

Miguel Rodríguez-Piñero Royo

**Nuevos rasgos en la evolución del Derecho
del Trabajo en la Unión Europea**

Un estudio a partir de recientes decisiones
del Tribunal de Justicia



Ategorrieta [s.a.]. Darío de Regoyos y Valdés.

Las sentencias Viking, Laval y Rüffert han provocado una tormenta en los círculos sindicales y académicos de la Unión Europea (...). En este artículo se explican estos tres fallos y se exponen las últimas tendencias en el Derecho social de la Unión Europea. Objetivo éste un tanto complicado, porque los tres fallos, aún refiriéndose a supuestos de hecho laborales y aplicando normas reguladoras de relaciones de trabajo, en realidad se refieren al funcionamiento del mercado interior y en concreto al ejercicio de las libertades económicas fundamentales en su seno. Contribuyen a la construcción del régimen jurídico del mercado, no al de los derechos de los trabajadores como cabe esperar de un pronunciamiento laboral. Es más, seguramente una de las principales conclusiones a extraer de estos fallos es que hay normas europeas que siempre hemos considerado como exponentes del Derecho social comunitario (en concreto la Directiva 96/71 sobre desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional), que no lo son, sino que forman parte de otro sector del ordenamiento jurídico, el Derecho del mercado, debiendo ser interpretadas y aplicadas conforme a esta naturaleza.

Tres eran tres las hijas de Elena
Tres eran tres y ninguna era buena
Tres eran tres y ninguna era buena
Julia, Paloma y Elena
Tres eran tres y ninguna de las tres era buena
Rubia, castaña y morena
Tres eran tres y ninguna de las tres era buena
Julia, Paloma y Elena
Tres eran tres y ninguna era buena
Rubia, castaña y morena

JAIME DE ARMIÑÁN

PRESENTACIÓN¹

LOS repertorios de jurisprudencia se ordenan por fechas o por materias. El del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas² lo hace por las instituciones y normativas aplicadas³. Pero si tuviéramos que hacer una ordenación de sus fallos, desde el punto de vista de su filosofía y de su impacto, quizás pudiéramos recoger en un volumen aquellas consideradas especialmente negativas y perniciosas para lo que muchos consideramos deben ser los objetivos principales del proceso de integración europea, el bienestar social, la justicia y

¹ Este trabajo forma parte de los resultados científicos del proyecto de investigación, financiado por la DGCIT SEJ 2005-05488-JUR, «La aplicación del Derecho Internacional y Europeo de los derechos humanos en España». Recoge reflexiones provenientes de una línea de trabajos anteriores sobre estas cuestiones, aún con una organización y redacción original. Entre estos trabajos destaco una ponencia presentada a un Convegno internazionale sulla Mobilita' dei Lavoratori, que tuvo lugar en Cagliari los días 12 y 13 de junio de 2008; y que será publicada con el título de «La libre circulación de los trabajadores en el espacio europeo: del Tratado de Roma a la Directiva Bolkenstein», en sendos volúmenes coordinados por Ricardo Escudero y Gianni Loy. También está en espera de presentación y publicación un trabajo sobre «El modelo de éxito económico y responsabilidad social», que es la contribución a los trabajos de un Grupo de reflexión sobre «Los retos de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa».

² «El repertorio de jurisprudencia comunitaria recoge, de modo sistemático, los sumarios de las sentencias y de los autos del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea, dictados desde el inicio de su actividad», según se afirma en la propia página web del Tribunal; el listado de materias se encuentra en http://curia.europa.eu/es/content/juris/index_rep.htm.

³ Distinguiendo así Ordenamiento jurídico comunitario, Comunidad Europea, Comunidad Europea del Carbón y del Acero, Comunidad Europea de la Energía Atómica, Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales, Función Pública, y Unión Europea.

la solidaridad. Una especie de «Necronomicón», guardado bajo llave en las bibliotecas jurídicas, en el que sin duda encontraríamos las tres sentencias que sirven de base para esta reflexión. Viking, Laval y Rüffert, tres sentencias que se estudian siempre juntas y que han provocado una tormenta en los círculos sindicales y académicos de la Unión Europea. Ciertamente es, como dice el poema que abre estas páginas, que ninguna de las tres era buena⁴.

Se me ha pedido que explique estos tres fallos y que de ahí exponga las últimas tendencias en el Derecho social de la Unión Europea. Objetivo éste un tanto complicado, porque los tres fallos, aún refiriéndose a supuestos de hecho claramente laborales y aplicando normas reguladoras de relaciones de trabajo, en realidad se refieren al funcionamiento del mercado interior y en concreto al ejercicio de las libertades económicas fundamentales en su seno. Contribuyen a la construcción del régimen jurídico del mercado, no al de los derechos de los trabajadores como cabe esperar de un pronunciamiento laboral. Es más, seguramente una de las principales conclusiones a extraer de estos fallos es que hay normas europeas que siempre hemos considerado como exponentes del Derecho social comunitario, en concreto la Directiva 96/71 sobre desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, que no lo son, sino que forman parte de otro sector del ordenamiento jurídico, el Derecho del mercado, debiendo ser interpretadas y aplicadas conforme a esta naturaleza.

El Derecho social, al menos en estos fallos, va dibujándose por exclusión como las sombras en el dibujo que hace el Tribunal de otro sector del ordenamiento, el Derecho de la economía. Lo social es el contorno, el resto, lo que queda del día después de haber hecho todo lo importante. Su contribución más importante, desde el punto de vista del Derecho social comunitario, quizás sea la de poner de manifiesto el verdadero alcance y papel de éste en el proceso de integración en que nos encontramos; quizás hacer desaparecer algún espejismo sobre una Unión Europea en la que lo social tiene un papel relevante.

⁴ La bibliografía sobre estas tres sentencias es amplísima en toda Europa, con muchos estudios en España. Me limitaré a citar, por su calidad y por lo completo del análisis, el número monográfico 15-16 de la revista *Relaciones Laborales*, de agosto de 2008, sobre «Nuevas perspectivas de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Comunidades Europeas», con estudios de SCIARRA, CARUSO, GUAMÁN y RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER sobre estos controvertidos pronunciamientos.

TRES SENTENCIAS QUE CAMBIARON EL MUNDO: VIKING, LAVAL Y RÜFFERT⁵

La sentencia Viking

En la primera de las tres famosas sentencias, la Viking⁶, el Tribunal se enfrenta a una compleja cuestión relativa a una actuación sindical internacional contra una empresa naviera que pretendía deslocalizar un centro de trabajo para beneficiarse de costes laborales inferiores. La controversia en que se plantea esta cuestión se produce entre un sindicato finlandés de trabajadores del mar y la Federación Internacional de Trabajadores del Transporte, contra la empresa Viking Line ABP y su filial estonia OÜ Viking Line Eesti, en relación con las medidas de conflicto colectivo adoptadas por los primeros para disuadir a Viking de cambiar el pabellón finlandés de uno de sus buques y de registrar dicho buque bajo el pabellón estonio, con la declarada intención de reducir costes laborales.

Los hechos son, resumidamente, los siguientes: Viking, una sociedad finlandesa de transportes con transbordadores, explota entre otros un buque, el Rosella, que opera bajo pabellón finlandés en la ruta marítima entre Tallin (Estonia) y Helsinki (Finlandia). Viking está obligada, con arreglo al Derecho finlandés y al convenio colectivo de trabajo aplicable, a pagar a la tripulación los mismos salarios que se abonan en Finlandia. La explotación del Rosella ha sido deficitaria debido a la competencia directa de los buques estonios que operan en la misma ruta y tienen menos costes salariales. En vez de vender este buque, la empresa proyectó, durante el mes de octubre del año 2003, cambiar su pabellón registrándolo en Estonia o en Noruega, con el fin de poder celebrar un nuevo convenio colectivo con un sindicato establecido en uno de esos Estados. Se trata de un claro caso de abanderamiento de conveniencia, una deslocalización jurídica hecha posible por el carácter móvil del centro de trabajo. El objetivo de la medida, declarado por la empresa y recogido una y otra vez en la sentencia, es el de abaratar la gestión del buque pagando salarios más bajos a sus marineros, lo que es un hecho altamente relevante.

⁵ Se me permitirá el homenaje al Libro de Reed, cambiando días por sentencias y exagerando un poco, porque el mundo no está cambiando como lo hizo cuando los diez días que el escritor vivió. Pero sí se está produciendo un debate importante, y se vislumbran posibles efectos que pueden cambiar las cosas, y mucho.

⁶ Sentencia de 11 de diciembre de 2007, asunto C-438/05; International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union contra Viking Line ABP y OÜ Viking Line Eesti.

Pues bien, Viking, de conformidad con el Derecho finlandés, comunicó su proyecto al sindicato y a la tripulación del Rosella, que se opusieron al proyecto. Para esta oposición se apoyó en su Federación Internacional, a la que en noviembre de 2003 el sindicato envió un correo electrónico en el que se comunicaba el proyecto de cambio de pabellón del Rosella, pidiéndole que transmitiera esta información a todos los sindicatos afiliados y que los instara a no negociar con Viking. En este correo se indicaba que la propiedad efectiva del Rosella se encuentra en Finlandia y que el sindicato finlandés conserva el derecho de negociación con la empresa. Este hecho es relevante porque la Federación está desarrollando una campaña de lucha contra los pabellones de conveniencia. En respuesta a la petición del sindicato finés, la Federación envía días más tarde una circular a sus afiliados en la que los requería para que no entablaran negociaciones con Viking ni con Viking Eesti. Los sindicatos afiliados están obligados a seguir esta recomendación debido al principio de solidaridad entre sindicatos y al riesgo de que se les imponga una sanción en caso de inobservancia de esta circular. Esta circular supuso —es importante subrayarlo— una primera medida de presión colectiva sobre la empresa con el fin de hacerle cambiar de política. El objetivo de esta medida, declarado por la Federación en sus observaciones, es ejecutar la política de lucha contra los pabellones de conveniencia, a fin de impedir que los armadores matriculen sus buques en un Estado distinto del Estado del que son nacionales los propietarios efectivos de esos buques.

El acuerdo sobre la tripulación (*sic*)⁷ aplicable al Rosella expiró el 17 de noviembre de 2003, por lo que cesó también la obligación de paz social impuesta por el Derecho finlandés. El sindicato anunció una huelga y exigió a Viking, entre otras cosas, que renunciara a su proyecto de cambio de pabellón de ese buque. Ésta es la segunda medida de presión que se produce en el marco de esta controversia. Ante esta presión, la empresa aceptó las demás reivindicaciones, pero se negó a renunciar al proyecto de cambio de pabellón. Por su parte, el sindicato le comunicó que sólo aceptaría la renovación del acuerdo si se cumplían dos condiciones: por una parte, que Viking se comprometiera, con independencia de un eventual cambio de pabellón del Rosella, a seguir cumpliendo el Derecho finlandés, el convenio colectivo de trabajo aplicable, el acuerdo general y el acuerdo sobre la tripulación a bordo de dicho

⁷ Así se le llama en la sentencia, sin que se nos den más datos sobre qué tipo de norma colectiva es, aunque queda claro que es uno de nivel de empresa negociado directamente por el sindicato; en cuanto a su eficacia personal, ésta parece ser limitada ya que el acuerdo se aplica a todos los marinos del Rosella, porque todos están afiliados al sindicato firmante.

buque; y, por otra parte, que el eventual cambio de pabellón no implicara despidos de trabajadores empleados en ninguno de los buques que enarbolan pabellón finlandés propiedad de esa compañía, ni modificaciones de las condiciones de empleo sin consentimiento de los trabajadores. Lo que quería el sindicato, y esto le parece al Tribunal muy relevante, era dejar sin eficacia el cambio de pabellón, ya que éste tenía por objetivo esencial que Viking pudiera reducir sus costes salariales.

A partir de este momento se abren dos procesos judiciales en paralelo referidos a estas acciones de presión. El 17 de noviembre de 2003, Viking presentó una demanda ante el Tribunal de Trabajo de Finlandia para que se declarara que, contrariamente a la posición defendida por el sindicato, el acuerdo sobre la tripulación seguía vinculando a las partes. Éste, por su parte, al interpretar que este acuerdo había expirado, anunció la convocatoria de una huelga a partir de principios de diciembre de 2003 para imponer sus condiciones a la empresa. Durante la conciliación previa a la huelga, Viking se comprometió inicialmente a que el cambio de pabellón no supusiera ningún despido. Al no lograrse en esta fase un acuerdo que evitara la huelga, la empresa aceptó las reivindicaciones sindicales y desistió de su acción judicial, comprometiéndose a no iniciar el procedimiento de cambio de pabellón antes del 28 de febrero de 2005. Esta renuncia marcó el final de la vía judicial finlandesa.

Pero la empresa no renunció a su pretensión de cambiar de pabellón el barco, sobre todo porque su gestión seguía siendo deficitaria y porque a partir de mayo de 2004 Estonia era un Estado miembro de pleno derecho de la Unión. El principal obstáculo al que se enfrentaba —aparte del compromiso asumido con el sindicato nacional— era la circular de la Federación Internacional que seguía en vigor manteniendo efectivo el llamamiento a los sindicatos afiliados en relación con el Rosella. Para superar este problema inicia una segunda vía judicial, esta vez ante los tribunales del Reino Unido, en el transcurso de la cual se presentaron las cuestiones prejudiciales resueltas en la sentencia del TJCE. En concreto, en agosto de 2004, presentó una demanda ante un Tribunal británico⁸ para que se declarara que las medidas sindicales de presión infringían el artículo 43 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), se ordenara la retirada de la circular y se exigiera al sindicato que no obstaculizara el ejercicio de los derechos de Viking con arreglo al Derecho comunitario. En junio de 2005

⁸ En concreto ante la High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Commercial Court).

este tribunal estimó la demanda de Viking indicando que las medidas de conflicto colectivo y las amenazas de tales medidas imponían restricciones a la libertad de establecimiento contrarias al artículo 43 CTE y, subsidiariamente, constituían restricciones ilegales a la libre circulación de los trabajadores y a la libre prestación de servicios en el sentido de los artículos 39 TCE y 49 TCE. Esta sentencia fue recurrida por las organizaciones sindicales ante el Tribunal de Apelación⁹, que decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia una serie de cuestiones prejudiciales (hasta 10) que tienen por objeto la interpretación, por un lado, del artículo 43 del TCE; y, por otro lado, del Reglamento número 4055/86 del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativo a la aplicación del principio de libre prestación de servicios al transporte marítimo entre Estados miembros y entre Estados miembros y países terceros¹⁰. Me limitaré a explicar someramente las más importantes.

La posición de los sindicatos es que su derecho de huelga está amparado por la Carta Social Europea y la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, por lo que tienen derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo contra un empresario establecido en un Estado miembro para disuadirlo de deslocalizar una parte o la totalidad de su empresa y de establecerla en otro Estado miembro. Amparándose en lo declarado por el TJCE en relación con el título VI TCE en sentencias como ALBANY¹¹, PAVLOV¹² y VAN DER WOUDE¹³ estiman que el título III de dicho Tratado y los artículos de éste relativos a la libre circulación de personas y servicios no se aplican a las «auténticas actividades sindicales», ya que el Tratado no pretende prohibir las acciones sindicales que tengan por objeto impedir que un empresario haga uso, por razones económicas, de la libertad de establecimiento.

En la primera cuestión prejudicial, el tribunal remitente solicita que se dilucide si el artículo 43 TCE, que reconoce la libertad de establecimiento, excluye de su ámbito de aplicación una medida de conflicto colectivo emprendida por un sindicato o una agrupación de sindicatos contra una empresa, con el fin de conseguir que celebre un convenio colectivo cuyo contenido puede disuadirla de ejercer esta libertad. El TJCE decide que estas medidas están comprendidas, en

⁹ Concretamente, ante la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division).

¹⁰ Si bien el TJCE desestimó que las cuestiones versaran sobre esta norma de Derecho derivado, que sólo resultaría de aplicación una vez producido el cambio de bandera.

¹¹ Sentencia de 21 de septiembre de 1999, Albany, asunto C-67/96.

¹² Sentencia de 12 de septiembre de 2000, Pavlov y otros, asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98.

¹³ Sentencia de 21 de septiembre de 2000, van der Woude, asunto C-222/98.

principio, en el ámbito de aplicación del artículo 43 TCE, viéndose afectadas por el reconocimiento de esta libertad a la empresa. Ello a pesar de lo establecido en ALBANY respecto de la libre competencia que el TJCE entiende no aplicable por analogía a esta libertad comunitaria. Y ello, también, aunque el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, incluido el derecho de huelga, deba ser reconocido como derecho fundamental que forma parte integrante de los principios generales del derecho comunitario cuyo respeto garantiza el mismo Tribunal. En sentencias anteriores el TJCE había declarado, respecto de otros derechos fundamentales, que el ejercicio de éstos no está excluido del ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado, debiendo dicho ejercicio conciliarse con las exigencias relativas a los derechos protegidos por dicho Tratado y con el principio de proporcionalidad.

En la segunda cuestión prejudicial, el tribunal remitente pregunta si el artículo 43 TCE puede conferir derechos a una empresa privada, que ésta puede oponer a un sindicato o a una asociación de sindicatos. A lo que el TJCE responde que en circunstancias como las del asunto principal una empresa privada puede invocarlo directamente contra un sindicato o una agrupación de sindicatos. Nada nuevo, en realidad, respecto de lo que se venía diciendo al respecto; sólo que es la primera vez que se aplica a un supuesto como éste.

Así pues, y siguiendo el razonamiento de la Corte, tenemos que el reconocimiento de la libertad de establecimiento opera también respecto de las actuaciones sindicales que intentan, directa o indirectamente, limitarla; y que esta libertad es oponible por sus titulares también frente a organizaciones sindicales. Lo que sigue es previsible: en el resto de cuestiones planteadas, que el TJCE examina conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente solicita al Tribunal de Justicia que dilucide si las medidas de conflicto colectivo que hemos visto constituyen restricciones a efectos del artículo 43 TCE y, si éste es el caso, en qué medida pueden justificarse tales restricciones. Lo que el Tribunal viene a decir al respecto es lo siguiente:

- Las medidas como las controvertidas en el asunto principal constituyen restricciones a la libertad de establecimiento en el sentido del artículo 43 CE.
- Sólo puede admitirse una restricción a la libertad de establecimiento si ésta persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado y está justificada por razones imperiosas de interés general.

- También es necesario, en tal caso, que sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo.
- Por tanto, medidas de conflicto colectivo como las controvertidas en el asunto principal 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.

El razonamiento es impecable: las acciones sindicales no están inmunizadas contra el reconocimiento de la libertad de establecimiento; y estas acciones tienen por objeto limitar esta libertad al hacer que su ejercicio resulte menos atractivo para la empresa; dos derechos enfrentados. Al final, será el tribunal nacional el competente para realizar este análisis y valorar la legitimidad de las actuaciones colectivas planteadas.

El TJCE «respetar» los derechos colectivos fundamentales hasta cierto punto: los reconoce, así, como su anclaje en el derecho europeo; pero lo que no deriva de ello es la necesidad de ponderar su ejercicio con la libertad de establecimiento. De alguna manera el TJCE no opera aquí al modo de un tribunal constitucional, equilibrando el ejercicio legítimo de dos derechos por sus titulares; la libertad comunitaria no puede restringirse por mor de que los trabajadores ejerciten sus derechos; han de ser razones imperiosas de interés general, una justificación mucho más exigente y restrictiva. La protección de la libertad de establecimiento es desproporcionada, con un vigor y un entusiasmo envidiable (para los que nos movemos en otras ramas del Derecho). No es sólo que deban argumentarse estas razones para justificar que se limite; es que basta con que se haga menos atractivo su ejercicio para que nos encontremos con una restricción. Mientras que respecto del Derecho de huelga de los sindicatos se restringe por completo su ejercicio sin problemas. Basta comparar la jurisprudencia constitucional nacional de los Estados miembros sobre la libertad de empresa con lo que el Tribunal defiende en este fallo para ver que el Tribunal, a pesar de los términos en los que plantea la cuestión, está haciendo en realidad otra cosa.

Por otro lado, es un razonamiento hipócrita: la esencia de las medidas de acción colectiva es precisamente, por su propia naturaleza, limitar la actividad económica del empleador. Si partimos de que esto no es admisible en principio, ¿cómo se iba a encontrar un espacio propio para éstas? Nos movemos en el

campo de la regla y la excepción; y excepcional será que se admita una actuación sindical que tenga como efecto limitar una libertad comunitaria, ya que habrá que demostrar la existencia de esas imperiosas razones de interés general a que se refiere el TJCE.

La sentencia Laval

El caso Laval¹⁴ se origina igualmente en torno a unas medidas de conflicto colectivo iniciadas por una organización sindical, frente a una empresa que pretende instrumentalizar las libertades comunitarias para beneficiarse de las ventajas competitivas que suponen los menores salarios que se pagan en los nuevos Estados de la Unión. En esta ocasión la petición de decisión prejudicial se refiere a la interpretación de los artículos 12 CE y 49 del TCE, relativos a la libre prestación de servicios, así como 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. Las partes fueron por un lado Laval un Partneri Ltd., una sociedad letona que tiene su domicilio social en Riga (Letonia) y que, según se desprende de los hechos probados de la sentencia, tiene por objeto social suministrar trabajadores letones a empresas situadas en otros países; y por otro el sindicato sueco de los trabajadores de la construcción, su sección sindical nº 1 y el sindicato sueco de los electricistas¹⁵.

El problema real que se plantea entre la empresa Laval y los sindicatos suecos gira en torno a la aplicación del convenio colectivo de la construcción a los trabajadores desplazados por aquella a prestar sus servicios para una empresa principal sueca. Este convenio contiene normas específicas relativas al tiempo de trabajo y a las vacaciones anuales, al desempleo temporal y al tiempo de espera, al reembolso de los gastos de desplazamiento y los gastos profesionales, a la protección frente al despido, a los permisos por formación y a la formación profesional, así como la obligación de las empresas de cotizar por sus trabajadores a unos seguros privados, y de pagar ciertas cantidades al propio sindicato. Pero no fija la cuantía de los salarios, que se acuerda en negociaciones en el lugar de trabajo habida cuenta de las cualificaciones del trabajador y de las funciones que ejerce. Tampoco incluye un salario mínimo general para el sector.

¹⁴ Sentencia de 18 de diciembre de 2007, asunto C-341/05.

¹⁵ Si se tiene curiosidad por los nombres en su lengua original, el sindicato se llama Svenska Byggnadsarbetareförbundet, la sección sindical Svenska Byggnadsarbetareförbundet avdelning 1, Byggettan, y el sindicato de electricistas Svenska Elektrikerförbundet.

Los hechos son los siguientes: Laval es una sociedad letona que desplazó a Suecia, aproximadamente, a treinta y cinco trabajadores para la ejecución de obras contratadas por otra empresa, «Baltic», sociedad sueca de la que Laval tenía el 100% de su capital hasta el final de 2003, en particular para la construcción de un centro escolar en Vaxholm. Laval había firmado en Letonia convenios colectivos con el sindicato letón de los trabajadores de la construcción; por el contrario, no estaba vinculada por ningún convenio colectivo celebrado con los sindicatos suecos, los cuales no tenían ningún afiliado entre el personal de Laval. En junio de 2004 se establecieron relaciones entre Baltic y Laval y la sección sindical para que se aplicara a estos trabajadores el convenio colectivo de la construcción. Laval pidió que los salarios y las demás condiciones de trabajo se definieran paralelamente a estas negociaciones, lo que el sindicato admitió; hubo desacuerdo, sin embargo, en cuanto al cálculo, mensual o por horas, de la retribución, en cuanto a su cuantía y a las cantidades adicionales que Laval hubiera tenido que pagar como consecuencia de la aplicación del convenio. Al no ser posible el acuerdo, la sección sindical pidió al sindicato las medidas de conflicto colectivo contra Laval, ya anunciadas durante la negociación, presentándose un preaviso en octubre de 2004. El 2 de noviembre siguiente se inició un bloqueo de las obras de Vaxholm, que consistió en impedir la entrega de mercancías en el lugar de las obras, en emplear piquetes de huelga y en impedir la entrada a las obras de los trabajadores letones y de sus vehículos. En diciembre de 2004 se intensificaron las medidas de conflicto colectivo, y el sindicato de electricistas inició una acción de solidaridad, que tuvo como efecto que las empresas suecas que pertenecían a la organización patronal de los instaladores eléctricos no pudieran prestar servicios a Laval. En enero de 2005, otras organizaciones sindicales anunciaron acciones de solidaridad consistentes en un boicot de todas las obras emprendidas por Laval en Suecia, de modo que esta empresa ya no pudo seguir ejerciendo sus actividades en el territorio de ese Estado miembro. En febrero de 2005, el municipio de Vaxholm solicitó la resolución del contrato que le vinculaba con Baltic y, el 24 de marzo de 2005, ésta fue declarada en quiebra.

Algunos aspectos del Derecho laboral sueco resultan especialmente relevantes en este caso: en primer lugar, el Reino de Suecia no tiene un sistema de declaración de aplicación general de los convenios colectivos; en consecuencia, para no crear situaciones de discriminación la legislación no obliga a las empresas extranjeras a aplicar los convenios colectivos suecos, dado que no todos los empresarios suecos están vinculados por un convenio colectivo. Además, la legislación sueca no fija una cuantía de salario mínimo. A la hora

de implementar la Directiva 96/71 el Reino de Suecia no siguió ninguna de las vías previstas en ésta para la fijación de las cuantías de salario mínimo. Por otra parte, La Regeringsformen (Constitución sueca) reconoce el derecho de las asociaciones de trabajadores a adoptar medidas de conflicto colectivo, salvo que existan disposiciones establecidas en una ley o en un convenio colectivo que se opongan a ello. Y el Derecho colectivo sueco establece que las partes vinculadas por un convenio colectivo están obligadas a mantener la paz social y que está prohibido adoptar medidas de conflicto colectivo para lograr modificaciones del convenio.

Las cuestiones prejudiciales surgen a raíz de la demanda que presenta Laval contra los sindicatos para que se declarara la ilegalidad tanto del bloqueo de las actividades como de la acción de solidaridad, así como para que se condenara a estas organizaciones sindicales a indemnizar el perjuicio sufrido. El Tribunal sueco viene a preguntar al TJCE si los artículos 12 y 49 del TCE, así como la Directiva 96/71, se oponen a que las organizaciones sindicales intenten obligar, mediante medidas de conflicto colectivo, a una empresa extranjera que desplaza trabajadores a Suecia a aplicar un convenio colectivo sueco; pero, y este es un factor fundamental en el fallo, teniendo en cuenta que la legislación del Estado de acogida por la que se adapta el Derecho nacional a dicha Directiva carece de disposiciones expresas sobre la aplicación de condiciones de trabajo y empleo previstas en un convenio colectivo. La respuesta del Tribunal a esta primera cuestión es técnicamente muy compleja, y lo que viene a hacer es aplicar la Directiva interpretada a la luz del artículo 49 TCE; tras un largo y detallado estudio, el TJCE concluye que la actuación sindical es contraria al TCE. La línea argumental es similar a la establecida en Viking:

- En las materias no comprendidas en el ámbito de competencias de la Comunidad los Estados miembros pueden fijar libremente, en principio, los requisitos y las formas de ejercicio de estos derechos; pero los Estados miembros deberán, en el ejercicio de esta competencia, respetar el Derecho comunitario.
- El hecho de que el Tratado no se aplique al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal no excluye una medida de conflicto colectivo como la controvertida en el asunto principal del ámbito de la libre prestación de servicios; aunque debe reconocerse que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo es un derecho fundamental que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia, su ejercicio puede supeditarse a ciertas

restricciones. En particular, su carácter fundamental no permite excluir tales medidas, adoptadas contra una empresa establecida en otro Estado miembro que desplaza a trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, del ámbito de aplicación del Derecho comunitario.

- Siendo de aplicación el Derecho Comunitario, procede examinar si el hecho de que las organizaciones sindicales de un Estado miembro puedan adoptar medidas de conflicto colectivo en las condiciones antes mencionadas constituye una restricción a la libre prestación de servicios y, en caso afirmativo, si puede estar justificada.
- El artículo 49 CE tiene aplicación directa en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros desde la expiración del período transitorio y confiere a los particulares derechos que éstos pueden invocar ante los tribunales y que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tutelar; en particular el respeto del artículo 49 CE se impone igualmente a las normativas de naturaleza no pública que tengan por finalidad regular colectivamente las prestaciones de servicios, o sea, los convenios colectivos.
- El derecho de las organizaciones sindicales de un Estado miembro a adoptar medidas de conflicto colectivo, mediante las cuales las empresas establecidas en otros Estados miembros puedan verse obligadas a adherirse a un convenio colectivo de la construcción que tiene algunas cláusulas que difieren de las disposiciones legales al establecer condiciones de trabajo y empleo más favorables, puede hacer menos interesante, e incluso más difícil, para dichas empresas la ejecución de obras de construcción en el territorio sueco y constituye, por este motivo, una restricción a la libre prestación de servicios en el sentido del artículo 49 CE.
- Una restricción a dicha libertad sólo puede admitirse cuando persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado y está justificada por razones imperiosas de interés general; si bien, en tal caso, debe ser adecuada para garantizar la realización del objetivo perseguido y no ir más de lo necesario para lograrlo.
- El derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo con la finalidad de proteger a los trabajadores del Estado de acogida frente a una eventual práctica de dumping social puede constituir una razón imperiosa de interés general, en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que puede justificar, en principio, una restricción a una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado.
- En principio, un bloqueo iniciado por una organización sindical del Estado miembro de acogida que tiene por objeto garantizar, a los traba-

jadores desplazados en el marco de una prestación de servicios transnacional, las condiciones de trabajo y empleo fijadas en un determinado nivel está comprendido en el objetivo de la protección de los trabajadores.

- No obstante, debe considerarse que, por lo que se refiere a las obligaciones específicas relacionadas con la adhesión al convenio colectivo de la construcción que las organizaciones sindicales pretenden imponer a las empresas establecidas en otros Estados miembros mediante medidas de conflicto colectivo como la controvertida en el asunto principal, el obstáculo que suponen las medidas de presión para la libre circulación de Laval no puede justificarse a la luz de tal objetivo, ya que a lo único que se puede obligar a ésta es a respetar un núcleo de disposiciones imperativas de protección mínima en el Estado miembro de acogida.

El dato fundamental para llegar a esta conclusión es la situación del Derecho interno sueco en torno a la implementación de la Directiva; como se ha señalado antes, no ha introducido mecanismos para identificar los salarios mínimos a efectos de ésta, los que tendrían que pagarse en todo caso a los trabajadores temporalmente desplazados por sus empresas a territorio. Las autoridades suecas entienden que, coherentemente con su sistema de relaciones laborales, corresponde a los sindicatos y empresarios identificar éstos. Para el TJCE, sin embargo, no es posible exigir a las empresas extranjeras el pago de salario mínimo alguno¹⁶. La relación entre la situación nacional y el sentido del fallo queda muy clara en las palabras del TJCE: *«no pueden justificarse medidas de conflicto colectivo como la controvertida en el asunto principal con arreglo al objetivo de interés general mencionado en el apartado 102 de la presente sentencia, cuando la negociación salarial que pretenden imponer a una empresa establecida en otro Estado miembro se inscribe en un contexto nacional caracterizado por la falta de disposiciones, cualquiera que sea su naturaleza, que sean suficientemente precisas y accesibles para evitar que, en la práctica, resulte imposible o excesivamente difícil para la empresa determinar las obligaciones que debe cumplir en materia de salario mínimo»*.

¹⁶ Dice el Tribunal: *un Estado miembro en el que las cuantías de salario mínimo no se determinan por una de las vías previstas en el artículo 3, apartados 1 y 8, de la Directiva 96/71 no está facultado para exigir, en virtud de dicha Directiva, a las empresas establecidas en otros Estados miembros, en el marco de una prestación de servicios transnacional, una negociación caso por caso, en el lugar de trabajo, teniendo en cuenta la cualificación y las funciones de los trabajadores, para que conozcan el salario que deberán abonar a sus trabajadores desplazados.*

La relevancia dada a la situación del Derecho interno —que hace que, por ejemplo, en España y en una mayoría de países la conclusión hubiera sido diferente— y lo atípico del Derecho sueco en este aspecto —son minoría los Estados miembros que no fijan salarios mínimos— pueden llevar a pensar que nos encontramos frente a un fallo poco trascendente en la práctica. Pero no es así, ya que los criterios sentados por el TJCE son en muchos casos de aplicación universal. Lo más trascendente es que vienen a fijar los límites del sistema de protección de los trabajadores desplazados fijados en la Directiva 96/71. Siendo la aplicación de las condiciones salariales y de trabajo del Estado de destino una medida que hace menos interesante la prestación transnacional de servicios, restringiendo el ejercicio de una libertad comunitaria, ésta ha de limitarse a lo estrictamente indicado por esta norma europea, tanto materialmente —los elementos fijados en el artículo 3— como formalmente —los procedimientos fijados para identificar las concretas condiciones de trabajo. En sus propias palabras: *«el nivel de protección que debe garantizarse a los trabajadores desplazados al territorio del Estado miembro de acogida se limita, en principio, al previsto en el artículo 3, apartado 1, párrafo primero, letras a) a g), de la Directiva 96/71»*; o lo que es lo mismo, que no puede imponerse a los empleadores de los trabajadores desplazados que reconozcan más derechos que los estrictamente recogidos en la Directiva. En otras palabras, que ésta es el máximo al que se puede llegar en esta protección.

Lo chocante de esta afirmación es que el apartado 7 del artículo 3 de la Directiva 96/71 establece que lo dispuesto en los apartados 1 al 6 de ese mismo artículo no impide la aplicación de condiciones de trabajo y empleo más favorables para los trabajadores. Y más favorable resulta, desde luego, garantizar a los trabajadores desplazados los salarios suecos. Sin embargo, el TJCE afirma que *«el artículo 3, apartado 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»*. Y ello porque lo que prima es la libertad de prestación de servicios del empleador, para el que ir más allá de lo previsto en la Directiva hace menos atractivo su ejercicio.

En una segunda cuestión prejudicial el TJCE estudia si la legislación sueca, que en la práctica implica que los convenios colectivos suecos adquieren validez y tienen primacía sobre los convenios colectivos extranjeros ya existentes, vulnera las normas sobre la libre prestación de servicios y la prohibición de discrimi-

minación por razón de la nacionalidad establecidas en el TCE. El hecho es que Laval era parte de convenios colectivos que se aplicaban a sus empleados de acuerdo con el Derecho letón; el Derecho sueco permitía sin embargo medidas de presión para obligarle a negociar convenios en Suecia con sindicatos de este país, a pesar del deber de paz establecido en su legislación laboral: «*son lícitas las medidas de conflicto colectivo adoptadas contra empresas vinculadas por un convenio colectivo sujeto a la legislación de otro Estado miembro del mismo modo que lo son las adoptadas contra empresas que no estén vinculadas por ningún convenio colectivo*». Esto supone una diferencia de trato entre las empresas suecas, que disfrutaban de esta paz laboral, respecto de las extranjeras, a las que en determinadas circunstancias puede no aplicarse.

Para responder a esta cuestión el TJCE sigue el siguiente razonamiento:

- La libre prestación de servicios implica, en especial, la eliminación de cualquier discriminación en perjuicio del prestador de servicios por razón de su nacionalidad o por el hecho de que esté establecido en un Estado miembro diferente de aquel en el que debe ejecutarse la prestación.
- Una discriminación sólo puede consistir en la aplicación de normas distintas a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes.
- La normativa sueca no tiene en cuenta, cualquiera que sea su contenido, los convenios colectivos a los que las empresas que desplazan trabajadores a Suecia ya están vinculadas en el Estado miembro en el que están establecidas, lo que crea una discriminación contra dichas empresas, en la medida en que les aplica el mismo trato que a las empresas nacionales que no han celebrado convenio colectivo alguno.
- El artículo 46 CE, que debe interpretarse en sentido estricto, establece que las normas discriminatorias pueden estar justificadas por razones de orden público y de seguridad y salud públicas.
- La aplicación de esta normativa a las empresas establecidas en otros Estados miembros que estén vinculadas por convenios colectivos a los que no se aplique directamente la legislación sueca tiene como finalidad, por una parte, que las organizaciones sindicales puedan actuar para que todos los empresarios que operan en el mercado de trabajo sueco apliquen las retribuciones y demás condiciones de empleo que correspondan a las aplicadas normalmente en Suecia; y, por otra parte, que se creen condiciones de competencia leal, en igualdad de condiciones, entre los empresarios suecos y los empresarios procedentes de otros Estados miembros.

- Ninguna de las consideraciones mencionadas en el apartado precedente constituye una razón de orden público, de seguridad pública o de salud pública, en el sentido del artículo 46 CE aplicado en relación con el artículo 55 CE, por lo que procede constatar que una discriminación como la controvertida en el asunto principal no puede estar justificada.

La conclusión es clara: el TCE se opone a que, en un Estado miembro, la prohibición impuesta a las organizaciones sindicales de adoptar medidas de conflicto colectivo con el fin de derogar o modificar un convenio colectivo celebrado por terceros esté supeditada a que las medidas tengan relación con las condiciones de trabajo y empleo a las que se aplique directamente la legislación nacional.

La sentencia Rüffert

Finalmente, la sentencia del Caso Rüffert¹⁷ da respuesta a una petición de decisión prejudicial que tiene por objeto la interpretación del artículo 49 TCE, que se presentó en el marco de un litigio entre el Sr. Rüffert, actuando como administrador judicial de Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG, y el Estado de Baja Sajonia (Land Niedersachsen), en relación con la resolución de un contrato público de obras celebrado entre éste y dicha sociedad.

Los hechos relevantes del caso son los siguientes: tras una licitación, el Land Niedersachsen adjudicó en otoño de 2003 a Objekt und Bauregie un contrato de obras de estructura para la construcción del establecimiento penitenciario de Göttingen-Rosdorf. El contrato contenía el compromiso de observar los convenios colectivos y, más concretamente, el de pagar a los trabajadores empleados en la obra, como mínimo, el salario vigente en el lugar de ejecución, con arreglo al convenio colectivo «Edificios y obras públicas». Incluía también una cláusula penal a favor del Land que alcanzaba el 1% del valor total de la licitación, en caso de incumplimiento de la adjudicataria. La aplicación del convenio colectivo se imponía en la legislación del Land sobre contratos públicos. Esta empresa alemana recurrió a los servicios de una empresa establecida en Polonia como subcontratante. En verano de 2004 surgieron sospechas de que dicha empresa había contratado en la obra a trabajadores por un salario inferior al previsto en el convenio colectivo «Edificios y obras públicas». Tras el inicio de

¹⁷ Sentencia de 3 de abril de 2008, asunto C-346/06.

las investigaciones, tanto Objekt und Bauregie como el Land Niedersachsen resolvieron el contrato de obras que habían celebrado. Este Land basó la referida resolución, en particular, en el hecho de que Objekt und Bauregie había incumplido la obligación contractual de atenerse a lo dispuesto en el convenio colectivo aludido. Se dictó una resolución penal contra el principal responsable de la empresa establecida en Polonia imputándole haber abonado a los 53 obreros empleados en la obra únicamente el 46,57 % del salario mínimo fijado. Esta sociedad demandó al Land sobre la base del impago de éste; en primera instancia, el Landgericht Hannover declaró que el crédito que Objekt und Bauregie ostentaba en méritos del contrato de obras se había extinguido por compensación con la pena contractual a favor del Land Niedersachsen, al haberse incumplido las condiciones de adjudicación por parte de ésta.

Es en vía de recurso contra esta sentencia, promovido por la empresa, que se plantea la cuestión prejudicial. Así, el tribunal de apelación considera que la resolución del litigio depende de si está obligado a no aplicar la legislación de contratos públicos del Land, que es la que establece la obligación de pagar los salarios fijados en convenio, debido a que no es compatible con la libre prestación de servicios consagrada en el artículo 49 CE. De acuerdo con el Tribunal de apelación, los compromisos de atenerse a los convenios colectivos obligan a las empresas constructoras de otros Estados miembros a adaptar los salarios pagados a sus trabajadores sobre la base de la retribución, normalmente más elevada, aplicable en el lugar de ejecución del contrato en Alemania. Tal exigencia redundaría en la pérdida por dichas empresas de la ventaja competitiva que se deriva a su favor de los costes salariales más bajos. Por tanto, la obligación de respetar los convenios colectivos representa un obstáculo para las personas físicas o jurídicas procedentes de Estados miembros distintos de la República Federal de Alemania. Por otra parte, alberga algunas dudas en cuanto a si el compromiso de observar los convenios colectivos está justificado por razones imperiosas de interés general. Más concretamente, tal compromiso va más allá de lo necesario para la protección de los trabajadores. Lo necesario para dicha protección está delimitado por el salario mínimo obligatorio que, en Alemania, resulta de la aplicación de la Ley sobre el desplazamiento de los trabajadores de 1996. Para los trabajadores extranjeros, el compromiso de observar los convenios colectivos no permite alcanzar la igualdad efectiva entre éstos y los trabajadores alemanes, sino que impide contratar a los trabajadores procedentes de un Estado miembro distinto de la República Federal de Alemania en el territorio de este Estado, ya que su empresario no puede hacer valer su ventaja en el coste con respecto a la competencia.

En concreto, se plantea al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial: «¿Constituye una restricción injustificada a la libre prestación de servicios en virtud del Tratado CE el hecho de obligar legalmente a la entidad adjudicadora a designar como adjudicatario de contratos públicos de obras únicamente a las empresas que al licitar se comprometan por escrito a pagar a sus trabajadores, como contraprestación por la ejecución de los servicios correspondientes, como mínimo, la retribución prevista en el convenio colectivo aplicable en el lugar en que deben prestarse tales servicios?».

La conclusión a la que llega el Tribunal es que la Directiva 96/71, interpretada a la luz del artículo 49 CE, se opone, en una situación como la controvertida en el asunto principal, a una medida como ésta.

Una norma como la Ley del Land puede constituir una restricción en el sentido del artículo 49 CE; puede imponer a los prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro, en el que los salarios mínimos sean inferiores, una carga económica adicional que puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida. De nuevo nos movemos en el campo de la restricción de una libertad económica fundamental, que para ser legítima tiene que estar justificada por razones de interés general. Pues bien, el TJCE no encuentra justificación suficiente a esta restricción ni en el objetivo de garantizar la protección de la organización autónoma de la vida profesional mediante sindicatos, ni en el garantizar la estabilidad financiera de los regímenes de Seguridad Social, objetivos ambos argumentados por el Gobierno alemán.

Pero el TJCE maneja otros argumentos adicionales, y el juego de la Directiva y del Derecho nacional es de nuevo determinante del fallo. La Directiva prevé que se paguen a los trabajadores desplazados los salarios sólo si se cumplen los mecanismos que ella misma fija, que buscan básicamente asegurar que los salarios se encuentran establecidos en una norma de aplicación general. Para el TJCE es muy relevante que no nos encontremos ante un convenio de aplicación general, en los términos exigidos por la Directiva para que pueda ser una fuente de regulación adecuada de los salarios. El convenio de la construcción en cuestión sólo se impone a una parte del sector, en la medida en que, por un lado, dicha normativa se aplica únicamente a los contratos públicos, con exclusión de los contratos privados; además, este convenio no ha sido declarado de aplicación general. Puede darse la circunstancia de que la empresa extranjera se vea obligada a pagar estos salarios —por el hecho de participar en un con-

curso público para adjudicarse la obra— mientras que una alemana pueda pagar salarios inferiores por no aplicársele este convenio. Como no se garantiza que todas las empresas del sector paguen estos salarios, a los que se obliga a la empresa extranjera que desplaza a sus trabajadores, la legislación alemana no puede imponer a ésta dicha obligación.

Pero es que, además, los salarios del convenio de la construcción exceden de lo que obliga la ley alemana que implementa la Directiva, que establece una obligación para las empresas de terceros países que va más allá de lo previsto en ésta. Para el TJCE, apoyándose en su sentencia en el caso Laval, el grado de protección que debe garantizarse a los trabajadores desplazados al territorio del Estado miembro de acogida se limita, en principio, al previsto en el artículo 3, apartado 1, párrafo primero, letras a) a g), de la Directiva 96/71, salvo que dichos trabajadores ya disfrutaran, en virtud de la legislación o de convenios colectivos en el Estado miembro de origen, de condiciones de trabajo y empleo más favorables en relación con las materias previstas en dicha disposición. Esto es todo lo que se puede imponer a las empresas extranjeras; ésta es toda la restricción de la libre prestación de servicios que se permite por la protección de los trabajadores desplazados y para evitar el dumping social.

En otras palabras, que el efecto de dumping social es una posible consecuencia de la libertad de prestación de servicios, y que para evitarlo está la Directiva, que es en sí misma una restricción de dicha libertad justificada por razones de interés social. Esta Directiva fija el equilibrio entre la protección de los trabajadores y la libertad de los empresarios; por tanto, ir más allá de lo que ésta establece supone una restricción excesiva de la libertad comunitaria, ilegítima por ello. La Directiva es el máximo, no un mínimo como son por lo general las normas laborales comunitarias.

EL PROBLEMA: LA COORDINACIÓN DEL DERECHO SOCIAL CON EL DERECHO DEL MERCADO

Las sentencias que acabamos de ver tienen como principal interés el poner de manifiesto un problema que considero estructural del sistema jurídico comunitario, que es el de la interferencia del Derecho del mercado sobre el Derecho social, siendo ambos sectores del ordenamiento con sus propias lógicas y finalidades. A nivel nacional existen mecanismos para solucionar este conflicto que en el europeo todavía no se han encontrado.

Esta interferencia se está produciendo en los principales aspectos de la regulación comunitaria del mercado. Por un lado, se detectan problemas de compatibilidad entre el Derecho de la Competencia y numerosas instituciones jurídico laborales, que obedecen a una lógica completamente diferente y difícilmente compatible con sus principios. Disponemos ya de un amplio catálogo de sentencias del Tribunal de Justicia en las que se ataca la validez de regulaciones laborales bien establecidas y reconocidas, algunas incluso con enclave constitucional, sobre la base de su inadecuación con las normas reguladoras de la libre competencia. Hemos visto que así se ha dudado de la legalidad de los convenios colectivos¹⁸, de los servicios públicos de empleo¹⁹, de las ayudas a las empresas para garantizar el empleo²⁰, de los sistemas públicos y privados de protección social²¹, con suerte diversa en cuanto a la respuesta judicial. Lo interesante de estos pronunciamientos es que ponen de manifiesto un serio problema de descoordinación en el ordenamiento europeo, entre las normas de origen comunitario y las de origen nacional, que no sólo obedecen a principios y lógicas opuestas, sino que desde el punto de vista comunitario tienen también rangos jurídicos distintos, con una primacía de las reglas protectoras de la competencia desconocida en los Estados miembros.

Las sentencias *Viking*, *Laval* y *Rüffert* que acabamos de ver nos indican el otro ámbito en el que se está produciendo esta interferencia. En los últimos años es el reconocimiento de la libertad de establecimiento y de prestación de servicios lo que está presionando a los ordenamientos laborales nacionales, al impedir medidas nacionales de protección del empleo y los salarios por considerarse restrictivas de ésta. Esta tensión entre libertades económicas y Derecho social se venía fraguando en algunos pronunciamientos del TJCE ya antiguos, pero

¹⁸ Este fue el caso estudiado en la celeberrima sentencia ALBANY, asunto C-67/96, pero la validez de los convenios colectivos desde el punto de vista del Derecho de la Competencia ha sido cuestionada en otras sentencias de la Corte, como en BRENTJENS & DRIJVENDE BOKKEN o VAN DER WOUDE, de 21 de septiembre de 2000, asunto C-222/98.

¹⁹ En las sentencias KLAUS HOFNER & FRITZ ELSER CONTRA MACROTRON, de 23 de abril de 1991; JOB CENTRE I, de 19 de octubre de 1995, asunto C-111/94 JOB CENTRE II, de 10 de diciembre de 1991, asunto C-179/90; y CARRA, de 8 de junio de 2000, asunto C-258/98.

²⁰ Entre otras, en las sentencias ITALIA vs. COMISIÓN, de 2 de julio de 1974, asunto 173/73; MARIBEL, de 17 de junio de 1999, asunto C-75/9; FRANCIA vs. COMISIÓN, de 26 de septiembre de 1996, y KIMBERLEY-CLARKE, asunto C 241/94.

²¹ Cuestión planteada en numerosos pronunciamientos de la Corte, como la sentencia C. POU CET *et alia* c/ ASSURANCES GENERALES DE FRANCE *et alia*, de 16 de febrero de 1993, asuntos acumulados C-159/91 y C-160/91); FFSA, PATERNELLE, UAP y CAPMA c/. MINISTERE DE L'AGRICULTURE ET DE LA PECHE, de 16 de noviembre de 1995, Asunto C-244/94; CISAL vs: INAIL: STJCE 22 de enero de 2002, asunto C-218/2000; PAVLOV, de 12 de septiembre de 2000, asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98; o GARCIA, de 26 marzo 1996.

ocupó un lugar central en el debate europeo a partir de las discusiones producidas en torno a la Directiva de servicios en el mercado interior, la famosa Directiva Bolkenstein. La propuesta original ya había puesto de manifiesto los riesgos que para el modelo social europeo suponía una ordenación excesivamente protectora y promotora de la libertad de prestación de servicios. Con la trilogía negra del Tribunal de Justicia, éste ha llegado a cuestionar la validez no sólo de políticas nacionales, sino incluso de actuaciones de organizaciones de trabajadores en defensa de sus intereses legítimos; actuaciones —conviene no olvidar— no sólo propias del modelo social europeo sino también amparadas por las Constituciones nacionales y el Derecho internacional de los Derechos Humanos. Y ello por entenderlas restrictivas a la libre prestación de servicios, al imponer limitaciones o simplemente hacer menos atractiva ésta para las empresas establecidas en otros Estados. Muchos han visto en estos fallos una verdadera constitucionalización del *dumping social* en Europa, que ha pasado de ser un problema —en cuanto distorsión de la competencia— a ser un aspecto positivo del mercado interior, un factor legítimo de competitividad para las empresas que beneficia a la economía europea en su conjunto. La posibilidad de que las diferencias salariales y de regulación del trabajo operen como un factor de competitividad no es sólo real, sino que es considerada como un aspecto ventajoso del mercado interior.

Dos son los factores que, a mi juicio, provocan este problema:

- La falta de límites claros en la aplicación del Derecho del mercado, especialmente por obra de la jurisprudencia del TJCE.
- La preeminencia del Derecho comunitario sobre el nacional, también de creación jurisprudencial, que opera de manera general y absoluta.

Una de las cosas que estas sentencias nos aclaran es que las soluciones adoptadas, hasta el momento, por el Derecho comunitario para cohonestar ambos órdenes normativos tienen muy poca eficacia. Para empezar, creíamos que en Europa se había definido un espacio de inmunidad para el Derecho social y las instituciones laborales, que se verían protegidos de las reglas de la economía en razón de los intereses sociales que protegen; especialmente a partir de la sentencia ALBANY, en la que se establece un espacio protegido para los convenios colectivos respecto del Derecho de la Competencia en razón de su particular naturaleza y objetivos²². En las tres sentencias malditas esta técnica salta por los aires, pues sirvió de base para la defensa de las organizaciones sindicales en Viking, sin éxito alguno. Tampoco la Directiva 1996/71/CE, de

16 diciembre, sobre desplazamientos temporales de trabajadores efectuados en el marco de una prestación de servicios transnacional, que pretendía ordenar las consecuencias laborales del ejercicio de la libre prestación de servicios ha resultado ser una solución definitiva, como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia más reciente del TJCE. Como hemos visto, éste ha continuado con su construcción claramente favorable a la libre prestación de servicios, inspirándose directamente en el Tratado y en su doctrina anterior, dejando a la Directiva 96/71 en la situación de constituir una excepción a las reglas generales en este campo, sometida a una interpretación restrictiva y al escrutinio de la justificación, caso por caso, de las medidas nacionales de implementación.

Un equilibrio que se rompe

Lo que ha preocupado de estas tres sentencias, y de la interferencia que ponen de manifiesto, es que vienen a anunciar la ruptura del equilibrio entre lo mercantil y lo social en el proceso de integración europea, cuya verdadera naturaleza conviene aclarar. Porque para muchos, este equilibrio nunca ha existido y, de hecho, se critica desde sus orígenes a las instituciones europeas por su frigididad social. Siendo esto cierto, quizás esta condena haya estado en parte mal planteada. Siempre hemos esperado una política social de éstas, cuando en realidad lo que debe preocuparnos es que exista una, aunque sea nacional, y que ésta pueda operar sin interferencias derivadas de la integración de mercados. Yo creo que, visto en perspectiva histórica larga, la unificación de Europa ha tenido éxito porque ha repartido los roles sociales y económicos entre los Estados y la organización formada por éstos.

De esta manera, durante este proceso se ha logrado un cierto equilibrio entre el mercado y los derechos sociales mediante la colaboración de los Estados miembros con la Unión Europea. El sistema funciona si somos capaces de asegurar progreso económico y social en paralelo, aunque cada uno esté en manos de una institución diferente, la Unión y el Estado. Es el conglomerado Estados-Unión el verdadero responsable directo de este equilibrio. Equilibrio que opera como un círculo virtuoso: el éxito económico, sustentado en el mercado

²² En la que el Tribunal afirmó que aunque «*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*».

interior es indudablemente la base para el bienestar social; y el modelo social europeo explica, en gran medida, el éxito económico de la Comunidad.

En este reparto de funciones a las instituciones comunitarias les correspondía integrar las economías nacionales mediante la creación y ordenación de un mercado común de todos los factores de producción; mientras que los instrumentos tradicionales de la política social permanecían en manos del Estado. Esta solución tenía sentido; era lógico que las instituciones comunitarias se centraran en el mercado, pues era éste el papel que le atribuyeron los Estados al constituirlos; éstas eran, también, las competencias que le atribuyeron inicialmente. Como también lo era que los Estados fueran directamente responsables de los mecanismos de integración y progreso social; estamos hablando de políticas de redistribución y de la garantía de derechos sociales reconocidos en las Constituciones nacionales.

La gran virtud del proceso de integración ha sido hacer posible esta interacción, garantizando un desarrollo económico que posteriormente se transformaba en progreso social, sin interferencias de ambas esferas. Ahora bien, siendo cierto que ha existido durante décadas esta complementación y complicidad entre el nivel europeo y el estatal, no puede ignorarse la existencia de tensiones y problemas que se han ido poniendo de manifiesto a medida que la Unión ha ido avanzando en la construcción del mercado, y que ha visto reconocida la primacía de su Derecho sobre el de los Estados miembros.

- En primer lugar, la atribución de competencias a la Unión Europea suponía un paralelo desapoderamiento de los Estados, que debían renunciar a cada vez más instrumentos para la puesta en marcha de sus políticas públicas nacionales.
- En segundo lugar, la ordenación comunitaria del mercado restaba igualmente a los Estados otros instrumentos tradicionales de intervención, sobre todo como consecuencia de los límites que el Derecho de la competencia imponía a las ayudas estatales, y de las restricciones al endeudamiento público.
- Pero sobre todo, y en tercer lugar, la integración de un mercado europeo cada vez más amplio suponía un incremento considerable de las presiones competitivas sobre los Estados más avanzados en la protección de los derechos sociales de sus ciudadanos, haciendo aparecer situaciones de *dumping social* que ponían en cuestión las políticas utilizadas hasta entonces de garantía legal de estos derechos, en cuanto perjudicaban a

las empresas nacionales que competían en un mercado europeo con otras de otros Estados menos comprometidos.

Estos inconvenientes, ampliamente denunciados desde múltiples instancias, alteraban el equilibrio entre el mercado y los derechos sociales, central en todo el proceso de integración, dando pie a la bien conocida idea de la «Europa de los mercaderes» frente a la «Europa de los ciudadanos». Estas presiones y esta pérdida de poder, no obstante, se veían compensadas por otros factores. El crecimiento económico que suponía la ampliación y liberalización del mercado se traducían, de por sí, en progreso social a través de otros mecanismos todavía controlados por los Estados. En particular, la Unión Europea ofrecía a sus ciudadanos un instrumento fundamental para su bienestar social, que era su política de empleo en sentido amplio. Política que es tanto la política de empleo en sentido estricto, la que aparece recogida en el capítulo de esta denominación en el Tratado de Roma, como la libertad de circulación de los trabajadores, que establece un mercado de trabajo de dimensiones europeas, como los fondos estructurales, ampliamente dotados. En una sociedad de asalariados, como lo es todavía la europea, el empleo es la llave para la inclusión social y el bienestar; de ahí que el impacto social de la integración europea se mida en gran medida a partir de sus efectos en la ocupación. Y es indudable que éstos han sido positivos: más empleo porque hay más actividad económica; más empleo porque hay más oportunidades de colocación, en un mercado de trabajo de dimensiones europeas; más empleo, porque hay fondos europeos que apoyan las iniciativas nacionales en este campo; más empleo, finalmente, porque desde la Unión se promueven y coordinan las políticas nacionales. La destrucción de empleo en algunas economías, como consecuencia del incremento de la competencia se ha visto ampliamente compensada por la creación de otros en otros sectores y localizaciones.

Por otra parte, las instituciones comunitarias han jugado también un papel fundamental en el reconocimiento y garantía de los derechos de los ciudadanos europeos, aunque en ámbitos concretos. El impacto del Tratado y de sus normas derivadas en el reconocimiento de la igualdad de género ha sido fundamental, marcando la Comunidad el paso a sus miembros en esta política. Posteriormente, ésta ha contribuido decididamente en la lucha contra otras formas de discriminación, señaladamente por discapacidad, origen étnico y orientación sexual. Lo que ocurre es que las instituciones comunitarias, por su propia naturaleza y competencias, han sido mucho más eficientes en el reconocimiento de derechos vinculados a la movilidad y al mercado, como la no discriminación por naciona-

lidad y los derechos en el mercado de trabajo. En estas mismas tres sentencias, el Tribunal asume el papel de corte de garantías constitucionales, sólo que respecto a una libertad económica, la de prestación de servicios.

Así las cosas, en términos generales puede decirse que este equilibrio, resultado de un reparto de roles, ha funcionado de manera más o menos aceptable durante las últimas décadas. En estos momentos, sin embargo, debemos plantearnos si este equilibrio existe todavía, si los mecanismos disponibles para hacerlo factible continúan siendo válidos, si el conglomerado Unión-Estados miembros puede seguir funcionando de manera acompasada. Porque la aplicación sin límites del Derecho del mercado, que es lo que pretende el TJCE en estos fallos, puede limitar o impedir que los Estados cumplan su papel, protegiendo los derechos sociales de sus ciudadanos.

Dos son los factores que explican este desbarajuste: por un lado, la ampliación de la Unión Europea hacia el Este, que ha supuesto cambios que no son cuantitativos sino cualitativos en Europa. No es sólo que el mercado interior lo formen también nuevos Estados con costes laborales y condiciones sociales mucho más bajos de los de los miembros más antiguos; es que éstos tienen también visiones diferentes sobre el papel del mercado, de la sociedad y del Estado, y estas visiones se están progresivamente imponiendo. Por otro lado, el progreso jurídico del mercado interior, muy avanzado en su establecimiento y garantizado mediante unas normas altamente efectivas. La colaboración entre la Comisión Europea, que diseña esta normativa y vela por su aplicación, y el Tribunal de Justicia, que la aplica, ha producido un Derecho del mercado de gran alcance y efectividad, cuyo desarrollo comienza a interferir en otros sectores del ordenamiento jurídico, en particular en el Derecho del trabajo y de la protección social. A lo que se añade sin duda una postura ideológica muy clara, que empapa a todas las instituciones comunitarias, de ciega confianza en el mercado y de considerar la garantía de éste como su principal y casi exclusiva responsabilidad.

OTROS EFECTOS PERNICIOSOS

Los efectos perniciosos de estas sentencias, desde el punto de vista de la ordenación del mercado y la prevención del *dumping social* son claros. Menos lo son otras posibles consecuencias, a mi juicio igualmente negativas, que esta doctrina puede tener en la práctica. Y es que esta construcción puede tener un

impacto distorsionador asimétrico en el Derecho del trabajo nacional de los Estados miembros, por lo que ahora explicaré.

La Unión Europea, se supone, no entra en la ordenación de la negociación colectiva en el interior de sus miembros —sí lo hace en la de ámbito europeo, con una intervención mucho más intensa de lo que es normal a nivel nacional—. El artículo 137.5 señala que el procedimiento de armonización previsto en este precepto «*no se aplicará a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal*», lo que incluye, entiendo yo, a los procedimientos negociadores. Sin embargo, con estos fallos se está introduciendo un elemento distorsionador que va a forzar a los Estados miembros a alterar sus legislaciones nacionales en este campo. El alcance de la regla del Estado de origen —con las consecuencias que ello supone para los trabajadores del Estado en donde se prestan los servicios— y la eficacia de la Directiva 96/71 van a ser diferentes según el régimen jurídico de los convenios colectivos que rija en cada Estado miembro; y a éstos se les presiona para introducir mecanismos que aseguren la eficacia general del acuerdo, sin la cual sus trabajadores quedan desprotegidos frente a la competencia de países con inferiores costes laborales. Laval y Rüffert interpretan la Directiva de 1997 de tal manera que su regulación va a depender de cómo sea el Derecho colectivo en el Estado en que se aplica; lo que, teniendo en cuenta que es una norma armonizadora destinada a aproximar las legislaciones nacionales y reducir las diferencias entre éstas, no deja de ser paradójico. Lo mismo ocurre con los mecanismos de fijación de los salarios mínimos, críticos para que la Directiva pueda ser aplicada.

Este efecto se produce no sólo respecto de la regulación laboral, sino también de la cultura y tradición sindical. Por poner un ejemplo directamente vinculado con estos casos, el boicot no es frecuente en los sistemas de relaciones laborales mediterráneos, pero es normal en los escandinavos y anglosajones; y lo mismo ocurre con las acciones de solidaridad, comunes en algunos sistemas laborales y desconocidas o prohibidas en otros. ¿Deben los sindicatos de estos últimos países perder un poderoso instrumento de presión, sin compensación alguna? Una menor protección legislativa se compensa en muchos casos con una autotutela colectiva vigorosa; ¿se incrementará la primera para compensar el debilitamiento de la segunda? Las tradiciones sindicales de cada Estado se van a convertir en un factor favorable o desfavorable para la tutela de los trabajadores, ya que la doctrina del TJCE tendrá distinto impacto según su práctica y realidad laboral.

De una manera inesperada y desde luego no querida, la jurisprudencia mercantil de la corte europea puede convertirse en un factor de evolución para el Derecho del Trabajo y las relaciones laborales nacionales. Paradójicamente, puede que fuerce a los Estados a adoptar medidas que a la postre limitarán la libre prestación de servicios —en la lógica simplista del Tribunal—, aprovechando los huecos que la jurisprudencia y la Directiva 96/71 les dejan. Por ejemplo, introduciendo en sus ordenamientos la eficacia general automática del convenio colectivo, imprescindible para la plena aplicación de ésta.

El principal efecto pernicioso, sin embargo, se está produciendo en otro nivel, en el político y social, el de la percepción que se tiene de la Unión entre los ciudadanos y las organizaciones sociales. Y es que estas sentencias han coincidido en el tiempo con otras medidas comunitarias que han sido interpretadas como manifestaciones de un cambio de actitud de las instituciones europeas hacia la vertiente social del proceso de integración. Me limitaré a señalar algunas que, por bien conocidas, no requieren mucho comentario:

- La aprobación de la Directiva relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio; norma ésta que legitima las legislaciones nacionales más duras e inhumanas en cuanto al tratamiento de los inmigrantes ilegales.
- La modificación de la Directiva 203/88, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo; reforma famosa porque ha introducido mecanismos que permiten a los Estados miembros alargar la jornada máxima semanal hasta límites decimonónicos.
- La elaboración y aprobación de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, cuyos efectos liberalizadores fueron limitados tras una amplia movilización social y sindical.

Sumando a aquéllas sentencias y a éstas directivas un incremento de las deslocalizaciones y de las prestaciones transnacionales de servicios, en el contexto de una situación económica deteriorada, el resultado es desolador. Son múltiples las voces que llaman la atención sobre una deriva de la Unión Europea hacia posiciones exclusivamente economicistas, con una prioridad casi obsesiva por el mercado en detrimento de otras variables y consideraciones. Se está alterando el *statu quo* entre lo social y lo económico, y la dinámica «Europa de los mercaderes» vs. «Europa de los ciudadanos» parece defini-

tivamente resuelta, no precisamente a favor de los segundos. Hay un claro distanciamiento respecto de las preocupaciones y prioridades sociales, y un apoyo incondicional al mercado que se traduce en la restricción de las medidas nacionales correctoras de éste. No es difícil entender que muchos ciudadanos europeos no se sientan especialmente cómodos en este nuevo perfil de la Europa ampliada.

El problema es que ahora hay que contar con la ciudadanía, siquiera para hacer posibles las reformas constitucionales que la Unión necesita para poder seguir siendo operativa. Las sucesivas debacles de las reformas de Maastricht —eventualmente solucionadas—, del proyecto de Constitución para Europa y del Tratado de Lisboa —por el momento sin solucionar— demuestran lo peligroso de la deriva mercantilista que aleja a la Unión de las demandas y sensibilidades de sus ciudadanos. También hay que contar con los sindicatos europeos, que hasta el momento han protagonizado la resistencia frente a este cambio de rumbo. La complicidad de éstos con la Comisión y el Parlamento Europeos, que ha permitido avanzar en la construcción de un Derecho Social Comunitario en las dos últimas décadas, corre el peligro de perderse para verse sustituida por una actitud más reivindicativa y enfrentada con exigencias de un lugar claro para los derechos sociales en el proceso de integración europea.

ALGUNAS SOLUCIONES PARA UN PROBLEMA ESTRUCTURAL

Podría pensarse que la situación no es preocupante, que sólo han coincidido de forma coyuntural una serie de actuaciones del legislador y del judicial europeo que han apuntado en una misma dirección de manera más o menos casual. Por el contrario, yo creo que nos enfrentamos a algo más serio, a problemas estructurales que aunque se han manifestado de manera dramática en tiempos recientes han estado presentes desde mucho antes. Expertos de mucho peso lo venían anunciando desde hace décadas²³, y un análisis de las concretas controversias planteadas muestra que se trata de una incompatibilidad profunda de regulaciones sociales y económicas. Una incompatibilidad que a nivel nacional se ha solucionado históricamente con un reparto de espacios para una y otra regulación, pero que en el ámbito comunitario resulta

²³ En la comunidad de los iuslaboralistas era bien conocida la denuncia de G. LYON-CAEN, expresada en su trabajo «L'infiltration du Droit du Travail par le Droit de la Concurrence», *Le Droit Ouvrier*, septiembre, 1992, pg.313 sigts. En nuestra doctrina existen ya valiosas contribuciones de GÓMEZ MUÑOZ, GUAMAN HERNÁNDEZ y MARTÍNEZ FONS.

irresoluble por la primacía del Derecho europeo y por la falta de límites claros a la aplicación del Derecho de la economía. El desequilibrio normativo entre el Derecho económico constitucionalizado en los Tratados y el Derecho social de creación principalmente nacional y sometido al comunitario dificulta aún más esta tarea.

Creo que resulta indispensable avanzar en el reconocimiento de los derechos fundamentales, incluyendo los sociales, en los Tratados constitutivos; lo que no debería ser complicado, teniendo en cuenta que la Unión ha podido finalmente codificarlos en su Carta Comunitaria, por lo que ya sabemos cuáles son y cuál es su contenido. Queda por potenciar su alcance jurídico para ponerlos en pie de igualdad con las libertades económicas comunitarias tradicionales. Así se podría presentar una línea de defensa frente a éstas de un rango al menos igual: el derecho al trabajo, el derecho a la negociación colectiva, el derecho a la protección social tendrían el mismo rango que la libertad de establecimiento o de prestación de servicios, y serían los tribunales los que tendrían que buscar un acomodo y reequilibrio entre unos y otros derechos. En esta ponderación encontrarían su legitimidad aquellas actuaciones de los Estados y de los agentes sociales para mejorar las condiciones económicas y laborales de los trabajadores, hoy sometidas a un estricto escrutinio desde la perspectiva del mercado. Este reconocimiento permitirá limitar el alcance del Derecho europeo de la economía mediante su ponderación con el Derecho social.

Muchos pensamos que es el momento de la acción sindical a nivel europeo, la actuación concertada de las organizaciones de trabajadores europeos para la defensa de sus intereses. Los interlocutores sociales son conscientes, desde hace tiempo, de esta necesidad, y vienen actuando en consecuencia. El Derecho comunitario ha intentado facilitar esta actividad mediante la creación de mecanismos de representación de los trabajadores a nivel europeo — éste es el caso del comité de empresa europeo, e incluso dando carta de naturaleza constitucional a la negociación colectiva europea a partir del Tratado de Ámsterdam. Pero qué duda cabe de que la prevalencia del Derecho del mercado dificulta enormemente esta actuación. Porque ésta supone negociación colectiva y supone huelga; y ni la una y la otra gozan de muchas simpatías por parte del Tribunal de Justicia al ser poco compatibles con la regulación comunitaria del mercado. El reconocimiento y la garantía de los derechos laborales básicos, incluyendo los colectivos, resultan indispensables para permitir este contrapeso al auge de la economía.

Siendo un poco iconoclasta, al menos respecto de la perspectiva comunitaria tradicional, creo que tendremos que plantearnos más temprano que tarde la vigencia del principio de primacía, que como es sabido gobierna la relación entre el Derecho comunitario y el nacional de los Estados miembros. En los términos fijados por el TJCE, el primero se aplica de manera preeminente respecto del segundo en cualquier caso, sea cual sea la norma en conflicto. Lo que puede producir aberraciones como la supremacía de una norma técnica comunitaria sobre un texto constitucional nacional²⁴.

Con la evolución desigual del Derecho europeo, desde la constitución de las Comunidades este principio se ha convertido en un mecanismo no para regular las relaciones entre el Derecho nacional y el comunitario, sino entre el Derecho social, todavía estatal, y el del mercado, principalmente europeo; garantizando, es claro, la preeminencia del segundo. En el siglo XXI ya no es imprescindible para imponer la unificación del mercado y la eficacia de las libertades económicas fundamentales sobre la voluntad restrictiva y proteccionista de los Estados. El mercado está constituido y consolidado, y las medidas que la Corte considera restrictivas de las libertades económicas fundamentales son intervenciones de contenido social, coherentes con el modelo social europeo y amparadas en las respectivas constitucionales —amén de encontrar acomodo en el Derecho internacional de los derechos humanos—. Es esta forma de entender las relaciones en el interior del ordenamiento jurídico la que dificulta a los Estados y a las organizaciones sindicales el ejercicio de sus funciones respectivas, la tutela del bienestar de los ciudadanos, una vez que resulta evidente que la Unión sólo se va a preocupar por el mercado y el crecimiento económico.

De esta manera, la primacía del Derecho europeo debe modularse en función de la materia y en función de la norma en conflicto. No es descabellado mantenerla cuando se trata de la ordenación del mercado; pero tenemos que replanteárnosla en otros ámbitos. Para ello tendremos que distinguir entre el objetivo de una medida nacional y sus efectos. En la visión del TJCE casi todo limita las libertades comunitarias, por lo que la técnica de analizar sus efectos ha dejado ya de ser útil; en las sentencias que hemos visto el centrarse en los efectos nos lleva ineludiblemente al campo del Derecho del mercado, aún siendo medidas claramente sociales. Es el objetivo de la medida el que debe determinar su naturaleza y régimen jurídico; lo que no quiere decir, desde luego, que

²⁴ Conflicto éste más teórico que real, a decir verdad, por lo que se comprueba de la jurisprudencia del TJCE.

no deban ponderarse sus posibles efectos sobre el mercado y las libertades económicas.

No podemos mantener la primacía del Derecho europeo cuando se trata de medidas nacionales con anclaje constitucional, cuando se trata del ejercicio de derechos fundamentales o del desarrollo de políticas públicas para garantizar los derechos sociales. De esto se trata en las tres sentencias, y por eso ninguna es buena.

Por todo esto, la reforma en profundidad que requiere la Unión debe incluir también la reordenación de la jerarquía normativa entre el Derecho comunitario y el nacional. La rebelión contra la preeminencia comunitaria estuvo ya presente cuando la aprobación del Tratado de Maastricht, y todos recordamos las famosas sentencias de los Tribunales Constitucionales francés y alemán. Con esta modulación del principio de primacía se evitarían, también, las flagrantes contradicciones de un Derecho europeo que, por un lado, reconoce la libertad sindical en su Carta de Derechos y en sus remisiones a otros textos internacionales de derechos humanos y, por otro, la limita cuando ésta se roza con la libre prestación de servicios. Hoy más que nunca debemos volver a cuestionar una regla de Derecho creada en otro contexto y con otros fines que hoy se ha convertido en un elemento claramente distorsionante en la dinámica de los sistemas jurídicos europeos.

Siendo todavía más iconoclasta, creo que debemos replantearnos también el papel de la Corte europea; la percepción que de ella tenemos ha cambiado, desde luego en unos años, y basta comparar los estudios entusiastas sobre su papel en la construcción de un Derecho social europeo de hace algunos años con las ácidas críticas que han merecido sus últimos fallos. No nos engañemos: el Tribunal es un organismo comunitario, y lo que hace es interpretar, con un celo y rigor propios de mejores causas, las normas del Derecho europeo. Si se trata de una directiva sobre no discriminación buscará la manera de que sus mandatos sean más efectivos; pero no porque sea especialmente sensible a estas cuestiones. Lo mismo hará con una norma reguladora de la actividad económica, aunque ello suponga laminar normas sociales de los Estados miembros. Es indiscutible, sin embargo, que en su actuación la Corte opera con un amplio espacio de decisión, y que el problema lo es también de sensibilidad y de prioridades, que en estos últimos tiempos parecen estar muy sesgadas. La Corte debe ser más consciente de su papel de Tribunal Constitucional paneuropeo, responsable también de la garantía de los derechos fundamentales y del

modelo social europeo, en detrimento de su celo en la defensa de las libertades económicas y de las reglas del mercado.

No sólo esto. Una de las razones que explican cómo hemos llegado a esto es el propio mecanismo de creación jurisprudencial del Derecho que impera en el sistema jurídico comunitario. Si se analizan con detalle las tres sentencias malditas se observa que ninguna de ellas es especialmente innovadora, sino que en todos los casos se aplican construcciones jurisprudenciales anteriores. Estas construcciones, creadas de manera sensata en supuestos de hecho y momentos históricos diferentes a los que hemos visto, con el tiempo van generando efectos no deseados y soluciones irracionales. Pondré tan sólo algunos ejemplos de este fenómeno: la noción de “medida de efecto equivalente”, que tuvo mucho sentido en su momento para combatir regulaciones estatales restrictivas, por su propia naturaleza tiende a aplicarse de manera sistemática a todos los supuestos, incluyendo medidas de carácter social sin finalidad restrictiva de la competencia o de la libre circulación; de nuevo los potenciales efectos sobre el mercado son los que la califican, con independencia de sus objetivos o de su campo de aplicación. Lo mismo ha ocurrido con otros conceptos fundamentales del Derecho económico europeo: el amplísimo concepto de “ayuda de Estado” diseñado por el TJCE ha ido con el tiempo engullendo a todo tipo de intervenciones, incluyendo políticas nacionales muy consolidadas de fomento del empleo; y la noción espiritual de empresa ha llevado a calificar como tal a entidades prestadoras de servicios públicos del todo alejadas de la lógica del mercado y de la competencia.

El efecto «bola de nieve» de la creación judicial del Derecho se observa en estos casos muy claramente: las soluciones razonables de hace diez o veinte años se convierten en problemas y en barbaridades hoy, en un proceso lento y progresivo del que sólo somos conscientes cuando se llega a un fallo especialmente llamativo. El Derecho judicial encuentra más dificultades para cambiar de dirección que el legislativo; y éste es más adecuado para fijar matices y marcar excepciones. En consecuencia, no es mal momento para sugerir un nuevo reparto de roles entre el poder legislativo y el judicial europeos.

No sería necesaria, quizás, una reforma radical de los Tratados que cambiara el papel del Tribunal de Justicia, sino que probablemente podría pensarse en medidas menos espectaculares. El Tribunal está condicionado por el marco normativo que aplica, por lo que debería alterarse éste para poder esperar una jurisprudencia más aquilatada y ecuánime en cuanto a lo económico y lo social.

Lo que supone una mayor atención a los temas sociales y una menor a los aspectos económicos en los Tratados, y un trasvase de regulaciones entre el Derecho originario y el derivado.

He hablado de reconocer derechos, de regular poderes, de ordenar las fuentes del Derecho. He hablado, en realidad, de una Constitución, que es lo que realmente necesitamos. Si el Derecho europeo ocupa el vértice de la pirámide normativa en los ordenamientos de los Estados miembros, tiene que adaptarse a este papel supraconstitucional garantizando los derechos sociales de los ciudadanos y estableciendo los límites del mercado y de sus regulaciones. No podemos seguir teniendo al Derecho del mercado como regulación prevalente y referencial para todas las políticas públicas y para todos los sectores. No podemos seguir pensando en el mercado como regla y en lo social como excepción. Una Constitución Europea debe reconocer claramente los derechos sociales de los ciudadanos europeos, como base legitimadora para las políticas sociales tanto comunitarias como nacionales; y debe restringir también la atención que presta a las normas sobre el mercado, cuyo lugar natural es el Derecho derivado. De lo contrario nos plantearíamos, nos estamos planteando ya, una verdadera expropiación constitucional, la sustitución de la norma fundante expresiva del contrato social de la nación por otro tipo de regulaciones claramente incapaces para desempeñar este papel.

Al Derecho social europeo se le suele calificar como lleno de claroscuros. El claroscuro como estilo pictórico no está ni bien ni mal; todo depende de la parte del cuadro en que te toque, si en la clara o en la oscura. Los últimos productos del Derecho social comunitario no han hecho sino incrementar nuestra preocupación por el sesgo que va adoptando el proceso de integración europea; proyecto con el que nos identificamos pero en el que encontramos un acomodo cada vez más difícil. Me temo que éste sector del Derecho europeo más que de claroscuros empieza a estar lleno de trampantojos. Un trampantojo es el reconocimiento de los derechos fundamentales; otro, la defensa del modelo social europeo; y cuando nos acercamos a verlos encontramos que en realidad no están. Un progreso económico y del mercado sin mecanismos que los convierten en progreso social hará avanzar a Europa; pero lo que ahí quede, como dice el maestro ROMAGNOLI, no será Europa.