

LA TENDENCIA ANTISOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA* *THE ANTISOCIAL AIM OF EUROPEAN UNION*

Gianni Loy**

RESUMEN: Algunas sentencias recientes del Tribunal de Justicia europeo han establecido que en virtud de la libertad de circulación de servicios y de la libertad de establecimiento, pueden sacrificarse derechos fundamentales de los trabajadores relativos a la libertad sindical y al derecho de los Estados de establecer mínimos de trato para los trabajadores provenientes de otros Estados de la Unión. Una importante doctrina, sobre todo en Italia y España, haciendo referencia a las sentencias, ha expresado la existencia de una inversión de tendencia que reconoce tal suerte de dignidad constitucional a las libertades económicas como para limitar otros derechos y proteger incluso el *dumping* social. En el presente estudio se pretende demostrar cómo ya en el pacto constitutivo de las comunidades europeas, los intereses económicos fueron absolutamente predominantes, y cómo las sucesivas aperturas hacia la materia social, introducidas al menos a partir de la mitad de los años setenta, fueron más aparentes que reales, sin llegar nunca a mellar aquella filosofía de fondo.

Palabras clave: trabajo, Unión Europea, derechos fundamentales, libertades económicas.

ABSTRACT: *Recent European Court of Justice case law have ascertained that fundamental worker's right to strike or the right of Member States to establish minimum terms and conditions of employment applicable to all workers coming from other Member States, can be sacrificed in the name of the freedom of movement of services and of freedom of establishment. Well known Italian and Spanish scholars have made comments on this case law described as a turnabout, a kind of Copernican revolution, recognizing to economic freedom a constitutional dignity, as such capable of limiting other fundamental rights and finally protecting social dumping. In this essay, through a precise reconstruction of the different phases of the birth and growth of European Union, we would like to argue that economic interest were absolutely prevailing since the first European Communities constitutive agreement, and the following openings to the social dimension, from the mid seventies, were more apparent than real and they have not really touched the philosophy of the beginnings.*

Keywords: *work, European Union, fundamental rights, economic freedom.*

* Artículo recibido el 11 de febrero de 2010 y aceptado para su publicación el 27 de septiembre de 2010.

** Università dei Cagliari, Italia.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Esperábamos a los “Reyes Magos” y llegaron Viking, Laval y Rüffert*. III. *Emerge, sin más florituras, la filosofía de la Unión Europea*. IV. *La “estrella polar” de la Unión Europea*. V. *Las señales premonitorias en el origen del derecho de trabajo*. VI. *El pecado original del Tratado de Roma*. VII. *Los falsos profetas*. VIII. *Derecho y economía: ¿un contacto impuro?* IX. *Las otras señales premonitorias. La teoría de la flexiseguridad y la directiva Bolkestein*. X. *¿Dónde está escondido el titiritero?* XI. *La irremediable diferencia entre el derecho de trabajo de algunas tradiciones constitucionales de los Estados de la Unión y el derecho de trabajar, reconocido por la Carta de Niza*. XII. *¿Y si hubiese pasado en España?* XIII. *¿Volverá el Mesías?*

I. INTRODUCCIÓN

Desde el 1o. de diciembre de 2009, después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Unión Europea se ha ampliado a 27 Estados, y se ha dotado de nuevas reglas en materia de funcionamiento y de reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros.

El organismo, que nació en Roma en el lejano 1957 con el nombre de Comunidad Europea, por voluntad de seis Estados (Italia, Francia, Alemania, Bélgica, Holanda y Luxemburgo), tenía como finalidad principal la creación de un libre espacio económico con la superación de los límites sobre la circulación de las personas y de las mercancías. Con el pasar del tiempo han crecido progresivamente el número de Estados y las competencias atribuidas a los órganos de la Unión Europea con la inclusión, entre otras, de competencias en materia social y laboral. La inclusión de tales competencias siempre ha sido controvertida por el impacto que determina en cada Estado, caracterizados por sistemas sociales heterogéneos.

El último proceso extensivo se ha interrumpido a causa del éxito negativo de los referéndums desarrollados en Francia e Irlanda, así como porque algunos Estados no se han pronunciado al respecto. Gracias a algunas modificaciones del proyecto original, y a una paciente y difícil mediación, el Tratado se ha aprobado, incluso por aquellos Estados que en un primer momento lo habían rechazado o

no habían manifestado nada al respecto, y, finalmente, ha entrado en vigor.

Entre los órganos de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia ha asumido un papel cada vez más importante. El Tribunal está compuesto por un juez que representa a cada uno de los Estados miembros, pero normalmente funciona con una composición reducida (3, 5 o, a veces, 13 jueces). Entre sus competencias destaca el “procedimiento prejudicial” que tiene la finalidad de hacer que las normas de la Unión Europea sean interpretadas correctamente por parte de las legislaciones nacionales. Cuando un juez nacional tenga alguna duda sobre la aplicabilidad o interpretación de una norma comunitaria, en relación con el caso que está juzgando, puede (a veces debe) someter la cuestión al Tribunal de Justicia europeo que tendrá que pronunciarse sobre el mérito.

El Tribunal de Justicia ha interpretado su función de manera extensiva, hasta crear una verdadera y propia jurisprudencia “europea”, sobre la base de los principios, incluso en materia de derechos fundamentales. Algunas sentencias recientes han sugerido una reflexión retrospectiva sobre la evolución de la Unión Europea a la luz y desde la perspectiva del nuevo camino que se ha abierto con la extensión a nuevos Estados, con frecuencia portadores de una tradición social y jurídica diferentes.

II. ESPERÁBAMOS A LOS “REYES MAGOS”, Y LLEGARON *VIKING*, LAVAL Y RÜFFERT

Estábamos esperando a los “Reyes Magos”. Han llegado, pocas semanas antes de Navidad, el 11 de diciembre de 2007, la *Viking*, primera de una serie de sentencias del Tribunal de Justicia europeo que han creado desconcierto entre los iuslaboralistas de toda Europa, por el hecho de ver sacrificados los derechos fundamentales sobre el altar de la libertad de empresa. De frente a la intención de una empresa, que gestionaba un buque bajo pabellón finlandés, de inscribirse en el registro naval de otro país de la Unión, Estonia, con la finalidad de reducir el coste de trabajo, el sindicato había reaccionado con una serie de iniciativas hasta la proclamación de la huelga para impedir

el cambio de pabellón o, al menos, garantizar que a la tripulación se le siguiera aplicando el convenio colectivo y los acuerdos conforme a la normativa finlandesa. El Tribunal de Justicia, refiriéndose al artículo 43 del Tratado, aun reconociendo que, en línea de principio, “no está excluida del ámbito de aplicación de este artículo una medida de conflicto colectivo emprendida por un sindicato o una agrupación de sindicatos contra una empresa privada con el fin de conseguir que ésta celebre un convenio colectivo cuyo contenido puede disuadirla del ejercicio de la libertad de establecimiento”,¹ puesto que el artículo 43 “puede conferir derechos a una empresa privada que ésta puede oponer a un sindicato o a una asociación de sindicatos”,² no pueden justificarse las medidas de conflicto colectivo, si éstas producen como resultado impedir que los armadores matriculen sus buques en un Estado distinto del Estado del que son nacionales los propietarios efectivos de esos buques, en cuanto esto significaría una restricción a la libertad de establecimiento.³

La segunda de las sentencias, que ha llegado algunos días después, el 18 de diciembre, se refiere a una empresa letona, la Laval, que ha desplazado en Suecia a un grupo de trabajadores para la construcción de una escuela, sin aplicarles el tratamiento retributivo previsto por el convenio colectivo aplicable en Suecia. El Tribunal de Justicia, en este caso, se inspira en la Directiva 96/71 sobre el desplazamiento de trabajadores, ofreciendo una interpretación particularmente restrictiva del apartado 7 del artículo 3. Según el Tribunal, dicha directiva “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”. Puesto que la libre prestación de servicios constituye un principio fundamental de la Comunidad Europea, “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 ade-

¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia *Viking* (gran sala) 11-1-2007. Asunto C-438/05, párr. 1 de las conclusiones.

² *Ibidem*, párr. 2 de las conclusiones.

³ *Ibidem*, párr. 88.

cuada para garantizar la realización del objetivo perseguido y no ir más allá de lo necesario para lograrlo”.⁴ El interés de la empresa para poder beneficiarse de condiciones laborales más convenientes, en definitiva, prevalece sobre el derecho de las asociaciones sindicales para reclamar un tratamiento mejor para los trabajadores.

Pocos meses después, en abril de 2008, ha llegado la sentencia Ruffert. Un *Land* alemán había incluido, entre las condiciones para la adjudicación de un contrato de obras de estructura para la construcción de un establecimiento penitenciario, la cláusula por la cual la empresa adjudicataria se comprometía a observar los convenios colectivos y a pagar a los trabajadores empleados en la obra, un salario no inferior al mínimo establecido por el vigente convenio colectivo aplicable en el lugar de ejecución. La empresa adjudicataria recurrió a los servicios de una empresa polaca como subcontratante, y ésta no respetó la cláusula mencionada, pues pagó a sus dependientes un salario inferior, menos del 50% del mínimo contractual. Como consecuencia, el *Land* resolvió el contrato por incumplimiento. La sentencia del Tribunal de Justicia europeo, en este caso, no hace referencia expresa a los derechos fundamentales de huelga y negociación colectiva. Sin embargo, la sentencia es aún más significativa que las anteriores por el modo expreso en que representa el principio que se violaría mediante la imposición de una cláusula dirigida a garantizar un tratamiento mínimo para los trabajadores. Dicha obligación, según el Tribunal, “redunda en la pérdida por dichas empresas de la ventaja competitiva que se deriva a su favor de los costes salariales más bajos. Por lo 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”.⁵ El juez, de esta forma, eleva a la categoría de principio y exalta el derecho a la competencia desleal. “El *dumping* social, la búsqueda de ventajas competitivas mediante el abaratamiento de costes, beneficiándose de las libertades comunitarias, es legítimo; forma parte

⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia Laval (gran sala) 18-12-2007. Asunto C-341/05, párr. 101.

⁵ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia Ruffert (sala segunda) 3-4-2008. Asunto C-346/06, párr. 14.

del núcleo del derecho a la libre circulación para los operadores económicos”⁶.

La última sentencia ha llegado el 19 de junio de 2009. El caso concreto es diferente al de las otras sentencias, pero trata la misma materia y hace referencia a la misma normativa. El Gran Ducado de Luxemburgo, al adoptar en su ordenamiento interno la Directiva 96/71 sobre el Desplazamiento de Trabajadores, ha introducido una serie de normas imperativas que todas las empresas que desplazan trabajadores a su territorio deben respetar. En concreto, la ley luxemburguesa ha incluido en el ámbito del orden público nacional una amplia gama de normas de fuente legal, administrativa o derivante de convenios colectivos de aplicación general. Para ello, el Gran Ducado de Luxemburgo se ha avalado de la cláusula establecida por el artículo 3.10, conforme la cual:

La presente directiva no impedirá que los Estados miembros, de conformidad con las disposiciones del Tratado, impongan a las empresas nacionales y a las empresas de otros Estados, por igual... condiciones de trabajo y empleo referidas a materias distintas de las enumeradas en el párrafo primero del apartado 1, en la medida en que se trate de disposiciones de orden público.

Sin embargo, el Tribunal ha entendido que la noción de orden público debe interpretarse en un sentido restrictivo, y que su ámbito no puede establecerse unilateralmente por los Estados. En definitiva, el juez europeo ha condenado al Gran Ducado de Luxemburgo, tanto por la violación de la Directiva 96/71, en cuanto los Estados pueden imponer a las empresas extranjeras que operan en el propio territorio exclusivamente las condiciones de trabajo indicadas por el artículo 3.1 de la Directiva 96/71, como por la violación del artículo 49 del Tratado. En concreto, el Tribunal ha censurado la norma con la cual el Gran Ducado de Luxemburgo ha impuesto a las empresas extranjeras indicar un mandatario *ad hoc*, residente en Luxemburgo,

⁶ Rodríguez-Piñero Royo, Miguel, “Libertades económicas y derechos sociales en la Unión Europea”, XX Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, www.aedtss.com/Comunicaciones, ponencia, p. 104.

para poder verificar el cumplimiento de las obligaciones en relación con los trabajadores desplazados en el territorio del Estado.⁷

III. EMERGE, SIN MÁS FLORITURAS, LA FILOSOFÍA DE LA UNIÓN EUROPEA

Las sentencias mencionadas tocan asuntos particulares. A veces sólo se comprenden teniendo en cuenta las normas que, en sistemas diversos, regulan la eficacia del convenio colectivo. No se refieren a materias idénticas: el caso *Viking*, en efecto, se refiere a la libertad de establecimiento, mientras los otros casos hacen referencia, más bien, a la libre circulación de los servicios, y se centran en la temática relativa a la correcta aplicación de la Directiva 96/71 sobre el desplazamiento de empresa, visto desde la perspectiva de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios. Todas ellas, en efecto, buscan circunscribir, sobre la base del Tratado y de la Directiva 96/71 sobre el Desplazamiento de Trabajadores en el marco de una prestación de servicios, las posibles restricciones a dichas libertades. En definitiva, se trata de un único proceso que se ha concentrado en un reducido lapso de tiempo. Las sentencias, en efecto, como se ha subrayado oportunamente, presentan los “mismos argumentos... un mismo lenguaje... una misma ideología... una misma técnica básica”.⁸ Se trata de un lenguaje y de una técnica que son incompatibles con los sistemas constitucionales del sur de Europa. La Constitución italiana, por ejemplo, impide de la forma más absoluta que la libertad de empresa, reconocida por su artículo 41, pueda sofocar la libertad sindical y el derecho de huelga. Este derecho, que se configura como derecho al conflicto, encuentra algunas limitaciones, en algunos casos incluso como homenaje a la libertad de empresa. Pero en ningún caso referida a la libertad económica entendida como “libertad de tener ganancias” (tanto menos si se ejerce mediante formas de *dumping* social), sino sólo en cuanto la huelga no puede reali-

⁷ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia Gran Ducado de Luxemburgo (sala primera) 19-6-2008. Asunto C-319/2008.

⁸ Rodríguez-Piñero Royo, Miguel, *op. cit.*, p. 91.

zarse con modalidades que “perjudiquen, en una determinada y efectiva situación económica general y particular, irreparablemente la productividad —diremos mejor la capacidad productiva— de la empresa, es decir la posibilidad del empresario de (continuar) desarrollar su iniciativa económica”.⁹ La misma Constitución italiana, por otro lado, justo después de anunciar la libertad de iniciativa económica, establece unos límites, coesenciales, a dicha libertad, que “no puede desarrollarse en contraste con la utilidad social ni ocasionar un perjuicio a la seguridad, a la libertad, a la dignidad humana”.¹⁰

Entre los elementos comunes de las sentencias mencionadas, también hay que señalar la afirmación de la supremacía del derecho comunitario respecto del derecho nacional. Por un lado, no se niega el derecho de los trabajadores a organizarse y a emprender acciones que tutelen sus propios intereses, pero si estas acciones, de cualquier forma, asumen (o se considera que asuman) un carácter proteccionista a favor del mercado nacional, serían ilegítimas. A partir de tal principio, el Tribunal de Justicia se apropia del derecho de valorar cuándo la medida adoptada dentro de un Estado comporte una violación de la libertad de establecimiento o de la libre prestación de servicios y, sobre la base de dicha valoración, establece si hay que aplicar la legislación del Estado de origen o aquella del Estado donde se realiza efectivamente la actividad económica. Los Estados miembros, de tal forma, sufren una clara reducción de sus poderes en materia de condiciones laborales, por tanto, su competencia será subsidiaria.¹¹ Por otro lado, esto determina una creciente incertidumbre, puesto que la legitimidad de los actos tenidos en consideración depende de la idoneidad de las medidas emprendidas en el ámbito de los Estados de la Unión (dirigidas) a obstaculizar o hacer menos interesantes las prestaciones transnacionales de servicios. Todas estas sentencias consideran suficiente un aumento de costes o de procedimiento (respecto de la legislación del país de origen) para poder calificar las iniciativas o las medidas adoptadas como contrarias a la libertad de establecimiento o de prestación.

⁹ Corte di Cassazione, 30 de enero de 1980, núm. 711.

¹⁰ Constitución italiana, art. 41.2.

¹¹ Rodríguez-Piñero Royo, Miguel, *op. cit.*, p. 108.

IV. LA “ESTRELLA POLAR” DE LA UNIÓN EUROPEA

Estas sentencias, por otro lado, también representan el papel torasol de otra realidad, de una realidad que está y siempre ha estado bajo nuestros ojos, pero que no siempre hemos visto o no hemos querido ver. La Unión Europea que, al final de laboriosas mediaciones y gracias a audaces equilibrios se dispone a reemprender su camino, tiene por lo menos un punto de referencia claro y cierto que representa su “estrella polar”: el mercado común, el derribo de las barreras, la libertad de circulación. El mercado es la divinidad adorada por los primeros adeptos de la “pequeña” Europa que nació en 1957, con el Tratado de Roma. La sucesiva evolución ha transformado parcialmente a la institución, la ha dotado de amplios poderes; nuevos programas y derechos han salido a la luz. Sin embargo, aquella inspiración originaria ha provocado —como veremos más adelante— que entre los derechos reconocidos, y ahora ya sabiamente manejados por el Tribunal de Justicia, se haya definido una precisa jerarquía. La mayoría de las Constituciones europeas no prevén una clasificación de los derechos fundamentales. En Italia, el deber de modular los derechos constitucionales, incluso en relación con las concretas circunstancias históricas, atañe al Tribunal Constitucional. Una clasificación existe en Alemania, y también en España, donde se prevén tres categorías de derechos: los derechos y deberes fundamentales, los derechos y deberes de los ciudadanos, y los principios informadores de la política social y económica. Sin embargo, en ningún caso y en ninguna de estas Constituciones creo que el interés económico, el derecho del mercado, prevalezca sobre los derechos de la persona o de los grupos. Es posible, o más bien normal, que puedan surgir conflictos entre los derechos fundamentales. “A nivel nacional existen mecanismos para solucionar este conflicto que en el europeo todavía no se han encontrado”.¹² Conforme a estas sentencias, en realidad, parece que el Tribunal de Justicia más que buscar mecanismos para resolver el conflicto, ya ha individualizado la solución, es decir, que ya ha resuelto dicho conflicto a favor de los derechos del

¹² *Ibidem*, p. 122.

mercado, de la libre concurrencia, de la libre prestación de servicios, en perjuicio de los derechos sociales, del derecho de trabajo. No se trata de un principio que sea necesario recabar del contexto de los pronunciamientos, ya que prácticamente es explícito, incluso brutal, allá donde se afirma que:

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 redundan en la pérdida, por dichas empresas, de la ventaja competitiva que se deriva a su favor de los costes salariales más bajos.¹³

Las libertades económicas, en otros términos, se impulsan hasta reconocer dignidad “constitucional” e incluso proteger el *dumping* social.

Más que de un equilibrio incongruente, en otros términos se trata del reconocimiento de una verdadera jerarquía entre los derechos, jerarquía desconocida, si no invertida, que el Tribunal de Justicia se apropia, pero que, en realidad, ya está presente en el campo legislativo. La idea de que los derechos sociales, que el derecho de trabajo, constituya un obstáculo para el libre mercado, también es evidente en algunas directivas, sin contar que sólo una fuerte movilización social ha impedido que algunas de éstas, como la Bolkestein, fuesen aprobadas con contenidos aún más explícitamente limitativos de los derechos de los trabajadores. Por lo demás, hay que tener en cuenta que el asombro y la reacción crítica, en relación con la línea interpretativa que las sentencias objeto de estudio han enfatizado y provocado, ha sido por la mayor parte de los laboristas. Gran parte de otros comentaristas, sobre todo de los no juristas, no parece para nada sorprendida, si acaso se maravillan del hecho de que, entre nosotros, estas sentencias hayan provocado escándalo, mientras que ellos las encuentran en sintonía y consecuencia de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo.

Es útil recordar que el Tribunal de Justicia, años antes, ya había decidido sobre un caso parecido con una sentencia, la Rush Portugue-

¹³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia Ruffert... *cit.*, párr 14.

sa, que había provocado un gran debate.¹⁴ Una empresa portuguesa (a Portugal no se le aplicaba la normativa de la libre circulación de los trabajadores por efecto de la normativa transitoria sobre su adhesión a la Unión) había desplazado temporalmente a Francia a algunos de sus trabajadores después de la adjudicación de un contrato con una empresa francesa para la construcción de un ferrocarril. El Estado francés pretendía la aplicación de la propia legislación en materia de tratamiento de los trabajadores provenientes de terceros países, pero el Tribunal de Justicia había negado la posibilidad de que el Estado francés pudiese aplicar condiciones más restrictivas a dichos trabajadores, como la posesión de los requisitos sobre contratación en el lugar o una obligación de permiso de trabajo.¹⁵ Sin embargo, en aquel caso ha sido el Tribunal quien ha circunscrito los efectos de la sentencia, precisando que los trabajadores portugueses no entran de ninguna forma en competencia con aquellos del Estado miembro hospedante. Aquellos realizan la prestación y entran en el país “sin acceder nunca en el mercado de trabajo del Estado miembro hospedante”.¹⁶ No ha habido ninguna revolución copernicana, en definitiva,¹⁷ es absolutamente verdad. Sin embargo, no se puede negar que el ver “constitucionalizado” a nivel comunitario el derecho al *dumping* social, una suerte de derecho a la competencia desleal, provoca un cierto efecto. El impacto de la sentencia Rush Portuguesa era diferente, como se ha visto, tanto que la doctrina consideraba que contuviese el principio por el cual “la competencia entre empresas, en el marco de una prestación comunitaria de servicios, no debe necesariamente suponer, dentro de los singulares mercados nacionales laborales, la aceptación de efectos de *dumping* social”.¹⁸

Una revolución copernicana, si acaso, sería necesaria en lo que se refiere a nosotros los iuslaboralistas. Durante tanto tiempo, quién más y quién menos, nos hemos ilusionado, o hemos querido creer, que el derecho de trabajo, los derechos de los trabajadores y de los grupos,

¹⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia Rush Portuguesa (Sala sexta) 27-3-1990. Asunto C-113/89.

¹⁵ *Ibidem*, párr. 11.

¹⁶ *Ibidem*, párr. 15.

¹⁷ Como afirma Rodríguez-Piñero Royo, Miguel, *op. cit.*, p. 91.

¹⁸ Roccella, Massimo, *La Corte di Giustizia ed il diritto al lavoro*, Turín, Giappichelli, 1997, p. 30.

pudiesen constituir un punto de referencia central, un patrimonio de derechos fundamentales respecto de los cuales otros intereses, a partir de aquellos económicos, habrían tenido que hacer cuentas. Estas sentencias nos llevan bruscamente a la realidad. Tenemos que tomar acoto de no ser otra cosa que un pequeño satélite que gira en la órbita de un sistema fundado sobre otros intereses. Un satélite, sobre todo, que da fastidio a quien considera que nuestro interés por tutelar la parte débil de la relación laboral pueda obstaculizar el armónico girar de los planetas, funcional al interés de la economía.

V. LAS SEÑALES PREMONITORIAS EN EL ORIGEN DEL DERECHO DE TRABAJO

El debate que se ha abierto al día siguiente de la publicación de estas sentencias nos lleva a una reflexión sobre los orígenes de nuestra materia. El moderno derecho de trabajo ha nacido bajo el impulso de movimientos sociales, políticos, religiosos, para frenar los efectos perversos de una economía que, dejada a sí misma, provocaba condiciones de fuerte explotación para los trabajadores. La primera legislación social ha desarrollado una “función integradora, de reequilibrio de la situación de desigualdad de hecho”¹⁹ y el derecho de trabajo se ha impuesto como instrumento dirigido a contrastar la pretensión de absoluta libertad de empresa según el principio del *laissez-faire, laissez-passer*. En el DNA del derecho de trabajo no aparece la finalidad de contrastar las reglas del mercado en cuanto tales, pero intenta “contener dentro de los límites tolerables las patologías más preocupantes de la economía de mercado”.²⁰ En definitiva, siempre ha existido una cerrada dialéctica entre una disciplina, la economía, que pretende gobernar el mercado sin límites, y otra, el derecho de trabajo, que se propone establecer límites a tal absoluta libertad mediante la imposición de reglas que tutelen los derechos, fundamenta-

¹⁹ Ichino, Pietro, “Entrevista a Luigi Mengoni”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, parte I, 1992, pp. 109 y ss. Ahora en Ichino, Pietro, *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana. Teorie e vicende dei giuslavoristi dalla liberazione al nuovo secolo*, Milán, Giuffrè, 2008, p. 422.

²⁰ Rossi, Guido, *Il conflitto epidemico*, Milán, Adelphi, 2003, p. 115.

les y no, de los trabajadores. A lo largo de la historia, tal y como sucede en la actualidad, se ha llegado a un equilibrio, a un confín móvil que indica los límites que se pueden poner, en nombre de la utilidad social, al libre mercado. Confín que, obviamente, puede resultar menos satisfactorio, según las diversas perspectivas.

En los orígenes, la contraposición era tajante: en nombre de la libertad de mercado se postulaba un absoluto deber de abstención por parte del Estado en la economía. Como recuerda Le Goff, se demonizaba al sistema de la seguridad social y se reivindicaba el derecho incondicionado del mercado de establecer el precio del trabajo, sobre la base del postulado por el cual “la intervención del Estado en el juego económico es fundamentalmente contra-naturaleza y, como consecuencia, intrínsecamente peligrosa, postulado proveniente de una tolerancia impuesta por las circunstancias: puede, sin embargo, intervenir en el margen, pero sólo y estrictamente en el margen”.²¹

En definitiva, es claro que siempre ha existido una suerte de irreducibilidad entre intereses contrapuestos, el de quien querría operar en el mercado sin algún freno, y el de quien, en nombre de la tutela de derechos de las personas, pretende que dicha libertad venga limitada. También es claro que, históricamente, diferentes ideologías han proyectado, y siguen proyectando, diferentes visiones. Aquello que no puede ponerse en discusión es que el derecho de trabajo, desde el momento de su nacimiento, se ha inspirado en valores y principios no comunes, más bien antagonistas, respecto de la “leyes del mercado”. Derecho de trabajo y mercado, en definitiva, se disputan un territorio. Históricamente, dentro de los Estados nacionales, ha prevalecido, con algunas diferencias, unas veces uno y otras veces el otro. Se pueden observar reformas y contrarreformas, avances y retrocesos. Las recientes orientaciones del Tribunal de Justicia europeo marcan, en el espacio europeo, como sucede cada vez más en los últimos tiempos, otro movimiento de aquellos confines a favor de la libertad de mercado, y en perjuicio de los derechos de los trabajadores.

²¹ Le Goff, Jacques, *Du silence a la parole. Droit du travail. Societé. État, 1830-1985*, Quimper, Calligrammes-La Digitale, 1985, pp. 48 y 49.

VI. EL PECADO ORIGINAL DEL TRATADO DE ROMA

El principio de la primacía de las pretensiones del mercado, por otro lado, había encontrado una simple consagración del Tratado de Roma que instituía la Comunidad Europea. La Comunidad ha nacido con la explícita intención de promover un gran mercado europeo basado en la competencia. El interés del mercado, en otros términos, ha sido desde el principio preferente respecto de los intereses de carácter social. El reclamo a tales intereses, a veces, es evidente. En el artículo 117 del Tratado, por ejemplo, se lee que “los Estados miembros convienen sobre la necesidad de promover mejoras de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso”. Pero no se prevén instrumentos expresamente dirigidos a la mejora de las condiciones de vida. Tal progreso, según la filosofía contenida en el programa, debería producirse espontáneamente como natural consecuencia del progreso económico. Las pocas normas que, de algún modo, poseen un contenido social, como la libre circulación o la formación profesional, son funcionales para el alcance de la finalidad económica. Son instrumentales respecto del objetivo de abrir los mercados y promover la libre competencia. No se trata sólo de una “frigidéz social” de Europa.²² Se trata del hecho de que la naciente Europa no refleja el equilibrio alcanzado en los sistemas constitucionales de los primeros países adherentes, construidos alrededor de los derechos fundamentales de la persona y, algunas veces, al menos en Italia, preocupados por no dejar rienda suelta al mercado. Según el artículo 41.3 de la Constitución italiana, en efecto, “la ley determina los programas y los controles oportunos para que la actividad pública y privada puedan dirigirse y coordinarse con los fines sociales”.

Con el Tratado de Roma, por consiguiente, nace el derecho del mercado europeo, pero no nace, no todavía, el derecho de trabajo europeo. Todo esto se explica si se tiene en cuenta el hecho de que “la Comunidad no fue instituida para ser un organismo democrático,

²² Mancini, Giuseppe Federico, “Principi fondamentali di diritto del lavoro nell’ordinamento delle Comunità Europee”, en varios autores, *Il lavoro nel diritto comunitario e l’ordinamento italiano*, Padua, Cedam, 1988, p. 26.

sino para perseguir finalidades de carácter esencialmente económico con instrumentos indiferenciados con las exigencias de la democracia europea”.²³ Por lo tanto, Europa, al menos desde nuestro punto de vista, nace con un pecado original, aquel de la “sumisión de la dimensión social en relación con aquella económica”.²⁴ Algunos de los objetivos contenidos en el Tratado de Roma, que parecería que tienen un contenido social, como aquel del “igualamiento en el progreso”, en cuanto privados de instrumentos de actuación, pueden considerarse, al máximo, como aspiraciones.

VII. LOS FALSOS PROFETAS

Con el inicio del Primer Programa de Acción en Materia Social, 1974 parece indicar la fecha en la que nace el derecho de trabajo europeo. Los objetivos sociales han sido introducidos sucesiva y gradualmente en los tratados, sobre todo, durante la presidencia de Jacques Delors, y han sido dotados, incluso con la fuerte oposición de Gran Bretaña que, por algunos años, no suscribe los acuerdos contenidos en materia social, por diversas directivas.

El programa contenido en los primeros documentos es altisonante, pese a que a algunos de los comentaristas no escapa el hecho de que este programa esté a su vez estrechamente ligado con el objetivo de realizar una unión económica y monetaria.²⁵ Aquel programa, en cualquier caso, se refiere a un amplio espectro de las políticas sociales que pueden reagruparse en los tres objetivos prioritarios: a) la realización del “pleno y mejor empleo” en la Comunidad; b) la mejora de las condiciones de vida y de trabajo; c) la participación creciente de las partes sociales en las decisiones económicas y sociales de la Comunidad. El programa, por otro lado, también subraya el hecho de que la expansión económica, que sigue constituyendo el eje central de la Comunidad, deberá traducirse en una mejora de la cualidad y del nivel de vida. El programa podría aparecer como una inversión de las hi-

²³ Ichino, Pietro, “Entrevista a Federico Mancini”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1993, pp. 145 y ss. Ahora en Ichino, Pietro, *Il diritto del lavoro...*, cit., pp. 506 y 509.

²⁴ Tosi, Paolo y Lunardon, Fiorella, *Introduzione al diritto del lavoro*, t. 2: *L'ordinamento europeo*, Bari, Laterza, 2000, p. 4.

²⁵ Roccella, Massimo, *op. cit.*, p. 10.

pótesis originarias del Tratado,²⁶ pero no es así, visto que está confirmada la visión según la cual es siempre el progreso económico lo que determina una mejora de las condiciones de vida y produce efectos positivos a nivel social. El cambio de dirección ocurre cuando se comienzan a adoptar políticas adecuadas en materia social, relativas a la paridad retributiva entre hombre y mujer, a las condiciones de trabajo, en materia de despidos colectivos, etcétera.

Parece nacer, como se ha dicho, el derecho de trabajo europeo. Pero aquello que nace, en realidad, es otra cosa respecto del derecho de trabajo, así como fue concebido en muchos de los Estados miembros. Salvo pocas excepciones, en efecto, este naciente derecho de trabajo europeo se caracteriza por la “ausencia de trazos específicos de la disciplina de la relación laboral, en relación de sus tres clásicas articulaciones: instauración (contratación), ejecución (desarrollo) y cese”.²⁷ Gran parte de las acciones que suceden bajo la denominación de lo social —bien visto— son ajenas al núcleo central del derecho de trabajo.

El derecho de trabajo conocido hasta aquellos años en Italia, y no sólo, se caracterizaba por una fuerte autonomía respecto de la economía. Este desarrolla explícitamente una función de control de las dinámicas de la economía en función de la tutela de derecho e intereses externos a ella. Impide, en otros términos, que el funcionamiento de la economía, según las leyes de mercado, pueda perjudicar intereses, considerados preferentes, de los trabajadores. El Estatuto de los Trabajadores de 1970, en Italia, comprime y regula la libertad de organización de la empresa, haciendo prevalecer los derechos individuales y colectivos de los trabajadores respecto del interés del empresario. El fundamento de esta elección se recoge en la misma Constitución que, por un lado, establece límites a la autonomía contractual en algunas materias fundamentales, como la retribución y el horario de trabajo, y, por otro lado, reconoce un amplio derecho al conflicto, cuyo símbolo es el reconocimiento del derecho de huelga, que también constituye un límite a la libertad de empresa.

²⁶ *Ibidem*, p. 11.

²⁷ Tosi, Paolo y Lunardon, Fiorella, *op. cit.*, p. 6.

El derecho de trabajo europeo, en cambio, “es súbdito de las exigencias económicas, en cuanto mira en *primis* a crear un contexto general liberista, el único capaz de garantizar las condiciones para un correcto funcionamiento del mercado común”.²⁸

Gracias a los pronunciamientos del Tribunal de Justicia europeo, es necesario reconocerlo, también han comenzado a asomarse en el espacio europeo los derechos fundamentales de los ciudadanos que, por un largo periodo, habían sido ignorados. Sin embargo, el reconocimiento de los derechos fundamentales aparece como una suerte de efecto colateral, respecto del objetivo principal, la reafirmación de la primacía del derecho de la libre competencia. Detrás de la mayor parte de las normas europeas, en efecto, más que el interés por la cualidad del trabajo y por el respeto de la dignidad de los trabajadores, “preferentemente está la voluntad de impedir distorsiones en la competencia”. Es incluso triste, para quien debe traducir los propios conocimientos cuando enseña, explicar que el principio de paridad no fue generalizado como signo de reconocimiento de la igual dignidad entre trabajadores y trabajadoras, sino para impedir, conforme la lógica de la competencia “que fueran penalizados los países que a tal principio se atienen, con indebida ventaja para aquellos que, en cambio, consienten la remuneración más baja para las mujeres”.²⁹ Un principio para tutelar la competencia, comenta Mancini con todo el optimismo posible, ha terminado por asumir un valor autónomo y haber producido efectos positivos; se ha tratado, en definitiva, de un buen ejemplo de “heterogénesis de los fines”. La doctrina más atenta daba cuenta del hecho de que el derecho de la competencia constituía, a veces, la ganzúa para el reconocimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores, y apreciaba el hecho de que, aun por vía indirecta, viniesen reconocidos aquellos derechos fundamentales. En definitiva, se habría tratado de “relaciones fecundas”.³⁰

Por lo demás, las expectativas eran genuinas y la idea de que el recorrido de construcción de la Unión Europea pudiese cambiar ruta, al menos parcialmente, era ampliamente justificado por el acontecer de los sucesos y de los compromisos asumidos en dirección de una

²⁸ *Ibidem*, p. 7.

²⁹ Ichino, Pietro, “Entrevista a Federico...”, *cit.*, p. 510.

³⁰ Roccella, Massimo, *op. cit.*, p. 14.

cada vez más intensa intervención en campo social. Las citas que han ocurrido en los años sucesivos, Maastricht, Acta Única, Lisboa, Carta de Niza, etcétera, han renovado las expectativas, pese a que, como demuestran las sentencias de las que hemos partido, la idea de una autonomía de los derechos de los trabajadores respecto de aquellos de la empresa, al menos en el sentido de hacer necesario un honesto equilibrio, no se ha realizado. El derecho de la empresa continúa colocarse sobre un plano superior.

Aquellos que han anunciado un efectivo cambio han sido falsos profetas. El virus inyectado en el tejido jurídico de la Unión, desde su nacimiento, ha seguido contagiando a las instituciones europeas. El pecado original no ha sido cancelado. Es probable que las expectativas hayan sido excesivas. La verdad, como ha recordado un jurista que ha sido juez del Tribunal de Justicia europeo, es que “el relieve del derecho de trabajo en el ordenamiento comunitario es modesto: los trabajadores subordinados constituyen más o menos el 10% de nuestros ‘clientes’; más importante, no sólo cuantitativamente, sino también por la cualidad de los problemas que llevan al conocimiento del Tribunal, son otros sujetos económicos y sociales”.³¹

VIII. DERECHO Y ECONOMÍA: ¿UN CONTACTO IMPURO?

En los años sucesivos, una parte de la doctrina se ha inclinado por la posibilidad de reivindicar un encuentro con la economía. Se ha escrito y discutido mucho, al menos en Italia, sobre las teorías de *Law and Economics*, considerada por muchos una suerte de nueva frontera en el derecho público y privado. Por cuanto se refiere al derecho de trabajo, se ha abierto camino la idea de una posible, al menos parcial, monetización de los derechos, a partir del derecho de trabajo, constitucionalmente garantizado en Italia y protegido por algunas convenciones internacionales de la OIT. En general, muchos se han fascinado con la idea de encontrar la sinergia al “integrar el derecho

³¹ Ichino, Pietro, “Entrevista a Federico...”, *cit.*, p. 509.

de trabajo en un más amplio y equilibrado derecho de la empresa”.³² No se trata, obviamente, de demonizar a la empresa. Por lo demás, desde un punto de vista epistemológico, también puede darse que la empresa siga constituyendo un *príus* lógico y ontológico, puesto que “sin empresa no puede haber trabajo subordinado”,³³ “sin actividad económica y sin la necesidad de mano de obra que esa produce, no hay trabajo subordinado”,³⁴ pero, ciertamente, la Carta constitucional tiene como finalidad “proteger el ejercicio social de la persona”,³⁵ y no consiente, en ningún caso, la subordinación de la persona humana y de su dignidad a los intereses de la empresa.

Sería difícil admitir, en definitiva, que las finalidades del derecho de trabajo “no son sólo aquellas de proteger a los trabajadores del mercado, sino también... de contribuir a hacer más eficientes a las empresas”.³⁶ Sin embargo, aquel debate, en mi opinión, ha llevado a bajar la guardia, sustancialmente a admitir una suerte de subalternidad, una función servil del derecho de trabajo respecto de la economía. La referencia a este debate, por otro lado, aún no se ha calmado, me parece oportuno porque ha precedido, temporalmente pero también lógicamente, otros dos, más recientes, acontecimientos que hacen parte, a pleno título, de la deriva antisocial que se respira en Europa. Se trata del Libro Verde de la Comisión de 22 de noviembre de 2006, titulado “Modernizar el derecho de trabajo para afrontar los retos del siglo XXI”, y del debate que ha precedido la emanación de la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interno, más conocida como directiva Bolkestein.

³² Ichino, Pietro, “Entrevista a Luigi...”, *cit.*, pp. 109 y ss. Ahora en Ichino, Pietro, *Il diritto del lavoro...*, *cit.*, p. 422.

³³ Napoli, Mario, “Le norme costituzionali sul lavoro alla luce dell’evoluzione del diritto del lavoro”, *Ius*, enero-abril de 2008, parte 1, p. 63.

³⁴ Lyon-Caen, Gérard, *Droit Social*, París, Éditions Techniques et Economiques, 1988, p. 248.

³⁵ Napoli, Mario, *op. cit.*, p. 63.

³⁶ Davies, Paul, “Lavoro subordinato e lavoro autónomo”, *Diritto delle Relazioni Industriali*, Milán, año 10, núm. 2, 2000, p. 208.

IX. LAS OTRAS SEÑALES PREMONITORIAS. LA TEORÍA DE LA FLEXISEGURIDAD Y LA DIRECTIVA BOLKESTEIN

Ha llegado el Libro Verde sobre la flexiseguridad, con el deber, ambicioso, de “modernizar” el derecho de trabajo. En realidad, a la Comisión se le había pedido preparar un documento relativo a la evolución, y no a la modernización del derecho de trabajo. Pero los redactores no han sabido resistir la tentación e incluso han propuesto, sin tantos preámbulos, la transformación genética del derecho de trabajo. Para los aspectos que más afectan a este estudio, se observa la *nonchalance* con la que el Libro Verde propone esta transformación: “la finalidad inicial del derecho de trabajo era paliar las desigualdades económicas y sociales inherentes a la relación laboral” (2a), pero hoy, según el Libro Verde, el derecho de trabajo, modificando la propia función original, estaría llamado a sostener las nuevas exigencias de flexibilidad de la empresa que derivan de la evolución tecnológica, de las nuevas formas de organización de trabajo y de la globalización. Mientras se esperaba que la Unión Europea se dotase de un corpus normativo en materia de derechos fundamentales, ha llegado en cambio un ulterior mensaje dirigido a la reducción de las tutelas. Lo que el Libro Verde propone, en definitiva, y no de forma implícita, como recuerda Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, es “revisar el régimen jurídico del despido”, propone que los Estados “revisen el grado de flexibilidad previsto en los contratos clásicos en lo relativo a los plazos de preaviso, los costes y procedimientos del despido individual o colectivo, o la definición de despido improcedente”.³⁷ En la práctica, es la demolición de uno de los pocos pilares garantizados todavía a los trabajadores por diversas legislaciones nacionales y, seguramente, protegido por la Convención de la OIT, núm. 158/1982.

Por otro lado, mientras es clara y precisa la indicación de los presuntos elementos de rigidez con que deberían ser realzados o atenuados; en cuanto a las tutelas sustitutivas, para efectuarse en el mercado, existen sólo indicaciones vagas y genéricas.

³⁷ Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, Miguel, “¿El caso Rüffert: una constitucionalización del *dumping* social?”, *Relaciones Laborales*, núm. 15-16, 2008, pp. 83 y ss.

En los últimos tiempos y para el futuro, el tradicional sistema legislativo de la Unión Europea, fundado sobre la directiva, ha evolucionado, es decir, sobre normas que empeñan a los Estados miembros, permiten el control por parte del Tribunal de Justicia y pueden prever sanciones para los Estados que incumplan. Sobre algunas materias de competencia de los Estados miembros, como el empleo, la inclusión social y la formación, viene utilizado un sistema definido “método abierto de coordinación” basado, esencialmente, sobre la fijación de objetivos comunes y sobre la previsión de instrumentos de medida y de control de los resultados, además de intercambio de buenas prácticas entre los Estados, que, a diferencia de las directivas, utilizan medidas escasamente vinculantes en relación con los Estados miembros, por ello también llamadas *soft law*.

Abdicar en un significativo papel de las instituciones europeas en materia social, también mediante el instrumento legislativo, para confiar todo al método abierto de concertación, y privilegiar el mercado en todas sus expresiones, hasta sacrificar importantes tutelas sociales y derechos individuales y colectivos, asemeja más a las convicciones que han acompañado el nacimiento de Europa, en el lejano 1957, que no a su más reciente pasado que ha visto, en cada caso, al menos una fuerte aspiración hacia la creación de una Europa social. El pecado original, en suma, sigue sintiéndose. Se repropone, en definitiva, el problema de la relación entre la realización de los objetivos económicos de la Unión Europea y el derecho de trabajo. Derecho que viene considerado una “minusvalía fatal”,³⁸ y que viene culpabilizado.³⁹ El diseño del Libro Verde, por lo demás, es claro: “representa, coherentemente, el interés y la ideología de grupos de poder que empujan hacia un cada vez más marcado orden neoliberal de la sociedad que tiene como posible meta final la completa individualización de la relación laboral”.⁴⁰

³⁸ Arrigo, Gianni, “La nuova carta europea dei diritti fondamentali”, *Lavoro Informazione*, núm. 23-24, 2000, p. 47.

³⁹ Baylos Grau, Antonio y Pérez Rey, Joaquín, “Sobre el Libro Verde: modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI”, *Cuadernos de la Fundación Sindical de Estudios*, núm. 5, 2006, p. 61.

⁴⁰ Loy, Gianni, “Apuntes sobre el Libro Verde: modernizar el derecho del trabajo para afrontar los retos del siglo XXI”, *Relaciones Laborales*, 2007, núm. 15-16, p. 66.

En apariencia, el Libro Verde pretendería proteger a los trabajadores, a las categorías más débiles, pero parte de una premisa con la cual no se puede estar de acuerdo y, esto es, que su marginalización no dependa de mecanismos de mercado, sino del exceso de tuteladas ofrecidas a los garantizados, a los *insider*. Por otro lado, es evidente que una reforma realizada conforme las líneas indicadas por el Libro Verde tendría, al menos, un efecto seguro: potenciar la flexibilidad del mercado y reducir los costes para las empresas, es decir, en línea con el interés prioritario para las libertades de las empresas emitido en las recientes sentencias del Tribunal de Justicia.

En la misma dirección, bajo otro perfil, iba la propuesta de directiva relativa a servicios del mercado interno presentada por la Comisión Europea en febrero de 2004. La propuesta se dirigía a exaltar la libertad de establecimiento y la libre circulación de los prestadores de servicios, incluso en detrimento de la soberanía interna de los Estados. Raramente una propuesta de directiva ha encontrado una oposición tan fuerte por parte de los sectores de la sociedad europea que la han interpretado, y con razón, como un procedimiento que habría acentuado la deriva ultraliberal de la Unión Europea. Las preocupaciones que surgen dentro de algunos Estados nacionales sobre las posibles negativas consecuencias sobre la organización interna en materia social, probablemente también han influido sobre el éxito del referéndum francés que ha bloqueado, durante algún tiempo, la aprobación del nuevo Tratado europeo.

Sobre esta directiva, que se ha aprobado después el 13 de diciembre de 2006 (2006/123/CE), con significativas modificaciones respecto de la formulación inicial, la preocupación consistía en las limitaciones que en nombre de las libertades económicas se habrían impuesto a los Estados en algunos ámbitos, incluso aquel de la tutela de las condiciones mínimas de tratamiento de los trabajadores provenientes de otros países de la Unión. Evidentemente, las modificaciones no impiden que el principio inspirador recogido en la versión que originó aquel debate siga contagiando a las instituciones europeas. El Tribunal de Justicia, en coherencia con la idea originaria, está creando:

Barreras de inmunidad a favor de los empresarios que ejercitan su libertad de prestación de servicios, a modo de paraísos laborales desplazables, con trabajadores carentes de derecho de ciudadanía en el

país en que trabajan, derechos reconocidos, incluso, a los trabajadores extranjeros extracomunitarios, haciendo de los trabajadores desplazados una categoría de 'nómadas' con menores derechos, confirmando los temores suscitados frente a la iniciativa de la propuesta Bolkestein que parece resucitar, ante la fiebre liberalizadora y desreguladora que sufre el Tribunal, contribuyendo de forma decisiva a la crisis de la Europa social que puede llevar a la propia crisis de la idea misma de la profundización de la Unión Europea⁴¹ [Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, 2008].

En relación con la normativa relativa al desplazamiento de trabajadores, es necesario recordar que la directiva repetidamente mencionada, también aparece en contraste con el respeto de los derechos fundamentales reconocidos a todas las personas presentes en el territorio, incluso si son ciudadanos, como el derecho al salario mínimo en la medida establecida por la Constitución. También es necesario recordar las normas del derecho internacional privado que, no sólo en Italia, reconocen la denominada excepción de orden público que consiente al juez desaplicar la ley extranjera, incluso donde esté correctamente llamada a ser aplicada, todas las veces que sus efectos sean contrarios al orden público (Ley 31 de mayo de 1995, número 218, artículo 16), como sucede en el caso que se trate de normas en contraste con los principios fundamentales de la igualdad y de la no discriminación. Dicha hipótesis se verifica, sin ninguna duda, allí donde se permita aplicar a un trabajador extranjero comunitario tratamientos inferiores al estándar mínimo previsto por normas ley y de convenio colectivo.

X. ¿DÓNDE ESTÁ ESCONDIDO EL TITIRITERO?

Después de haber identificado el rumbo, ni siquiera tan misterioso, del barco europeo, es el momento de volver a las cuatro sentencias anteriormente mencionadas. Entre los numerosos comentarios, hay uno que llama la atención. Se trata de la resolución aprobada casi por unanimidad por el Parlamento Europeo en la sesión de 22 de oc-

⁴¹ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel, *op. cit.*, pp. 83 y ss.

tubre de 2008. En esta, el Parlamento ha criticado abierta y duramente las sentencias, interpretándolas conforme la lectura a la que nos hemos referido al principio del presente estudio. Para el Parlamento, “la libertad de prestar servicios no es de rango superior respecto de los derechos fundamentales que figuran en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, en particular, al derecho de los sindicatos de llevar a cabo acciones de lucha, un derecho que, además, en varios Estados miembros está garantizado por la Constitución”.⁴² El Parlamento, por lo tanto:

Subraya que los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en las causas *Rüffert*, *Laval* y *Viking* demuestran la necesidad de aclarar que las libertades económicas codificadas por los Tratados van interpretadas de forma que no lesionen el ejercicio de los derechos sociales fundamentales reconocidos por los Estados miembros y por el derecho comunitario.⁴³

El Parlamento, aun sin invertir la jerarquía de los derechos establecida en las decisiones del Tribunal de Justicia europeo, afirma que, en cada caso, “los derechos sociales fundamentales no están subordinados a los derechos económicos en una jerarquía de libertades fundamentales; por lo tanto, solicita un reexamen, en el ámbito del derecho primario, del equilibrio entre derechos fundamentales y libertades sociales, para contribuir a evitar una competición a favor de estándares sociales más bajos”⁴⁴ (punto 33). Estas sentencias, según el Parlamento, sobre la base de la formulación de la directiva sobre desplazamiento de los trabajadores, pueden interpretarse “como una invitación explícita a la competencia desleal en materia de condiciones retributivas y normativas”.⁴⁵

El Parlamento Europeo también contesta “la introducción del principio de proporcionalidad por acciones contra las empresas que, refiriéndose al derecho de establecimiento o al derecho de prestar servicios más allá de los confines, minan deliberadamente las condi-

⁴² Parlamento Europeo, Resolución aprobada en primera sesión de 22 de octubre de 2008, punto 5.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ *Ibidem*, punto 33.

⁴⁵ *Ibidem*, punto 45.

ciones de trabajo”,⁴⁶ y subraya que “las libertades económicas de la Unión Europea no pueden interpretarse en el sentido que garantizan a las empresas el derecho de eludir las disposiciones nacionales con rango de ley y las prácticas en materia de seguridad social y laborales o que imponen una desleal competencia sobre el plano de las condiciones retributivas y normativas”,⁴⁷

Quizás nos hemos excedido en las citas de algunos de los más significativos pasajes de la resolución del Parlamento Europeo, para subrayar lo profundo que es el desacuerdo y las contundentes críticas a las sentencias, objeto de estudio. Una parte de la resolución espera que se realicen modificaciones de las directivas que sustentan dichas sentencias para evitar que sigan produciendo los efectos perversos que hemos señalado. Por lo demás, también la Comisión Europea, tímidamente, ha hecho algunos adelantos. Por ejemplo, ha declarado que seguirá contrastando el *dumping* social y ha reconocido que la libertad de prestar servicios no es un obstáculo, y no es de rango superior respecto del derecho de huelga y el derecho de inscribirse al sindicato. Por consiguiente, ¿tendremos que pensar que nos encontramos frente a una posición aislada del Tribunal de Justicia europeo, de un Tribunal que, con estas sentencias, se aleja del camino marcado por los otros organismos de la Unión? Si la doctrina de Montesquieu también es aplicable en el espacio europeo, el Tribunal de Justicia habrá actuado con plena independencia, pero siempre interpretando, incluso de forma restrictiva, normas del Tratado y del derecho derivado que otros han escrito. No es posible, en definitiva, imaginar que las severas censuras del Parlamento Europeo estén dirigidas sólo al Tribunal de Justicia. También la Comisión Europea resulta entre los destinatarios del mensaje: “para que establezca normas que, de forma clara, combatan las empresas ‘buzón’, constituidas con la única finalidad de eludir las normas del país donde operan, sobre todo, por lo que se refiere al salario y a las condiciones de trabajo”.

Pero, nos preguntamos, ¿cómo es posible que el Parlamento, es decir, la expresión más democrática de la Unión, se encuentre en una contradicción tan aguda con otras instituciones de la Unión? La con-

⁴⁶ *Ibidem*, punto 15.

⁴⁷ *Ibidem*, punto 16.

tradicción que hemos ilustrado es profunda: se trata de posiciones que reflejan diferentes inspiraciones ideológicas. Es bastante obvio que no sea el Parlamento el verdadero inspirador de las políticas europeas si, a veces, ni siquiera las comparte. Pero, por lo tanto, ¿quién es el verdadero inspirador de las decisiones que vienen asumidas en la Unión Europea, decisiones que, como se ha visto, también pueden resultar incoherentes con las tradiciones constitucionales de muchos Estados de la Unión? En suma, ¿quién es el titiritero, aquel que, detrás del escenario, sigue empujando en la dirección de una cada vez mayor atención a los intereses de las empresas, más que a aquellas de los ciudadanos? ¿Quién toma, o hace que tomen, iniciativas dirigidas a privatizar los bienes públicos más esenciales? ¿Quién hace que los derechos fundamentales de los trabajadores se consideren nada más y nada menos que un fastidio que obstaculiza la plena realización de un moderno y completo sistema de *laissez faire, laissez passer*?

XI. LA IRREMEDIABLE DIFERENCIA ENTRE EL DERECHO DE TRABAJO DE ALGUNAS TRADICIONES CONSTITUCIONALES DE LOS ESTADOS DE LA UNIÓN Y EL DERECHO DE TRABAJAR, RECONOCIDO POR LA CARTA DE NIZA

Antes de llegar a la conclusión, es necesario realizar algunas reflexiones sobre los efectos de la Comunidad y de la Unión Europea en el ámbito del derecho de trabajo italiano, en los últimos sesenta años. Durante éstos, han influido las fuentes internacionales y, fundamentalmente, la Unión Europea, sobre el proceso de definición y de actuación del derecho al trabajo, así conocido en las cartas constitucionales de nuestros países. Sobre este terreno se ha cimentado la más reciente doctrina italiana para intentar acoger las posibles relaciones entre el fundamento de la Constitución italiana, de aquellas que tienen la misma inspiración, y las fuentes supranacionales. Se ha cimentado, sobre todo, sobre las relaciones entre la Constitución italiana, la Carta Social, la Carta Comunitaria y la Carta de Niza, y sus contenidos en materia de derecho al trabajo. El aspecto más importante y, en cualquier caso, propedéutico respecto de la cuestión relativa a la eficacia, es aquel de los contenidos.

La Carta de Niza, que de entre los tres documentos constituye seguramente aquel de mayor importancia, establece en su artículo 15 que:

1. Toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada. 2. Todo ciudadano de la Unión tiene la libertad de buscar un empleo, de trabajar, de establecerse o de prestar servicios en cualquier Estado miembro. 3. Los nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros tienen derecho a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas que disfrutaban los ciudadanos de la Unión.

Sobre el perfil de los principios inspiradores, antes de entrar en detalles, es evidente que la Carta de Niza no sigue la tradición de las Constituciones italiana, española y francesa, las cuales afirman el principio del derecho al trabajo, sino que opta claramente a favor del principio, opuesto, de la libertad de trabajo. Los principios cuentan, también cuando no son accionables, y el diverso énfasis entre una Constitución (aquella italiana) basada en el trabajo y una (posible) Constitución o, en cualquier caso, una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que se limita a afirmar el derecho de trabajar, no puede pasar en silencio.

Que sea claro que no se trata de un olvido⁴⁸ o de una imprecisión terminológica. La Comisión Europea ha motivado expresamente la renuncia a la fórmula más comprometida con el hecho de que “algunos de los derechos tomados en consideración para la redacción de la Carta, como el derecho al trabajo o el derecho a una justa retribución, se han tenido en cuenta como derechos solamente políticos”.⁴⁹ Si el término “justo” todavía posee el significado de “justo y proporcionado”, y transformamos la frase de la Comisión según las técnicas que, un tiempo, formaban parte del equipaje escolástico, significa que dentro de la Unión Europea se consiente que la retribución de un

⁴⁸ Arrigo, Gianni, *op. cit.*, p. 15.

⁴⁹ Comunicación de la Comisión sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. COM (2000) 559 de 13 de septiembre de 2000, p. 7. En realidad, se ha observado que ha prevalecido el temor de incidir sobre el delicado equilibrio que la Unión Europea tiene que respetar, “siendo las políticas del trabajo de celosa competencia nacional”. Arrigo, Gianni, *op. cit.*, p. 16.

trabajador pueda ser injusta y no proporcional. Es necesario admitir que la afirmación nos impresiona, a nosotros evidentemente, no a los jueces del Tribunal de Justicia que han encontrado perfectamente normal que los dependientes de la empresa polaca subcontratada, en un *Land* alemán, recibiesen una retribución inferior a la mitad de cuanto percibían los más afortunados colegas alemanes, sin ni siquiera que el *Land* pudiese imponer a las empresas contratantes la obligación de respetar el convenio colectivo.

Numerosos comentaristas han intentado disminuir lo más posible el significado de esta inversión de tendencia que ha visto el abandono de la fórmula (derecho al trabajo) ampliamente instalada en algunas de las Constituciones de los Estados miembros. A veces, gracias a un improbable análisis intrínseco del texto, se ha entendido que la formulación del artículo 15 “no parece, sin embargo, que impida la posibilidad de encontrar también dentro de la Carta una dimensión positiva del derecho al trabajo”.⁵⁰ Pero se trataría de poca cosa. La verdad es que el derecho al trabajo y la libertad de trabajar, a menos que esta última no se considere como componente del más general derecho al trabajo,⁵¹ representan concepciones ideológicamente contrapuestas. Históricamente, entre las dos acepciones, se ha registrado un encendido debate. Entre los materiales menos conocidos, se pueden señalar una serie de estudios promovidos en 1875 por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas con el significativo tema: “Injusticia e imposibilidad del llamado derecho al trabajo. Ventajas de la libertad del trabajo”; que han llevado a la publicación de algunos estudios que, en algunos pasajes, afirman que “el derecho al trabajo es el robo”.⁵² Afirmaciones que pueden parecer paradojas pero que, en realidad, vienen a demostrar el significado profundo que el reconocimiento del derecho al trabajo, como sistema social, significa. En estos trabajos se sostiene, por ejemplo, que el derecho al trabajo, en realidad, sería, un derecho al salario, ya sea que se produzca mediante la

⁵⁰ Alaimo Anna, “Il diritto al lavoro fra Costituzione nazionali e Carte europee dei diritti: un diritto ‘aperto’ e multilivello”, *WP CSDLE.INT*, núm. 60, 2008, p. 46.

⁵¹ Loy, Gianni, “Una repubblica fondata sul lavoro”, *Giornale di Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali*, núm. 122, 2009, pp. 197 y ss.

⁵² Ventosa, Ricardo, *El comunismo, el derecho al trabajo, la libertad de trabajo. Memoria premiada por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en 1875*, Madrid, Gutenberg, 1882, p. 65.

organización de talleres, ya sea mediante la adopción de medidas asistenciales alternativas a tal derecho.⁵³ Por otro lado, se expresa el temor de que las medidas dirigidas a la realización de ocasiones de trabajo o aquellas asistenciales, se deban necesariamente realizar mediante formas de pago fiscal y, por consiguiente, adosando el coste de tales medidas a las clases pudientes.

Asimismo, en la sucesión histórica de las cartas constitucionales, en Europa, el pasaje de una a la otra fórmula se puede observar con claridad. En Francia, por ejemplo, la tradición constitucional se ha basado constantemente sobre la libertad de trabajo hasta la reforma de 1946, cuando en el Preámbulo de la Constitución aparece “le droit d’obtenir un emploi”. La interpretación es clara: “littéralement ce droit d’obtenir un emploi exprime le droit au travail et s’oppose à la liberté du travail”.⁵⁴ La elección de la Unión Europea de abandonar la fórmula del derecho al trabajo, en favor de aquella de la libertad de trabajar marca, por consiguiente, una ulterior censura respecto de las experiencias constitucionales de nuestros países y prefigura un diferente sistema de valores.

XII. ¿Y SI HUBIESE PASADO EN ESPAÑA?

Las sentencias que hemos comentado están inspiradas, en parte, por condiciones peculiares de la relativa legislación interna. Es conocido, por lo demás, que en el momento de la adhesión al nuevo Tratado, los Estados se han ocupado de la cuestión de la relación entre los respectivos sistemas constitucionales y los poderes que se ceden a las nuevas instituciones europeas. Han llegado todos, algunos *in extremis*, a una conclusión positiva. En caso contrario, la nueva Unión Europea no habría podido despegar. Sin embargo, esto no significa que todo se haya aclarado. No puede excluirse que la futura normativa de la Unión Europea desconozca derechos establecidos por las Constituciones nacionales. Justo estas sentencias demuestran que se trata

⁵³ Ferrán, Ignacio María M. de (1882), “Cartas a un arrepentido de la Internacional”, en Ventosa, Ricardo, *El comunismo...*, cit., p. 63.

⁵⁴ Lyon Caen, Gerard, “Le droit au travail”, *Actes du Colloque*, Nantes, Université de Nantes, 1987, p. 205.

de hipótesis realísticas, que todo puede ocurrir. El Tribunal Constitucional español se ha ocupado del problema en 2004, y ha terminado reconociendo la legitimidad de la adhesión al nuevo Tratado sobre la base de la cláusula de salvaguardia del artículo 53, conforme la cual ninguna disposición establecida en el texto “puede ser interpretada como limitativa o lesiva de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales reconocidas por las Constituciones de los Estados miembros”. Es justo sobre la base de la referencia a dicha cláusula de salvaguardia, de frente a un texto del Tratado evidentemente “anacronista” respecto de la Constitución española, que el Tribunal Constitucional lo ha considerado compatible con la carta magna española y ha autorizado el Gobierno a su suscripción. Incluso reconociendo que contrastes siempre se producirán y que será deber del Tribunal Constitucional resolverlos.⁵⁵ Imagino que, si alguna de las sentencias que comentamos hubiese visto involucrada a España o a Italia, que sin contar con un convenio colectivo aplicable *erga omnes* resulta particularmente expuesta, habría sido la primera ocasión para verificar sobre el campo de la coherencia de la normativa europea nuestro “sistema constitucional de derechos y libertades”.

XIII. ¿VOLVERÁ EL MESÍAS?

Las preocupaciones expresadas por una amplia parte de la doctrina laboralista italiana y española, tras las últimas sentencias, no hacen necesario ningún otro comentario. Sólo puede observarse, en conclusión, cómo la ideología contenida en las orientaciones del Tribunal de Justicia, también mira con preocupación hacia un ámbito más general. Con ocasión de la última encíclica, el papa Ratzinger ha criticado severamente los elementos que caracterizan la actual orientación de la Unión Europea. En primer lugar, la injustificada subordinación de los problemas sociales a las reglas de la economía. El mercado, ha afirmado:

⁵⁵ STC 1/2004, 13 de diciembre.

Está sujeto a los principios de la denominada justicia conmutativa, que regula las relaciones de dar y de recibir entre sujetos paritéticos. Pero la doctrina social de la Iglesia jamás ha dejado de poner en evidencia la importancia de las justicias distributiva y social.⁵⁶

La búsqueda de mayores ventajas competitivas en el mercado global ha supuesto un grave peligro para los derechos de los trabajadores, para los derechos fundamentales del hombre y para la solidaridad llevada a cabo en las tradicionales formas del Estado social.⁵⁷

La encíclica también examina el argumento relativo a las modalidades de sustracción de poder a los Estados nacionales en el ámbito de la Unión Europea, con referencia a un vasto fenómeno a escala global: “El Estado se encuentra en la situación de tener que enfrentarse a las limitaciones que a su soberanía introduce el nuevo contexto económico-mercantil y financiero internacional, también diferenciado por una creciente movilidad de capital financiero y de medios de producción materiales e inmateriales”.⁵⁸ En conclusión, se solicita el compromiso por un trabajo decente que, allá donde “las organizaciones sindicales experimenten mayores dificultades para desarrollar sus deberes de representación de los intereses de los trabajadores, también por el hecho de que los Gobiernos, por razones de utilidad económica, limitan con frecuencia las libertades sindicales o la capacidad negocial de los mismos”,⁵⁹ termine por ser cada vez menos garantizado.

El único elemento de esperanza, puesto que está bien concluir con una nota positiva, deriva de este renacimiento de la Unión derivado del éxito del referéndum irlandés y de los compromisos de última hora que la han consentido. La esperanza es que con el mayor valor atribuido a la Carta de Derechos, se pueda llegar, cuanto menos, a un equilibrio entre los derechos fundamentales y las libertades económicas, sin que las segundas sigan manteniendo el predominio absoluto reconocido por las últimas sentencias del Tribunal de Justicia.

⁵⁶ “Caritas in Veritate”, Encíclica de Benedicto XVI, 2009, párr. 37.

⁵⁷ *Ibidem*, párr. 25.

⁵⁸ *Ibidem*, párr. 24.

⁵⁹ *Ibidem*, párr. 25.

Por consiguiente, ¿habrá una segunda ocasión para redimirnos del pecado original del Tratado de Roma? ¿Podría haber una variación de los valores que permita reconocer a los derechos fundamentales el estatus de derechos fundamentales?

¿Volverá el Mesías?