huelgas. Para la doctrina laboralista el caso Viking supone un terremoto del cual salen resquebrajadas varias teorías, pues durante los últimos veinte años se había dedicado a analizar la deslocalización y los pabellones de conveniencia desde una perspectiva contraria a tales prácticas, y de pronto advierte que, al menos para los Estados miembros, la deslocalización no puede ser *discriminada* con medidas de presión porque pueden *desalentar* a las empresas de sus propósitos. Un pensamiento excesivamente pro-empresarial que obvia, empero, la licitud de medidas similares de presión entre empresarios, donde forman parte de la lucha por conquistar mercados.

c) La sentencia Laval, de 16 de diciembre de 2007 (48), cierra por fin el círculo con aquella iniciática Sentencia Rush Portuguesa de 1990, porque se trata también de una empresa procedente de un Estado miembro de modesto nivel de renta que concursa en una subasta de obras públicas y resulta adjudicataria gracias a los bajos costes salariales de sus trabajadores. Los sindicatos suecos le instan a adherirse al convenio aplicable y a negociar unos salarios que eran el promedio de los vigentes en la región, y, ante la negativa de la empresa, convocan un boicot a las obras –primero la del centro escolar, al cabo todas las de la empresa en Suecia– que terminan por la salida de Laval de territorio sueco.

(47) § 87.

(48) Asunto C-341/05; empresa de construcción letona que obtiene la contrata para edificar un centro escolar en Suecia, lo cual pretende realizar con sus trabajadores letones bajo las condiciones de trabajo de precedencia.

Cuando el asunto llega al Tribunal Europeo, la respuesta ya no es la misma que la aplicada a Rush Portuguesa, de adaptación a las condiciones de trabajo existentes en el lugar de trabajo, sino la contraria, y se llega a ella por una senda absolutamente inesperada, aplicando la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores 96/71/CE, que había supuesto la barrera del legislador comunitario para impedir futuros intentos de *dumping social* como el ahora pretendido. La actitud del Tribunal reposa sobre dos afirmaciones que parecen sendos propósitos:

Por una parte, considera aplicable la normativa comunitaria sobre libre prestación de servicios porque, aunque Laval actúa en Suecia a través de una empresa interpuesta de la que posee el 100 por 100 del capital, los trabajadores son letones desplazados y de hecho regresan a su país cuando la empresa decide abandonar las obras (49). El Tribunal desoye las evidencias de una actuación criticable por parte de la empresa letona, cuyo negocio se reducía a intervenir en el mercado sueco prestando trabajadores letones a otras empresas y lucrándose con la diferencia (50). La obra del centro escolar debía ser la punta de un iceberg de amplias proporciones en la mediación e intermediación de empresas europeas orientales en el mercado nórdico, carentes en sí mismas de auténtica actividad productiva.

Por otra parte, el Tribunal considera aplicable la Directiva sobre desplazamientos de trabajadores mediante una interpretación sesgada que evidencia un cierto desinterés por conocer el objeto de la Directiva. A falta de una ley sueca de salarios mínimos, la Directiva solo garantiza algunas condiciones de trabajo, y en concreto los salarios mínimos, sean cuales sean; de donde –y el argumento deviene trascendental para el fallo– la intención de los sindicatos suecos de que Laval aplique los salarios medios de los convenios no entra dentro de la referida garantía (51). El planteamiento obvia descuidadamente lo establecido en el artículo 3.7 de la propia Directiva, a cuyo tenor las condiciones establecidas en ella «no impedirá la aplicación de condiciones de empleo y trabajo más favorables para los trabajadores», pues aduce que de considerar la frase en su sentido literal desvirtuaría el sentido de la Directiva, ya que ésta sitúa taxativamente el grado de protección en los salarios mínimos (52). Máxime si en el mismo artículo,

(49) La filial, denominada Baltic, tenían los mismo representantes y utilizaban la misma marca, por lo que debían considerarse una misma entidad económica desde el punto de vista del Derecho Comunitario y ejercer su actividad en Suecia conforme a la legislación de Suecia para sus propios nacionales, entendían los sindicatos demandados (Sentencia Laval, §§ 43 y 48).

(50) A lo que parece, Laval era una empresa de trabajo temporal, dedicada a «colocar temporalmente personal originario de Letonia en sociedades que ejercen su actividad en el mercado sueco» (§ 4).

(51) Sentencia Laval, § 70.

(52) Id, § 80. La exposición de motivos de la Directiva ofrece con claridad el pensamiento del legislador comunitario, por si no fuera ya notorio el origen de la norma en el asunto Rush Portuguesa: aun cuando la E.M. comienza por mencionar la regla básica del Convenio de Roma de 1980, a cuyo tenor debe aplicarse a falta de acuerdo entre las partes la ley del lugar donde se presten habitualmente los servicios, aun cuando se haya desplazado temporalmente

apartado 8 *in fine*, declara la norma que se entenderá existente la igualdad de trato cuando las empresas nacionales que se encuentren en situación similar estén sometidas a las mismas obligaciones que las empresas objeto de los desplazamientos por lo que se refiere al núcleo duro de disposiciones de protección: la empresas suecas aplican los salarios determinados por los convenios, y los sindicatos pretendían que Laval aplicara el promedio de los mismos en la provincia y el sector, en un país donde no existe salario mínimo legal (53). A mayor abundamiento, la exposición de motivos deja claro su respeto a las normas de los Estados miembros en materia de medidas de conflicto, por lo que en definitiva no debía de haber sido utilizada para decidir sobre el boicot a Laval (54).

Con tales presupuestos, la solución del caso rompía con nitidez las expectativas: aplicar un convenio colectivo con condiciones más favorables a las mínimas puede hacer menos interesante a las empresas extranjeras actuar en Suecia, por lo cual debe considerarse como una restricción a la libre prestación de servicios (55); y si bien las restricciones al principio pueden quedar justificadas por razones de política social, defender la aplicación de un convenio no es justificación «imperiosa», pues el artículo 49 del Tratado y la Directiva 96/71 imponen sólo una protección de los salarios mínimos (56).

Todavía se adentra la sentencia en una cuestión que parecía resuelta por la Directiva en un sentido diametralmente opuesto al adoptado ahora por el Tribunal. En el marco de la lucha contra el *dumping social*, la legislación sueca establece una excepción a la obligación de respetar lo establecido en convenio y autoriza a convocar medidas de conflicto contra empresas vinculadas por pactos en otro país que quieren hacerlos valer en Suecia. En el caso en litigio, Laval pretendía aplicar un convenio letón de nivel inferior al sueco. El Tribunal Europeo entiende que dicha normativa «crea una discriminación contra dichas empresas» al no tener en cuenta los convenios que ya las vinculan en sus países

a otro país, el argumentario deriva rápidamente hacia las circunstancias exonerantes y hacia las normas de policía del Estado anfitrión (núm. 8 y 10), afirmando taxativamente que el Derecho Comunitario no impide que sus leyes y convenios a toda persona que realice un trabajo por cuenta ajena, incluso de carácter temporal, en su territorio, aunque su empresario se halle establecido en otro Estado miembro (núm. 12), y que «las disposiciones imperativas de protección mínima vigentes en el país de acogida no deben impedir la aplicación de las condiciones de trabajo y de empleo que sean más favorables a los trabajadores» (núm. 17).

(53) Junto a Austria, Dinamarca, Finlandia, Alemania e Italia, Suecia no dispone de salario mínimo legal, y se aplican los mínimos de los convenios colectivos: Sentencia Laval, §§ 8 y 24; PARLAMENTO EUROPEO, Dirección General de Estudios, *Política Social y del Mercado de Trabajo en Suecia*, Serie Asuntos Sociales W 13ª, 3.2, en internet.

(54) El núm. 22 de la Exposición de Motivos declara que «la presente Directiva no afecta la situación de la normativa de los Estados miembros en materia de acción colectiva para la defensa de los intereses profesionales». En el relato de los hechos, la Sentencia Laval deja constancia de los intentos de la empresa para que la policía actuara contra los piquetes, y cómo la policía se inhibió porque la legislación sueca considera a los pacíficos como lícitos (§ 34).

(55) § 99.

(56) § 111

de origen, la cual no está justificada y es contraria al Derecho Comunitario (57).

d) El asunto Rüffert, analizado en la sentencia TJE de 3 de abril de 2008, C-346/06, afecta a otro de los países con condiciones de trabajo elevadas y un alto porcentaje de empresas del Este europeo compitiendo con éxito en las subastas de obras públicas merced a los salarios de origen. El gobierno de la región alemana de Baja Sajonia había adjudicado la construcción de una penitenciaría a una empresa alemana, Objekt und Bauregie, que a su vez la subcontrató a una empresa polaca cuyos 53 trabajadores percibían solo el 46,5 por 100 del salario estipulado en el pliego de condiciones. Una norma regional determinaba que dicho salario debía ser el establecido en el convenio de obras públicas, razón por la cual el gobierno resuelve la contrata con Objekt al conocer la situación, y ésta a su vez la subcontrata. Objekt, a través del Sr. Rüffert, denuncia una posible infracción del principio de libre prestación de servicios del Tratado Comunitario.

Los argumentos utilizados por el Tribunal de Justicia remiten a los utilizados en el asunto Laval pocos meses antes. Aunque Objekt es una empresa alemana, ha subcontratado con una empresa polaca que utiliza trabajadores polacos, por lo que es de aplicación la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores, y en ella sólo aparece protegido el salario mínimo, de donde pretender el pago de los salarios del convenio de obras públicas puede disuadir a los contratistas de otros Estados miembros de competir en Alemania, incidiendo en una restricción no justificada del principio de libre prestación de servicios consagrado en el Tratado de la Comunidad (58). El Tribunal añade todavía un argumento adicional: el convenio de obras públicas no tiene el carácter general requerido en la Directiva para considerar sus salarios como protegibles, ya que no disfruta de la declaración de extensión *erga omnes*, ni se aplica tampoco a la construcción de obras privadas (59).

Al igual que sucediera en Laval con su actuación en Suecia a través de una empresa sueca, la Sentencia Rüffert obvia la circunstancia de que la contrata se había adjudicado a una empresa alemana, la cual demanda para que se le aplique la legislación comunitaria en lugar de la nacional interna. Y, al igual que la primera sentencia, ésta plantea los términos de discriminación referidos a la empresa, y no a sus trabajadores, y en base al argumento de que la Directiva 96/71 no debe ser interpretada como literalmente expresan sus artículos y su exposición de motivos, de respeto a las condiciones más favorables que los trabajadores pudieran obtener, sino en un sentido diametralmente opuesto que protege a las empresas y no a los trabajadores.

(57) Sentencia Laval, §§ 116 y 120.

(58) Sentencia Rüffert, §§ 27, 33, 34 y 37.

(59) §§ 26 y 39.

En ambos casos, también, produce extrañeza la consideración de la negociación colectiva como una normativa que se pretende imponer contra la voluntad de la empresa huésped. Si el mismo argumento pudiera ser utilizado por cualquier empresa adjudicataria en las subastas de obras públicas –o privadas– los pliegos de condiciones en la adjudicación de dichas obras quedarían en papel mojado porque siempre podrían alegar las contratistas que «tuvieron que aceptarlas» para obtener la obra. Como todo jurista conoce, ni las subastas de obras públicas ni los convenios colectivos son contratos forzosos –si se nos permite utilizar semejante contradicción–, y el mundo de la economía y del comercio ofrecen numerosas situaciones *desalentadoras* ampliamente aceptadas.

De nuevo los argumentos del caso sobrenadan en un mar de incomprensiones, las auténticas causantes de un giro asombroso en la doctrina del Tribunal Europeo. A esas razones de fondo dedicará el siguiente epígrafe de las reflexiones.

5. LOS TÉRMINOS IMPLÍCITOS DE LOS DERECHOS SOCIALES

En las sentencias antevistas, los principios fundamentales esgrimidos frente a sindicatos, convenios y huelgas, son los de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios empresariales, aunque en el caso Albany y sus secuelas aparezca en primer término el de libre competencia mercantil. Del conjunto de bloques normativos, la libre prestación de servicios alcanza unos resultados de mayor impacto sobre los derechos sociales, por lo que comenzaré por dedicarle algunas reflexiones.

Como se sabe, dicha libertad implica la posibilidad de actuar empresarialmente en todo el mercado interior, con independencia del Estado de procedencia, sin ser discriminada la empresa huésped por un trato peyorativo respecto de las empresas nacionales. Es el argumento utilizado con reiteración por el Tribunal de Justicia Europeo, el carácter odioso de los intentos por imponer a las empresas extranjeras unas condiciones discriminatorias en cuanto más onerosas que las aplicadas a las nacionales. Al alegarlo el Tribunal fuerza evidentemente los textos legales, y en concreto la Directiva 96/71, pues no parece tan evidente ni que la Directiva sea la norma aplicable a los casos, ni que diga lo que el Tribunal pretende que diga.

Cuando el Tribunal determina la existencia de una discriminación a la empresa extranjera en los casos Laval y Rüffert, lo que en realidad consigue es la competencia desleal de las mismas en gracia a discriminar a sus trabajadores con salarios y otras condiciones laborales que no son las del lugar de trabajo, sino las de procedencia. En una parábola argumental muy alambicada, el Tribunal considera que la discriminada es la empresa extranjera porque no se le deja aplicar los salarios de

su país en el mismo sentido que las empresas suecas aplican los suyos y las alemanas los suyos. Pero el verdadero problema radica en que, mientras las suecas y alemanas aplican los salarios correspondientes al coste de la vida del lugar de trabajo, las empresas extranjeras intentan conservar los salarios que no se ajustan al coste de vida del país anfitrión. Los verdaderamente discriminados son, pues, los trabajadores de las empresas extranjeras que sufren semejante «patriotismo salarial» en sus personas al deber compaginarlo con un coste de vida muy superior en el país a donde han sido desplazados. Sucede que una amplia parte de los servicios pueden prestarse en otro Estado miembro sin necesidad de desplazar trabajadores, y quizá el Tribunal, cuya sede se encuentra en Luxemburgo, tiene más presente esa realidad.

En la Unión Europea advertimos anticipadamente los efectos uniformadores de la línea fundamental de una estructura sobre las líneas secundarias: como en todas las uniones regionales dirigidas a la creación de un mercado interior, los aspectos laborales llegan tarde con la aureola de intrusos y el desconocimiento o la apatía de las instituciones comunitarias por reconocerles carta de naturaleza. Las políticas sociales, por mucho que se encuentren hoy día incorporadas en el Tratado de la Comunidad, pesan poco frente a las políticas mercantiles, mucho más evolucionadas y asimiladas por los órganos comunitarios. Piénsese, por ejemplo, en la enorme cantidad de normas sobre libre competencia, libre prestación de servicios y libertad de establecimiento en vigor actualmente, hasta el punto de que cualquier modificación de alguna de ellas, como la producida con la Directiva de servicios 2006/123, genera un cataclismo normativo en cada Estado miembro a la hora de trasponerla (60). En cambio las normas laborales comunitarias carecen de masa crítica para imponer su presencia, por lo que la vigencia de las políticas sociales reconocidas en el Tratado queda en muchos casos abandonada a la interpretación de los tribunales. Una escasez normativa de lo laboral siempre defendida por algunos Estados miembros tradicionalmente adalides del libre mercado y decididos a imponer sus matices en el contexto europeo.

Las sentencias del Tribunal de Justicia deben también ser contempladas desde un punto de vista de sociología del poder judicial. Desaparecidos los grandes jueces de extracción laboralista, como fue G. F. Mancini, los actuales proceden de campos del Derecho donde seguramente nunca oyeron hablar del principio de norma más favorable y de la desigualdad contractual entre empresarios y trabajadores. Los comentarios que han menudeado en las revistas especializadas resaltan

(60) La citada Directiva debe quedar traspuesta por la legislación de cada Estado miembro antes del 28 de diciembre de 2009. El Gobierno español ya ha elaborado un anteproyecto de ley traspositiva, y en declaraciones de sus portavoces ha calculado que obligará al Estado a modificar 80 leyes y 370 decretos. Pero además hay otros 6.550 procedimientos o normas de carácter autonómico y local que deben cambiarse o eliminarse antes de que finalice el plazo.

cómo el Tribunal ha desoído en varias de las sentencias analizadas anteriormente el parecer de los abogados generales, en concreto de Jacobs (Sentencia Albany), Poiaras Maduro (Sentencia Viking) y Mengozzi (Sentencia Laval) (61).

En una economía global en donde los países-continente (62) despuntan en la escena internacional haciendo gala de un capitalismo apenas matizado, y se alinean con los postulados del liberalismo económico ya imperante, ¿cuál puede ser el destino de los derechos fundamentales sociales en las organizaciones regionales de las que la Unión Europea es un referente? En el Viejo Continente, por añadidura, la adhesión de los países ex socialistas ha significado un aporte de entusiasmo neoliberal a la Comunidad que podría traducirse en la definitiva sumisión de tales derechos a las leyes del mercado.

6. EL PRÓXIMO TERRENO DE JUEGO

No todas las bazas están perdidas, empero, aunque el esplendor de un capitalismo global permita adivinar la supremacía casi ilimitada de las libertades mercantiles que se oponen a los derechos sociales fundamentales. Entre los elementos que nos hacen dudar se encuentra, por supuesto, la quiebra de ese liberalismo sin barreras a manos de las hipotecas *sub prime* en el meollo del capitalismo internacional, pero no es ésta la sede para discutir sus efectos de prudencia y control sobre las «manos ocultas de la economía» en los organismos internacionales. Junto a ello, la capacidad del Derecho del Trabajo para adaptarse a las vicisitudes del mercado, como dijera G. Lyon-Caen, permite abrigar optimismo a algunos autores que, como Sciarra, ven llegado el momento de impulsar la negociación colectiva europea y los acuerdos transnacionales para poner freno al *dumping* social, que «*ni es ni puede devenir parte de un correcto desarrollo económico*» (63). Otros, menos optimistas, se preguntan si el Tribunal Europeo no habrá constitucionalizado el *dumping* social (64), lo cual constituiría una victoria pírrica para un órgano judicial como el europeo cuyos mejores esfuerzos han ido orientados a evitar el *dumping* mercantil.

(61) Cfr. por ejemplo BRUUN y HELSTEN, *op. cit.*, 35, subrayando que el Tribunal no aceptó la posición de Jacobs; sobre los otros dos abogados generales, REICH N.: «Free Movement v. Social Rights in an Enlarged Union – The Laval and Viking Cases before the ECJ», *GLJ* 2 (2008), pág. 156; BALLESTRERO M. V.: «Le sentenze Viking e Laval: la Corte di Giustizia 'bilancia' il diritto i sciopero», en *Lavoro e Diritto*, 2 (2008), pág. 370.

(62) O países BRIC: Brasil, Rusia, India y China, a los que ocasionalmente se añade Suráfrica.

(63) SCIARRA S.: «Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo», en *Lavoro e Diritto* 2 (2008), pág. 269.

(64) RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER M.: «El caso Rüffert ¿una constitucionalización del *dumping* social?», en *RL*, número especial sobre Nuevas perspectivas de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 15-16 (2008), 83 ss., con una fuerte crítica al uso de la Directiva 96/71 en esta sentencia.

El Derecho del Trabajo con todos sus principios estructurales, comenzando por el de norma más favorable, ha recibido un severo correctivo con el arco de sentencias que culmina con Laval y Rüffert. Como indica Caruso, las libertades económicas serían consideradas valores axiológicamente predominantes, subordinando a ellas los derechos de acción colectiva que acabarían por degradarse a principios relativos (65).

Pero también pierden los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros, que con su jurisprudencia han respaldado firmemente el espacio característico de las relaciones industriales, sus sujetos y sus métodos. No es posible por más tiempo que el Tribunal Europeo ignore en sus decisiones el Derecho de Gentes, el acervo común de los Estados miembros, que debería ser utilizado como material hermenéutico para considerar las opciones que ofrece el Tratado de la Comunidad, en parecida forma a como los tribunales nacionales, incluido el Constitucional, deben interpretar las leyes nacionales a tenor del acervo comunitario desde la «doctrina Marleasing» (66). En la misma línea, Caruso defiende el diálogo directo entre los altos tribunales, porque las señales procedentes de los casos resueltos recientemente por el TJCE no son tranquilizadoras, con el riesgo de una pérdida de papel y de prestigio de las cortes constitucionales (67).

E igualmente ven su actividad seriamente cuestionada los sindicatos europeos, cuando parecía que de la nueva actitud de la confederación empresarial UNICE podrían extraerse jugosos resultados (68).

Hay un elemento de la historia inacabada claramente orientado a insuflar optimismo a quienes prefieren un *status quo* más equilibrado entre lo laboral y lo mercantil.

El dato consiste en la fuerza de la sociedad para modificar la historia cuando todo parece contradecirla. Las instituciones de las organizaciones regionales padecen de una debilidad congénita, expresada en el caso de la Unión Europea en su distanciamiento respecto a la ciudadanía. Cuando esta última expresa su malestar,

(65) CARUSO B.: «La integración de los derechos sociales en el espacio social supranacional y nacional; las primeras reflexiones sobre los casos Laval y Viking», *RL*, número monográfico, *op. cit.*, pág. 40.

(66) Según reiterada jurisprudencia, el órgano jurisdiccional nacional está obligado a interpretar su Derecho nacional, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de las disposiciones comunitarias pertinentes, y en especial del artículo 119 del Tratado para alcanzar el resultado a que se refieren éstas; véase, en especial, en este sentido, las SS. 4 feb. 1988, Murphy y otros, 157/86, y 13 nov. 1990, Marleasing, C-106/89.

(67) CARUSO B.: *op. cit.*, pág. 36.

(68) En tal sentido, BAYLOS A.: «El espacio supranacional de ejercicio del derecho de huelga y la restricción legal de sus capacidades de acción», en *Revista de Derecho Social* 41 (2008), pág. 142, considera que «*las consecuencias de estas sentencias son devastadoras para el sindicalismo europeo que busca una dimensión global a su acción de tutela de los trabajadores, y no sólo para los sindicatos suecos o finlandeses como directamente concernidos*», y alude a los esfuerzos de la Confederación Europea de Sindicatos por lograr una cláusula para el progreso social que viniera insertada en el Tratado modificativo de la UE.

las repercusiones sobre la credibilidad y la autoridad de las estructuras comunitarias pueden ser devastadoras. En este sentido, la deriva conservadora de las instituciones comunitarias en los últimos años había llegado a su punto máximo en el proyecto de Directiva Bolkestein, donde quedaba plasmado el principio de país de origen para las condiciones laborales de los trabajadores desplazados, según vimos más arriba. Al rechazo de las masas laboriosas y a la actividad de los sindicatos en contra de ella se debió el fracaso del Tratado Constitucional en el año 2005, como también vimos. En la confrontación quedó eliminado el principio de país de origen, y la Directiva finalmente aprobada 2006/123/CE prefirió mantener en silencio tan espinosa cuestión, pues habían comenzado a debatirse con gran estruendo en los ambientes especializados los casos Viking, Laval y Rüffert.

La Directiva 2006/123/CE es un ejemplo del fino hilar de las instituciones comunitarias, pues toma buena nota de los acontecimientos para, sin decirlo, orientar la doctrina del Tribunal Europeo hacia la cultura jurídica laboral. En efecto, aparentemente respeta la evolución generada en base a la Directiva 96/71/CE al ceder a ésta la prioridad en la aplicación a los casos conflictivos (art. 3.1) y al excluir del propio ámbito al desplazamiento de trabajadores regulado por aquella (art. 17). Pero la larga exposición de motivos, que actúa en esta Directiva como aclaración, profundización e interpretación del denso articulado, contiene numerosas sugerencias hermenéuticas que dejan bien claro el deseo del legislador comunitario de respetar tanto los derechos como los principios laborales tan cuestionados en las sentencias comentadas. Tal parece como si la legislación mercantil europea hiciera un hueco importante a la política social, no tanto por propia convicción sino como deseo de evitar en el futuro la revuelta contra las instituciones que frustrara las expectativas del año 2005. De este modo, el importante fulcro utilizado por el Tribunal Europeo para negar aplicación a los convenios colectivos que no tuvieran eficacia general, visto en las Sentencias Rüffert y Laval, queda discretamente privado de mordiente al ampliar el espectro a los convenios de eficacia general *de facto* (69), y al

hilo de las orientaciones que marca para la interpretación del propio contenido lanza referencias para la de la Directiva 96/71/CE, que siempre se ha movido en la órbita de los principios mercantiles: alude al respeto a los objetivos sociales del Tratado (70), proclama la importancia de la actuación sindical, de la negociación colectiva y del derecho de huelga (71), con especial hincapié en las acciones sindicales realizadas conforme a la legislación nacional (72), y recalca la inclusión de los objetivos de política social dentro del concepto de razones imperiosas de política general que permiten exceptuar la aplicación de la Directiva (73). El Tribunal Europeo sin duda hallará el eco de sus palabras en esa exposición de motivos, pero en un sentido bien diverso al utilizado en su propia doctrina.

o sean de aplicación general de facto con arreglo a la Directiva 96/71/CE. Además, la presente Directiva no debe impedir que los Estados miembros apliquen condiciones de trabajo y empleo relativas a materias distintas de las enumeradas en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 96/71/CE por razones de orden público.

(69) Exposición de Motivos, núm. 86: La presente Directiva no se aplica a las condiciones de trabajo y empleo que, en virtud de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios [19] se aplican a trabajadores desplazados para prestar un servicio en el territorio de otro Estado miembro. En tales casos, la Directiva 96/71/CE establece que los prestadores deben cumplir con las condiciones de trabajo y empleo en una serie de ámbitos, que enumera, en el Estado miembro en el que se presta el servicio. Son las siguientes: los periodos máximos de trabajo así como los periodos mínimos de descanso; la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas; las cuantías de salario mínimo, incluidas las correspondientes a las horas extraordinarias; las condiciones de suministro de mano de obra, en particular por parte de empresas de trabajo temporal; la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo; las medidas de protección aplicables a las condiciones de trabajo y de empleo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y de los jóvenes; la igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación. Ello afecta no sólo a las condiciones de trabajo establecidas por disposiciones legislativas, sino también a aquellas establecidas en convenios colectivos, siempre que éstos estén oficialmente declarados

(70) E.M., núm. 13: «Es igualmente importante que la presente Directiva respete plenamente las iniciativas comunitarias basadas en el artículo 137 del Tratado con miras a alcanzar los objetivos de su artículo 136 relativos al fomento del empleo y la mejora de las condiciones de vida y de trabajo».

(71) E.M., núm. 14: «La presente Directiva no afecta a las condiciones de trabajo, incluidos los periodos máximos de trabajo y periodos mínimos de descanso, la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas, las cuantías de salario mínimo, la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo, que los Estados miembros apliquen de acuerdo con el Derecho comunitario, ni tampoco afecta a las relaciones entre los interlocutores sociales, incluido el derecho de negociar y celebrar convenios colectivos, el derecho de huelga y de emprender acciones sindicales, de acuerdo con la legislación y las prácticas nacionales que respetan el Derecho comunitario, ni se aplica a los servicios prestados por empresas de trabajo temporal. La presente Directiva no afecta a la legislación de los Estados miembros sobre la seguridad social».

(72) E.M., núm. 15: «La presente Directiva respeta el ejercicio de los derechos fundamentales aplicables en los Estados miembros y reconocidos por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los explicaciones concomitantes que los reconcilian con las libertades fundamentales establecidas en los artículos 43 y 49 del Tratado. Estos derechos fundamentales incluyen el derecho a emprender una acción sindical, de acuerdo con la legislación y las prácticas nacionales que respetan el Derecho comunitario».

(73) E.M., núm. 40: «El concepto de «razones imperiosas de interés general» al que se hace referencia en determinadas prescripciones de la presente Directiva ha sido desarrollado por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia relativa a los artículos 43 y 49 del Tratado y puede seguir evolucionando. La noción reconocida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia abarca al menos los ámbitos siguientes: orden público, seguridad pública y salud pública, en el sentido de los artículos 46 y 55 del Tratado, mantenimiento del orden en la sociedad, objetivos de política social, protección de los destinatarios de los servicios, protección del consumidor, protección de los trabajadores, incluida su protección social, bienestar animal, preservación del equilibrio financiero de los regímenes de seguridad social, prevención de fraudes, prevención de la competencia desleal, protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural, protección de los acreedores, garantía de una buena administración de justicia, seguridad vial, protección de la propiedad intelectual e industrial, objetivos de política cultural, incluida la salvaguardia de la libertad de expresión de los diversos componentes (en especial, los valores sociales, culturales, religiosos y filosóficos de la sociedad), la necesidad de garantizar un alto nivel de educación, mantenimiento de la diversidad de prensa, fomento de la lengua nacional, conservación del patrimonio nacional histórico y artístico y política veterinaria».