

LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO*

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER

*Cátedrático del Derecho del Trabajo
Consejero Permanente de Estado*

EXTRACTO **Palabras Clave: UE, Libre prestación de servicios, Derecho Colectivo**

El difícil y complejo equilibrio, histórico sin duda, que muestran las normas sobre la libertad económica en la que se basa el sistema y aquellas que garantizan la efectividad de los derechos sociales, tiene un nuevo envite en el ámbito de la Unión Europea como consecuencia de la deriva interpretativa de recientes Sentencias del TJCE como las que representan los casos Viking, Laval y Rüffert. Resoluciones que se insertan en un conjunto normativo y jurisprudencial mucho más amplio y que hacen muy rica en matices la doctrina que puede considerarse actual. El presente trabajo la analiza y la pone en conexión con la necesaria salvaguardia de los derechos fundamentales laborales, en especial, los de naturaleza colectiva, tal como han venido siendo definidos por los respectivos Tribunales Constitucionales de los Estados Miembro. Esa compatibilidad, así como la más que probable respuesta legislativa de compensación que se está generando ya en el mismo ámbito europeo a fin de garantizar la igualdad de trato y de remuneración por un trabajo de igual naturaleza –probablemente, unificando en una cláusula social de Derecho primario las cláusulas sociales de la Directiva Monti y la Directiva sobre servicios-, es por ello su principal aportación.

ABSTRACT **Key Words: EU, Free provision of services, Collective Law**

The difficult and complex historical balance between the regulation of economic freedom on which the system is based and regulation guaranteeing the efficacy of social rights, is once again put to the test in the sphere of the European Union as a result of the interpretation of recent ECJ Sentences in the Viking, Laval and Rüffert cases. These decisions are included in a larger normative and case law body, thus qualifying current doctrine. This work analyses and connects the necessary safeguard of fundamental labour rights, especially those of a collective nature, as defined by the Constitutional Courts of the Member States. This compatibility, together with the compensating legislative response that is already being generated at European level to guarantee equal treatment and pay for identical work –probably by unifying the Monti Directive and the Directive on Services into a single Primary Law social clause– is its main contribution.

* El presente trabajo se ha realizado a los efectos de su publicación en el libro homenaje al profesor Gonzalo Diéguez Cuervo.

ÍNDICE

1. IUS LOCI Y DESPLAZAMIENTO TEMPORAL DE LOS TRABAJADORES
2. LA PUESTA EN PRÁCTICA DE LA DIRECTIVA 96/71
3. DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES Y LIBERTADES ECONÓMICAS COMUNITARIAS
4. EL PRECARIO EQUILIBRIO ENTRE EL DERECHO A ACCIONES COLECTIVAS Y LAS LIBERTADES ECONÓMICAS
 - 4.1. La sentencia Viking
 - 4.2. La sentencia Laval
 - 4.3. La sentencia Rüffert
5. LA BÚSQUEDA DE CONCORDANCIA PRÁCTICA ENTRE LIBERTADES ECONÓMICAS FUNDAMENTALES Y DERECHOS COLECTIVOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES

1. IUS LOCI Y DESPLAZAMIENTO TEMPORAL DE LOS TRABAJADORES

Tres recientes Sentencias del Tribunal de Justicia de Comunidades Europeas (TJCE), las Sentencias Viking¹, Laval² y Rüffert³ han puesto en primer plano las relaciones y el difícil equilibrio entre las libertades de circulación del Tratado CE, en particular la libertad de establecimiento y la de prestación de servicios (y su secuela de libertad de desplazamiento de trabajadores propios con el mantenimiento del régimen laboral de origen) y los derechos fundamentales sociales de los trabajadores, el derecho de huelga y de otras acciones colectivas y el de negociación colectiva.

En los tres casos latía la cuestión de la ventaja competitiva por el menor coste laboral obtenido a consecuencia del ejercicio empresarial de una libertad fundamental y si esa ventaja (y la consecuente desventaja para los trabajadores afectados) es un bien jurídico protegido por el Derecho comunitario o puede reducirse mediante la acción colectiva de los sindicatos, en defensa de los trabajadores afectados y también de los trabajadores nacionales y para prevenir formas de dumping social. Dos de esos asuntos, Laval y Rüffert tienen su origen en supuestos de desplazamiento temporal de trabajadores con bajos salarios a los que no se reconocen los niveles de tutela más elevados (entre ellos la retribución garantizada por las leyes o los convenios colectivos del lugar de ejecución de los trabajos)⁴, amparándose en el art. 49 TCE que, según juris-

¹ C-438/05, 11 de diciembre de 2007.

² C-341/05, 18 de diciembre de 2007.

³ C-346/06, 3 de abril de 2008.

⁴ Patrono, L. "Il caso Rüffert : la Corte de Giustizia CE fa un altro passo avanti nella "via giudiziaria" al dumping social", p. 1.

prudencia reiterada⁵, impide restricciones al prestador transnacional de lo establecido en otro Estado miembro aunque se apliquen indistintamente a los nacionales cuando pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes las actividades del prestador.

Esa restricción ha afectado también al desplazamiento temporal de trabajadores “propios”, una libertad expresamente regulada en el Tratado sino consecuencia e instrumento para el ejercicio de la libertad fundamental de prestación de servicios⁶. Esa movilidad transnacional de trabajadores “opera una lógica de integración negativa, dirigida a remover todos los obstáculos que impidan o hagan más difícil el acceso”⁷, entre ellos se han incluido también las condiciones salariales y de trabajo exigibles a los empleadores de los trabajadores desplazados en el país de destino.

El empresario que desplaza temporalmente trabajadores para prestar un servicio transnacional puede “exportar” a trabajadores propios que estén sometidos a la regulación laboral de origen y a las consiguientes condiciones salariales y de trabajo⁸. Para el Derecho comunitario, los trabajadores desplazados no serían sujetos económicos que ejerzan una libertad de circulación propia (ni se benefician, por ello, de la igualdad de trato), sino “objetos” instrumentales para la prestación del servicio y que las empresas tienen el derecho a

⁵ La jurisprudencia ya había estimado que ese precepto, y la consiguiente la libertad de prestación de servicios, puede ser invocado directamente por los empresarios, también ante personas privadas, incluidos los sindicatos, para poder aportar su propio personal al territorio de otro Estado (Sentencia Rush Portuguesa, C-113/89), con vistas a permitir la entrada de esos trabajadores en un supuesto en el que todavía no regía para Portugal la libre circulación de trabajadores del art. 39 (ni, consecuentemente, la exigencia de igualdad de trato con los nacionales). Cfr. Lo Faro, A. LD, 1/2008. “Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking”, p. 71. Sobre la Sentencia Rush Portuguesa vid., por todos, Casas baamonde, M.E. “Desplazamiento temporal de trabajadores en el interior de la Comunidad Europea y libertades comunitarias de los empresarios”, en “El espacio social europeo”, Valladolid, 1991, p. 90 y ss.

⁶ Vid. Gutiérrez solar, B., “El desplazamiento temporal de trabajadores en la Unión Europea”, Pamplona, 2000, p. 112 y ss.

⁷ BANO, F. “La circolazione comunitaria di servizi labour intensive”, LD, 1/2008, p. 28.

⁸ El lugar habitual de ejecución del trabajo prevalece sobre el lugar de prestación ocasional o transitorio, que, en general, no implica un criterio que suponga “lazos más estrechos” aplicable como alternativa a la sede del establecimiento, en caso de que el trabajador no realice habitualmente su trabajo en un mismo país. En suma, no se aplica al trabajador desplazado temporalmente la legislación laboral del país de acogida (STJCE de 16 de diciembre de 1981, C-279/80, Webb). Vid. Druesne, G. «Liberté de prestation des services et travailleurs salariés (les arrêts Webb et Seco de la Cour de justice des Communautés européennes)», RTDE, 1982 p.75-81.

desplazar⁹, y que ejecutan un contrato de trabajo “extranjero” en el Estado de acogida¹⁰ a cuya legislación laboral ese contrato no está sometido en principio¹¹.

La consecuente convivencia de trabajadores, incluso en el mismo lugar de trabajo, sometidos a distintos regímenes jurídicos nacionales y a desiguales condiciones salariales y de trabajo ha planteado problemas y tensiones, a los que no han podido ser ajenos las organizaciones sindicales del Estado de acogida como había reflejado una jurisprudencia comunitaria vacilante¹². Para afrontarlos y crear seguridad jurídica, la Directiva 96/71/CE, de 16 de

⁹ La ampliación de las diferencias de costes salariales nacionales tras el alargamiento de la Unión Europea ha facilitado el incremento de la competencia entre empresas en función de los costes laborales en el ejercicio de la libre prestación de servicios que ha facilitado un dumping social en el sentido de una competencia salarial sostenida que implica una “mercantilización” de la fuerza de trabajo desplazada que opera como “factor productivo libre de intercambio sin restricciones” Patroni L. “Il caso Rüffert: la Corte di Giustizia CE fa un altro passo avanti nella “via giudiziaria” al dumping social”, cit., p. 3.

¹⁰ En caso de nuevo contrato en el lugar de prestación de servicios se aplicará, la ley laboral de ese lugar.

¹¹ Pudiendo producir una «auténtica evicción de la Ley del Estado donde se presta temporalmente el trabajo» (Rodríguez-Piñero Royo, M y Carrascosa González, J. “Contrato internacional de trabajo y Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: Impacto en el sistema jurídico español”, RL 1996, I, p. 335 y ss.). Desde la perspectiva del Derecho comunitario esa diferencia de trato no supone discriminación por razón de la nacionalidad (STJCE de 5 de junio de 1997, asunto C-398/95, Syndesmos). Aunque implique menores costes para sus empleadores y mejoren la situación competitiva de éstas, no está directamente en juego la libertad de concurrencia, ni es contraria al Derecho social comunitario originario o al derivado al (STJCE de 17 de marzo de 1993, C-72 y 73/91, Sloman Neptum). Vid. Lewis X. The Employment of Foreign Seamen on Board Vessels of a Member State, *Industrial Law Journal* 1993 p.235-239.

¹² La conocida Sentencia Rush Portuguesa (C-113/89, de 27 de marzo de 1990, aunque declara aplicable a un desplazamiento temporal de trabajadores el art. 49 TCE y no el art. 39 afirma que el Derecho comunitario no impide la extensión de las leyes laborales o de los convenios colectivos del lugar de prestación de servicios a los trabajadores desplazados, permite, así, aún sin admitir el derecho a la igualdad de trato al Estado de acogida, reconocer derechos en favor de los trabajadores desplazados. Poco tiempo después, la Sentencia Säger (C-76/90, de 25 de julio de 1991), relativa a un problema de propiedad industrial, declaraba que la libre prestación de servicios sólo puede limitarse por regulaciones justificadas por razones de interés general que se apliquen a toda persona o empresa que ejerza su actividad en el Estado de acogida, y que esas restricciones deben ser adecuadas para conseguir el objetivo y no ir más allá de lo necesario para conseguirlo. La aplicación de la regla laboral del lugar se concibe así como excepción al Tratado que debe estar justificada. Cfr. Lo Faro, A. “Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking”, cit. p. 73 quien afirma que a partir de esta Sentencia el TJCE no deja de afirmar que las libertades económicas fundamentales no imponen sólo remover obstáculos a su ejercicio sino eliminar toda restricción, aún aplicada indistintamente a los nacionales, que pueda impedir u obstaculizar de alguna manera al prestador transnacional de servicios.

diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios¹³ se ocupa de las consecuencias laborales del desplazamiento, asegura la continuidad del régimen jurídico laboral de origen y la consiguiente “inmunidad” de los contratos de trabajo de los desplazados frente al régimen laboral del Estado de acogida, salvo una aplicación parcial y limitada de ciertas reglas laborales del ordenamiento del Estado del lugar de prestación de trabajo, al que obliga a establecer “un núcleo de disposiciones imperativas de protección mínima” que habrán de respetar quienes desplacen temporalmente trabajadores al territorio de ese Estado miembro, además y junto a los derechos resultantes de la ley aplicable al contrato de trabajo¹⁴, sin imponer ni admitir la igualdad de tratamiento con los nacionales del país de acogida considerada un obstáculo o límite al ejercicio de la libertad fundamental de prestación transnacional de servicios. Esas condiciones mínimas salariales y de trabajo que moderan la regla de extraterritorialidad del contrato y constituyen el núcleo duro de lo más esencial de las condiciones individuales de trabajo¹⁵ se establecen de forma exhaustiva¹⁶ en el art. 3.1.1 de

¹³ No es una directiva “social” sino “económica”. Su finalidad primordial es la de asegurar la libertad de prestación de servicios eliminando obstáculos y evitar distorsiones en la competencia, pero también defender los derechos e intereses de los trabajadores desplazados asegurándoles en el Estado de acogida una tutela de mínimos, como carga adicional a soportar por la suministradora transnacional de servicios que desplace sus trabajadores. El doble alma de la Directiva promueve la libertad de desplazamiento temporal de trabajadores por las empresas pero corrige algunos de sus efectos. Vid. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. “El desplazamiento temporal de los trabajadores y la Directiva 96/71/CE”, RLD, 23, 1999. Casas Baamonde, M.E. “Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea y en el espacio económico europeo”, Cuadernos Cívitas, Madrid, 2001; Palao Moreno, G. Directiva 93/71 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”, REDI, XLIX, (1997), I, p. 370 y ss.

¹⁴ Ponen en relación el sometimiento de la ley del país de origen con el principio de mutuo reconocimiento, GRAS R. “Mutual Recognition and country of Origin in the Case Law off ECJ, en “Freedom of Services in the European Union, BCLR, 58, 2006, p. 37 y ss y Neal A. “The Country of Origin Principle and Labour Law in the Framework of the European Social Model”, ibid. p. 51 y ss.

¹⁵ La Directiva 96/71, ha ampliado, completado y corregido el art. 6 del Convenio de Roma al establecer, sobre la regla general, en lo demás subsistente, una norma especial de conflicto prevalente, el *locus laboris* temporal, nuevo punto de conexión para la aplicación de ciertas normas materiales imperativas. Ello implica un posible fraccionamiento del tratamiento jurídico de la relación laboral del trabajador desplazado como cláusula de garantía a su favor. Cfr. Rodríguez-Piñero Royo, M. “La Ley sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional en la perspectiva comunitaria”, en Casas Baamonde, M. E. y Del Rey Guanter, S. “Desplazamiento de trabajadores y prestación de servicios transnacionales”, Madrid, 2002, p. 356 y ss.

¹⁶ Sentencia de 18 de julio de 2007, Comisión/Alemania (C-490/04).

la Directiva, la cual en su artículo 3, 10 permite al Estado de forma condicionada imponer otras condiciones de trabajo y empleo referidas a materias distintas de las enumeradas en el art. 3.1.1 en la medida de que se traten de disposiciones de orden público y con respeto del Derecho comunitario y, en particular, del art. 49 C.E.¹⁷.

2. LA PUESTA EN PRÁCTICA DE LA DIRECTIVA 96/71

La Directiva refleja un compromiso y un delicado equilibrio; ello explica los numerosos problemas que ha generado su transposición y su aplicación judicial. En diversas Sentencias¹⁸ el TJCE ha tenido ocasión que Interpretar el alcance de la Directiva 96/71 decidir la compatibilidad con ella (y con el art. 49 TCE) de normas laborales del Estado de acogida aplicadas a los trabajadores desplazados.

De esa jurisprudencia se deduce que las normas laborales nacionales no deben establecer impedimentos injustificados a esa libertad¹⁹ y que han de ser adecuadas para su finalidad y responder una razón imperiosa de interés general sin ir más allá de lo necesario para alcanzarla, aunque la protección de los trabajadores desplazados pueda ser una razón imperiosa para limitar aquella libertad²⁰.

¹⁷ Que impide restricciones que obstaculicen la libertad de prestación de servicios, como sería imponer gastos adicionales o incrementar cargas administrativas o financieras Sentencia de 12 de octubre de 2004, C-60/03, Wolff & Müller. Sobre la relación de éste límite con los principios de mutuo reconocimiento y la regla del país de origen en el perjuicio de la “home state rule”, vid. Graham, R. “Mutual Recognition and Country of Origin in the Case Law of tje ECJ, en BCLR, 58, 2006, pág. 37 y ss.

¹⁸ Sentencias C-372/04 16 de mayo de 2006, Watts; C-60/03, de 12 de octubre de 2004, Wolff & Müller; C-8/02, de 18 de marzo de 2004, Leichtle; C-164/99, de 24 de enero de 2002, Portugaia Construcoes; C-49/98, de 25 de octubre de 2001, Finalarte; C-165/98, de 15 de marzo de 2001, Guillaume y otros; C-369/96, de 23 de noviembre de 1999, Arblade). Vid. sobre las mismas, por todos, Davies, P. “The Posted Workers Directive and the EC Treaty”, cit. pag. 298-306.

¹⁹ “En cuanto las libertades económicas son afirmadas (e, incluso, solicitadas) en el ordenamiento europeo, hacen de límites externos a los derechos sociales”, Caruso, B. “La integración de los derechos sociales en el espacio supranacional y nacional; primeras reflexiones sobre los casos Laval y Viking”, RL, 15-16, 2008, p. 46.

²⁰ Sentencia C-113/89, de 27 de marzo de 1990, Rush Portuguesa. Con posterioridad la Sentencia Wolff & Müller (C-60/03, de 18 de marzo de 2004) ha considerado razón imperiosa de interés general justificativa de una restricción de la libre prestación de servicios, evitar la competencia desleal de empresas que retribuyan a sus trabajadores a un nivel inferior al correspondiente al salario mínimo, y ha declarado, que no existe una contradicción entre los objetivos de mantener la competencia leal y de garantizar la protección de los trabajadores, que pueden (y deben) ser perseguidos simultáneamente. Vid. Giesen, R. “Posting social protection of workers vs. fundamental freedoms?”, Common Market Law Review 40,2003,p. 143-158.

Se había admitido, aunque en relación a la libre competencia, la obligación del prestador de servicios de pagar a sus trabajadores desplazados el salario mínimo establecido en un convenio colectivo de trabajo aplicable a la actividad desarrollada en el Estado miembro de acogida. La Sentencia Arblade²¹, ha afirmado que, “debe recordarse que el Derecho comunitario no se opone a que los Estados miembros extiendan su legislación, o los convenios colectivos de trabajo celebrados por los interlocutores sociales, relativos a los salarios mínimos, a toda persona que realice un trabajo por cuenta ajena, aunque sea de carácter temporal, en su territorio, con independencia de cuál sea el país de establecimiento del empresario, y que el Derecho comunitario no prohíbe tampoco a los Estados miembros imponer el cumplimiento de dichas normas por medios adecuados al efecto”²².

Esta doctrina jurisprudencial ha sido reiterada, en términos similares, en la sentencia Guillaume²³, aunque, esta sentencia, al igual que la posterior sentencia Portuguesa Construcões²⁴, establece un significativo condicionamiento: que la aplicación a la empresa que se desplaza de una normativa nacional que sobre salario mínimo, sea necesaria y proporcionada para garantizar la protección de los trabajadores afectados, y encomienda a los órganos jurisdiccionales nacionales comprobar si la normativa, garantiza de manera objetiva, la protección de los trabajadores desplazados. Distingue, así, medidas nacionales lícitas dirigidas efectivamente a proteger a los trabajadores desplazados y las medidas nacionales comunitariamente ilícitas con una finalidad económica de protección de las empresas nacionales que no puede justificar una limitación de la libre prestación de servicios²⁵.

²¹ C-365/96 y C-376/96.

²² Esta Sentencia añade que las disposiciones de la legislación o los convenios colectivos que garanticen un salario mínimo pueden aplicarse, en principio, a los empresarios que presten servicios en el territorio de ese Estado, cualquiera que sea su país de establecimiento y declare que los arts. 49 y 50 del Tratado CE no se oponen a que un Estado miembro obligue a una empresa establecida en otro Estado miembro y que realice temporalmente obras en el primer Estado a pagar a sus trabajadores desplazados el salario mínimo fijado por el convenio colectivo de trabajo aplicable en el primer Estado miembro. Según el TJCE, la calificación de disposiciones nacionales de leyes de policía y de seguridad por un Estado miembro se refiere a las disposiciones nacionales cuya observancia se ha considerado crucial para la salvaguardia de la organización política, social o económica del Estado miembro de que se trate, hasta el punto de hacerlas obligatorias para toda persona que se encuentre en el territorio nacional de ese Estado miembro o con respecto a toda relación jurídica localizada en él.

²³ C-165/98. Vid. Quiñones Escámez, A “Otra lectura de la jurisprudencia del TCJE sobre desplazamiento de trabajadores,” *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2002 p.435-453.

²⁴ C-164/99. Cfr. Rodiere, P. “Coordination des droits nationaux, loi applicable, compétence juridictionnelle », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2003 p. 529-552.

²⁵ Sentencia Finalarte C-49/98.

La Sentencia Comisión/Alemania²⁶ había admitido la “prevención del dumping social”, como justificación de medidas nacionales de extensión de la normativa estatal o convencional sobre los salarios mínimos a todo trabajador que preste su trabajo en su territorio, aunque sea de forma temporal, al entender que dado que la Directiva 96/71 no ha tratado de armonizar el contenido de las disposiciones imperativas de protección mínimas, ese contenido puede ser libremente definido por los Estados, aunque respetando el Tratado y los principios generales del Derecho Comunitario, lo que se correspondería con el objetivo de esa Directiva, el establecimiento de una regulación “social” al servicio de la actividad económica transfronteriza, en interés de los empresarios y los trabajadores.

Los Estados tendrían así espacios de discrecionalidad, no solo en la determinación del contenido del núcleo de normas mínimas en desarrollo del art. 3, sino también en la ampliación más allá de ese núcleo de otras normas “inderogables”, como orden público social impuestos a los contratos de trabajo de los trabajadores desplazados, también para salvaguardar valores propios de la tutela del trabajo y objetivos de política social, lo que podría servir también para reducir abusos de la libertad de prestación de servicios con fines de dumping social²⁷. Sin embargo, la jurisprudencia comunitaria posterior ha interpretado de forma restrictiva y como reserva auténtica de orden público, la posible extensión más allá de las materias relativas al núcleo de condiciones mínimas de normas del Estado de acogida que se imponen a las empresas que desplazan trabajadores y se garantizan a éstos. Pero ello ha afectado no sólo al Estado de acogida sino a las organizaciones sindicales implantadas en él, afectando al derecho de acción sindical, puesto en relación dialéctica con la libertad de prestación de servicios.

3. DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES Y LIBERTADES ECONÓMICAS COMUNITARIAS

La relación y posible colisión entre los derechos fundamentales de la persona y las libertades fundamentales comunitarias no es nueva. Se había planteado inicialmente, en materia de libre circulación de trabajadores, con vistas a proteger esa libertad, además los derechos de la persona, también en relación con la libre circulación de mercancías y, asimismo respecto a la

²⁶ 19 de enero de 2006 (C-244/04).

²⁷ Cfr. Barnard, C. “Social dumping ad race to the bottom; some lessons for the European Union from Delaware”, *European L. Review*, 2000, 25 (1), p. 57-78.

libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, libertades afectadas en los ya citados casos Viking, Laval y Rüffert. En estos casos, sobre todo en los dos primeros, el enjuiciamiento de la disposición que trataba de imponerse en el Estado de acogida a los trabajadores desplazados, no se ha referido, como hasta ahora, a una normativa estatal; el Tribunal ha tenido que ponderar de forma directa las libertades comunitarias fundamentales de establecimiento y de libre prestación de servicios con los derechos de huelga y de negociación colectiva²⁸. No se ha tratado de la “legalidad comunitaria” de normas estatales, sino de un enjuiciamiento del derecho a emprender acciones colectivas y del derecho de negociación colectiva, lo que le ha dado especial importancia y trascendencia pública a estas Sentencias.

En el asunto Schmidberger²⁹, donde se cuestionaba si se había lesionado la libertad de circulación de mercancías al no haber impedido un Estado una concentración con fines ambientales, que había producido un bloqueo temporal de una autopista, el TJCE invocó su reiterada jurisprudencia de que los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia, revistiendo un significado particular el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de lo que deduce que no pueden admitirse medidas incompatibles con el respeto de los derechos humanos, interés legítimo “que puede justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario, incluso en virtud de una libertad fundamental garantizada por el Tratado como la libre circulación de mercancías”.

Se habría de conciliar la exigencia de protección de los derechos fundamentales con una libertad consagrada en el Tratado y de qué manera aquellos pueden restringir a ésta segundas, una cuestión de límites y contralímites en cuanto que los derechos fundamentales(en el caso la libertad de expresión y de reunión) no son prerrogativas absolutas y pueden restringirse por objetivos de interés general siempre que no sea una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos protegidos. A su vez, la libre circulación de mercancías también puede ser objeto de restricciones por exigencias imperativas de interés general.

Ello obliga a establecer un equilibrio entre el derecho fundamental y la libertad económica, para trazar sus respectivos límites, o, en palabras del TJCE, para “ponderar los intereses en juego y determinar, habida cuenta del conjunto de circunstancias de cada caso, si se ha observado un justo equilibrio entre

²⁸ Guamán Hernández, A. “De nuevo sobre la ley aplicable en los supuestos de desplazamiento temporal de trabajadores: el caso Laval”, RL, 15-16, 2008, p. 59.

²⁹ Sentencia de 2 de junio de 2003, C-112/00.

dichos intereses”. Se reconoce una amplia facultad de apreciación a los Estados, pero las restricciones impuestas a los intercambios intracomunitarios han de ser proporcionadas a la finalidad legítima de proteger los derechos fundamentales. En Schnidberger se colocan en un plano de igualdad el derecho fundamental y la libertad comunitaria, sin sacrificar ninguno de ellos; se busca su concordancia práctica un método bien conocido por la jurisprudencia constitucional y la del TEDH.

Poco tiempo después, la Sentencia Omega³⁰ declara que una medida no menoscaba “de manera injustificada la libre prestación de servicios, puesto que, por una parte, la protección de los derechos fundamentales, al tratar innegablemente el ordenamiento jurídico comunitario de garantizar el respeto de la dignidad humana como principio general del Derecho, constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario, incluso en virtud de una libertad fundamental garantizada por el Tratado como la libre prestación de servicios y, por otra parte, la medida controvertida corresponde al nivel de protección de la dignidad humana que la constitución nacional ha querido garantizar en el territorio del Estado miembro de que se trata y no va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido”.

Confiar al Tribunal de Justicia el tratamiento en negativo de los derechos fundamentales, en aras de la protección de las libertades económicas comunitarias, tenía el riesgo, hecho realidad, de reducir los niveles de tutela de esos derechos en los ordenamientos nacionales y de una pérdida del papel de los Tribunales Constitucionales nacionales, cuya jurisprudencia ha sido y sigue siendo referente necesario para la definición de esos derechos, incluidos los de carácter colectivo.

La posible colisión de los derechos colectivos con la libertad de prestación de servicios se pusieron de relieve en la difícil gestación³¹ 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 que ha tratado que el fortalecimiento de la prestación de servicios y la eliminación de obstáculos al ejercicio de las libertades de establecimiento y de la libre prestación de servicios, no opere en perjuicio de los trabajadores³². La Directiva 2006/123 declara que

³⁰ 14 octubre 2004 C-36/02.

³¹ Cfr. Cuadra-Salcedo Janini, T. “*Quo vadis, Bolkestein?* ¿Armonización o simple desregulación de la prestación de servicios?,” REDEuropeo, 22, p. 239.

³² La Directiva no afecta al Derecho del Trabajo tanto a cualquier disposición legal o contractual relativa a las condiciones o de trabajo, incluida la salud y seguridad en el trabajo, o las relaciones entre empleadores y trabajadores, de acuerdo con la legislación nacional conforme al Derecho comunitario, ni afecta a la legislación nacional en materia de Seguridad Social de los Estados miembros. Además prevé que si surgiera un conflicto entre una disposición de la misma y una disposición de la Directiva 96/71/CE, las normas de ésta primarán y se aplicarán a ese sector concreto del desplazamiento de los trabajadores.

la misma no afecta a los derechos de negociar y celebrar convenios colectivos, de huelga y de emprender acciones sindicales, que han de ejercerse de acuerdo con la legislación y las prácticas nacionales, con respeto del Derecho comunitario³³, ni tampoco afecta al respeto de los derechos fundamentales aplicables en los Estados miembros y reconocidos por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incluido el derecho a emprender una acción sindical, de acuerdo con la legislación y las prácticas nacionales, también con respeto del Derecho comunitario³⁴.

Con ello se destaca, cómo resulta del Tratado, la competencia estatal para regular los derechos fundamentales y, muy en especial, los derechos colectivos y también para proteger y tutelar esos derechos en cuanto se ejercen en su territorio³⁵. Esta reserva del respeto al Derecho Comunitario, no competente para regular esos derechos fundamentales, ha dejado abierto el tema de la incidencia del ejercicio de esos derechos fundamentales, cuya dimensión colectiva no puede desconocerse, en las libertades fundamentales comunitarias, y muy en especial la libre prestación de servicios, en cuanto asegura la “extraterritorialidad” del régimen laboral aplicable al trabajador desplazado, y trata de evitar cargas laborales “adicionales” a las empresas que desplazan a eso trabajadores.

En la primera ocasión que el TJCE ha tenido para referirse conjuntamente a las Directivas 96/71 y 2006/123 ha negado todo valor interpretativo al iter de la Directiva 2006/123 y a sus consideraciones “sociales”³⁶. Se ha limitado a aplicar mecánicamente la norma de conflicto establecida en el art. 3, Directiva 96/71, haciendo vana la victoria en la “batalla sindical” para conseguir una revisión del texto originario de la llamada Directiva Bolkestein³⁷ mediante la introducción de esa reserva a los derechos fundamentales.

³³ Considerando 14.

³⁴ Considerando 15.

³⁵ En relación con la libre circulación de mercancías, se había incluido en el artículo 2 del Reglamento CE 2679/98 a petición sindical la llamada cláusula Monti según la cual el Reglamento no afecta al ejercicio los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros, incluido el derecho o la libertad de huelga, y el derecho o libertad de emprender otras acciones contempladas por los sistemas nacionales específicos de relaciones laborales. Esa cláusula ha inspirado la correspondiente regla de la Directiva 2006/123.

³⁶ El “Estado miembro no puede basarse en el procedimiento legislativo que culminó con la adopción de la Directiva 2006/123 para fundamentar la interpretación que propugna de una disposición de la Directiva 96/71” (Sentencia Rüffert 3 de abril de 2008C-319/06).

³⁷ Cfr. Llovera Vila, M. “La liberalización de los servicios en el mercado interior, Directiva Bolkestein, subcontratación y movilidad transnacional de trabajadores”, *Rev. Derecho Social*, 36, 2006.

4. EL PRECARIO EQUILIBRIO ENTRE EL DERECHO A ACCIONES COLECTIVAS Y LAS LIBERTADES ECONÓMICAS

Las Sentencias Viking, Laval y Rüffert se han ocupado la conexión entre la libertad de establecimiento y la de prestación de servicios con una autotutela sindical anclada en realidades nacionales, y por ello, sobre todo, las dos primeras se han examinado y comentado conjuntamente, porque ambas afectan a la sujeción a las libertades comunitarias económicas de los derechos colectivos, de huelga y de acción colectiva.

Lo hechos examinados, los ordenamientos jurídicos nacionales afectados (en el asunto Viking no se cuestionaba norma estatal alguna, frente al cuestionamiento de leyes nacionales, sueca y alemana respectivamente, en los asuntos Laval y Rüffert), las distintas libertades económicas en juego (sólo en Laval y Rüffert existe desplazamiento de trabajadores afectado por la Directiva 96/71), hace que la doctrina de cada una de esas Sentencias tenga diferencias significativas, que reflejan en parte los distintos enfoques de la cuestión por los respectivos Abogados Generales, lo que aconseja un tratamiento separado de cada una de ellas, sin perjuicio de unas reflexiones finales comunes.

4.1. La Sentencia Viking

La Sentencia Viking ha conocido de la legalidad “comunitaria” de una circular de la ITWF (sindicato internacional de trabajadores del transporte) que prohibía a sus sindicatos miembros concluir un convenio colectivo contra una naviera finlandesa o su filial, que había cambiado de abanderamiento a un transbordador, de finlandés a estonio, para someterse a la legislación laboral de Estonia y reducir consiguientemente los costes salariales así como la ilegalidad de una amenaza de huelga del FSU (sindicato finlandés de marinos) para exigir la aplicación al personal de ese transbordador el convenio colectivo finlandés. Dado que el cambio de pabellón tuvo lugar antes del ingreso de Estonia en la Unión Europea, el TJCE responde a las cuestiones planteadas en cuanto referidas a la interpretación del art. 43 TCE, sobre libertad de establecimiento, y sobre si el mismo excluye de su ámbito de aplicación una medida sindical de conflicto colectivo contra una empresa para conseguir que celebre un convenio colectivo “cuyo contenido puede disuadirla de ejercer la libertad de establecimiento”.

Un primer tema a resolver era el de la vinculabilidad de los sindicatos, en cuanto creadores de normas colectivas, de las prohibiciones establecidas en defensa de las libertades económicas por los arts. 39, 43 y 49 TCE. El TJCE considera que estos preceptos condicionan no sólo la actuación de las autoridades públicas sino también a las normativas reguladoras del trabajo de origen colectivo, celebradas o adoptadas por personas privadas, como los sindicatos,

aunque reconoce que las medidas de conflicto colectivo están incluidas en la autonomía sindical en virtud de la libertad sindical “que le reconoce en particular el Derecho nacional”, e, incluso, que esas medidas reivindicativa pueden ser el “último recurso” para conseguir el convenio colectivo, lo que no obsta para que esas medidas de conflicto colectivo “están comprendidas en el ámbito de aplicación del art. 43 TCE”.

Para el TJCE, sería irrelevante la incompetencia comunitaria para regular el derecho de huelga (art. 137,5 TCE), pues, al regular la huelga, los Estados deben respetar la libertad de establecimiento, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia, de modo que el derecho de huelga puede ser sometido a restricciones establecidas por el Derecho comunitario. Recordando jurisprudencia anterior, la Sentencia declara que, aunque la protección de los derechos fundamentales puede justificar una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario, el ejercicio del derecho fundamental debe conciliarse con los derechos protegidos por el Tratado de acuerdo al principio de proporcionalidad. En consecuencia, “el carácter fundamental atribuido al derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo no permite excluir las medidas de conflicto colectivo controvertidas en el asunto principal del ámbito de aplicación del art. 43 CE”³⁸, ni está excluida de ese 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 ésta celebre un convenio colectivo cuyo contenido puede disuadirla del ejercicio de la libertad de establecimiento”.

De ahí la competencia del TJCE, como garante de las libertades económicas, para enjuiciar la colisión entre las libertades fundamentales económicas del Derecho comunitario y las acciones colectivas de autotutela de los sindicatos y de los trabajadores en ejercicio de derechos constitucionales propios, y para ejercer una criba sobre la “legitimidad comunitaria” de las acciones colectivas de los sindicatos que afecten a esas libertades³⁹.

Según el TJCE, el efecto directo *inter privados* del art. 43 TCE, vincula a los sindicatos y puede ser invocado por las empresas que desplacen trabaja-

³⁸ Por otro lado, la Sentencia rechaza la aplicación de la jurisprudencia Albani sobre la relación de los convenios colectivos con el derecho de la concurrencia, entendiendo que por su naturaleza y objeto no debían considerarse comprendidos en el ámbito de aplicación del art. 85.1 TCE. Para el TJCE, esa doctrina no puede extenderse a las libertades fundamentales, sin que pueda considerarse inherente al ejercicio de la libertad sindical y del derecho de huelga cierta vulneración de las libertades fundamentales. Además, las disposiciones relativas a la libre circulación de personas o de servicios responden a requisitos de aplicación propios, habiendo ya afirmado el TJCE que las cláusulas de los convenios colectivos no están excluidas del ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de personas.

³⁹ De Salvia, A. “Prime osservazione sulle sentenze della corte di giustizia nei casi Viking e Laval”, ADL, 3, 2008, p. 798.

dores para limitar el ejercicio sindical del derechos fundamental de acción colectiva reconocido por el ordenamiento nacional, pero también por instrumentos internacionales, entre ellos el CEDH. Invocando la Sentencia Defrenne (dictada en relación con el respeto al convenio colectivo de la prohibición de discriminación por género) la Sentencia Viking sostiene que la prohibición de lesionar una libertad fundamental se extiende a los convenios colectivos (dado su objeto de regular de forma colectiva el trabajo), y asimismo, lo que es una novedad, a las medidas de conflicto colectivo con el fin de celebrar un convenio colectivo que afecte a los trabajadores desplazados, “englobando la acción colectiva conflictual en el convenio colectivo”⁴⁰. La jurisprudencia sentada sobre el posible conflicto entre regulaciones privadas y las libertades económicas se ha extendido así, sin los necesarios matices, a conductas, a una acción colectiva de autotutela sindical, en defensa de los intereses que representan⁴¹.

Las medidas de conflicto colectivo cuestionadas habrían restringido la libertad de establecimiento⁴² por su objetivo y por afectar a los trabajadores desplazados el posible convenio colectivo derivado de la medida de conflicto, en cuanto supone cargas para la empresas,⁴³ hacía menos interesante, o incluso inútil, el ejercicio del derecho de libre establecimiento al impedir a la empresa finlandesa acogerse al mismo trato laboral “low cost” que las demás navieras letonas⁴⁴. La Sentencia reconoce que el derecho a adoptar medidas de conflicto

⁴⁰ Ballestrero, M. V. “Le Sentenze Viking e Laval: La Corte de Giustizia bilanzia il diritto di sciopero”, LD, 2/2008, pág. 376, la cual critica razonadamente que acción conflictual y negociación son dos aspectos distintos de la actividad sindical que no pueden confundirse, aparte de que en el caso examinado el objetivo de la acción colectiva no era tanto la negociación colectiva sino evitar un cambio artificial de abanderamiento para reducir costes salariales.

⁴¹ Se ha criticado esa asimilación entre normas de naturaleza colectiva y acciones colectivas puntuales (Orlandini, G. “Diritto di sciopero, azioni collective transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovo scenari per il diritto sociale europeo”, en W.P. C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona, INT. núm. 45/2006, p. 10.

⁴² En la que se ha incluido la posibilidad de cambios de abanderamiento, aunque la misma, como modificación puramente formal, pero con efectos jurídico-laborales importantes, no cumpla las condiciones que generalmente el TJCE exige para reconocer el ejercicio de la libertad de establecimiento, la existencia de instalaciones propias y definitivas en el lugar hacia donde se ejercita la libertad de establecimiento.

⁴³ Que se trataba de impedir el cambio a una bandera de conveniencia, pues la propietaria del buque es una empresa finlandesa.

⁴⁴ No oculta el Tribunal el deterioro de condiciones salariales y de trabajo que supone el cambio de bandera pero lo eleva a una ventaja legítima efecto del ejercicio de la libertad de establecimiento, que merece la tutela del Derecho comunitario, aun en un caso como el analizado en el que el defendido ejercicio de la libertad de establecimiento no tenía otro fin ni consecuencia que la modificación del régimen jurídico laboral aplicable a los trabajadores de la nave, en beneficio de una sociedad continuaba siendo finlandesa y dirigida desde Finlandia.

colectivo⁴⁵ puede justificar, en principio, una restricción a una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado así como que la protección de los trabajadores figura entre las razones imperiosas de interés general, pues la Comunidad Europea no sólo tiene una finalidad económica, sino también social, de modo que deben sopesarse las libertades del Tratado con los objetivos comunitarios de política social, en particular, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, una protección social adecuada y el diálogo social.

El TJCE se resiste a afirmar expresamente la necesidad de sopesar esas libertades con el derecho fundamental afectado y se limita a afirmar que las acciones colectivas como restrictivas por sus efectos de la libertad de establecimiento han de perseguir un objetivo legítimo, compatible con el Tratado, responder a razones imperiosas de interés general, y ser adecuadas para el logro de ese objetivo no yendo sin ir más allá de lo necesario para alcanzarlo. Pero en la búsqueda de una concordancia práctica entre el derecho fundamental de los sindicatos a adoptar medidas de conflicto, incluida la huelga, y el libre ejercicio de la libertad de establecimiento, la Sentencia Viking utiliza unos criterios de ponderación poco sólidos y poco fundados, aunque no haya tratado de realizar por sí mismo esa ponderación⁴⁶ sino sólo ofrecer elementos de juicio al Tribunal *a quo* (por cierto, un Juez británico que no conoce la figura del derecho de huelga), pero esos elementos de juicio son demasiado cerrados y discutibles.

La Sentencia afirma que el juez nacional tendrá que comprobar si la medida de conflicto colectivo adoptada por el sindicato era adecuada para garantizar la realización del objetivo perseguido y no iba más allá de lo necesario para lograrlo, pero establece un doble requisito para la legitimidad comunitaria de la acción colectiva. Para el TJCE sólo sería relevante para valorar la necesidad y proporcionalidad de la medida de acción colectiva, el interés colectivo de los trabajadores del buques y no el de los demás trabajadores afectados negativamente por las bajas condiciones de trabajo de los marineros estonios⁴⁷.

⁴⁵ “Las medidas de conflicto colectivo, al igual que las negociaciones colectivas y los convenios colectivos, pueden constituir, según las circunstancias especiales de un asunto, uno de los principales medios de los sindicatos para proteger los intereses de sus miembros (véase TEDH, sentencias Syndicat national de la police belge c. Bélgica, de 27 de octubre de 1975, serie A n°19, y Wilson, National Union of Journalists y otros c. Reino Unido, de 2 de julio de 2002, Recueil des arrêts et décisions 2000-V, § 44)”.

⁴⁶ Cfr. Landa Zarain, J. P. y Moreno Marcos, M. “Una nueva encrucijada del Derecho del Trabajo: la compatibilidad del ejercicio de los derechos colectivos de acción sindical con el respeto de las libertades fundamentales del mercado interior comunitario”, cit. p. 15.

⁴⁷ En el caso existía un problema de competencia entre las empresas de delegación estonia y finlandesa que es lo que llevó a Viking a la operación del cambio de abanderamiento, pero el Tribunal obvia la otra cara de la moneda, la competencia entre Viking y las demás empresas

Exige, además, que sus empleos o condiciones de trabajo estuvieran “comprometidos o seriamente amenazados” (criterio que puede enlazar con el sentado en la Sentencia Rüffert, relativa a que los trabajadores desplazados no gocen ya protección en la legislación de origen). Asimismo el juez *a quo* deberá comprobar si con arreglo a la legislación nacional, el sindicato “no disponía de otros medios, menos restrictivos de la libertad de establecimiento, para conseguir el éxito de la negociación colectiva desarrollada con Viking y, por otra parte, si este sindicato había agotado estos medios antes de emprender dicha medida”.

Esa idea de la *última ratio*, o, en su caso, la operatividad de los deberes de paz, es materia propia del respectivo ordenamiento nacional al que ha de sujetarse el ejercicio del derecho a la acción colectiva, materia no armonizada ni armonizable, y con diferencias muy sensibles de tratamiento en los sistemas nacionales de relaciones laborales. El TJCE ha impuesto un límite transversal comunitario a toda acción colectiva que afecte a empresarios que ejerzan una libertad económica fundamental, que no haya otra medida menos incisiva para conseguir el resultado e, incluso, que esa medida se haya llevado a cabo y no haya logrado el resultado esperado.

El TJCE ha sido más severo aún en el enjuiciamiento de la adecuación las medidas de conflicto colectivo seguidas por el sindicato internacional para impedir que los armadores matriculen sus buques en un Estado distinto del que son nacionales. Ha afirmado con rotundidad que “las restricciones a la libertad de establecimiento que se derivan de estas medidas no pueden justificarse objetivamente”. Para ello se basa en que, esa política sindical, de reservar el derecho de negociación colectiva a los sindicatos del Estado del que es nacional el propietario del buque, para la protección y la mejora de las condiciones de trabajo de los marinos, adopta acciones con independencia de que el cambio de bandera puede tener consecuencias perjudiciales sobre el empleo o las condiciones de trabajo de los trabajadores afectados⁴⁸. Sin embargo, no menciona ningún caso en que se haya producido esa acción colectiva con vistas a empeorar las condiciones de trabajo de los trabajadores afectados, y, sobre todo, olvida que la oposición sindical al cambio artificial de abanderamiento de buques, en el que la empresa naviera no tiene relación o vínculo real con el Estado cuya bandera enarbola, tiene como objetivo evitar un tabellón más

suecas que no hubieran utilizado esa maniobra para reducir sus costes laborales, y que puede generar un claro peligro de dumping social, obligando a las demás empresas a hacer lo mismo, en perjuicio de los trabajadores suecos afectados por esa medida, ya sea de pérdida de empleo, ya de reducción sensible de sus condiciones salariales y de trabajo.

⁴⁸ “Se aplica también cuando el buque está registrado en un Estado que garantice a los trabajadores una mayor protección social que la que tendrían en el primer Estado”.

conveniente, también desde la perspectiva de menos cargas laborales y menos control sindical, política sindical que ha encontrado apoyo en diversas organizaciones internacionales, incluida la OIT. Desde hace más de 50 años, la ITF está promoviendo la exigencia de un nexo genuino entre el país de abanderamiento y la empresa naviera para proteger a los trabajadores del mar en su conjunto.

Para defender la libertad de establecimiento, la jurisprudencia comunitaria parece haber dado carta blanca a una práctica objeto de severas críticas en los medios internacionales, no sólo por la explotación de los marinos afectados, sino también por las distorsiones que plantean en el mercado de transportes las navieras que utilizan bandera de conveniencia, que están produciendo la reducción y separación de flotas nacionales y la eliminación de muy numerosos puestos de trabajo.

4.2. La Sentencia Laval

La Sentencia Laval⁴⁹ también ha tenido que pronunciarse sobre la incidencia en una libertad económica del TCE, en este caso la libertad de prestación de servicios, con el ejercicio de adoptar medidas de conflicto colectivo, incluida la huelga, en cuanto ese ejercicio incida las condiciones de trabajo de trabajadores desplazados.

El tema estaba afectado por las peculiaridades del sistema sueco de negociación colectiva⁵⁰ carente de regulación legal, basado en la autonomía colectiva y de amplio ámbito de eficacia real, sin espacio para medidas estatales “terapéuticas” de declaración de eficacia general del convenio, que sería una

⁴⁹ Denominada en el mundo anglosajón y nórdico también como Sentencia Vaxholm. En el caso de origen se había cuestionado la legitimidad en Derecho comunitario de una acción colectiva emprendida por un sindicato sueco frente a una empresa letona para imponerle un convenio colectivo sin eficacia general y unas condiciones salariales y de trabajo más allá del núcleo de condiciones mínimas establecido en la Directiva 96/71. Ante un bloqueo, que la policía no había impedido por considerarlo legal según la legislación sueca (la Lex Britannia), Laval había presentado una demanda ante un tribunal laboral sueco para que se declarase ilegal el bloqueo y se condenase al sindicato a resarcir los perjuicios. La cuestión prejudicial se ha centrado en la posible violación del Derecho comunitario por la acción sindical emprendida, y también por la legislación sueca que la autorizaba.

⁵⁰ Según S. Sciarra sobre el trasfondo de este caso se sitúa un fuerte contraste entre los dos sistemas nacionales en conflicto el eficiente modelo sueco en el que los convenios colectivos son vinculantes pero no están dotados de eficacia general y el empobrecido modelo de los países de la ampliación (“Viking y Laval: huelga, convenio colectivo y libertades fundamentales en el Mercado Europeo”, RL, 15-16, 2008, pág. 17). La patronal sueca al informar de la sentencia Laval afirmó que la misma supone un cuestionamiento y una necesidad de revisión del sistema sueco de relaciones laborales basado desde hace un siglo en la codeterminación y autonomía colectiva.

injerencia estatal intolerable por incompatible con la base voluntarista del sistema.

El TJCE, aunque reconoce las peculiaridades del sistema de relaciones laborales sueco, no las ha tenido en cuenta, más bien lo cuestiona indirectamente, pues “muestra una voluntad de atenuar los efectos cuando tal sistema entra en contacto con potenciales beneficiarios transnacionales de los convenios colectivos como han de considerarse los trabajadores desplazados a Suecia”⁵¹. En Laval el TJCE reitera lo afirmado una semana antes en Viking, pero llega más lejos también porque se remite al juez a quo para realizar la ponderación entre el derecho fundamental y la libertad de desplazamiento, la realiza por sí mismo⁵², lo que le da un mayor alcance que expresa una voluntad implícita de sentar unas principios generales sobre la cuestión más allá del caso concreto examinado.

En Laval estaba en juego la libertad de prestación de servicios y la Directiva 96/71, al existir un desplazamiento temporal de trabajadores. El TJCE ha examinado la cuestión teniendo en cuenta ambas regulaciones pero predominantemente se ha basado en el art. 49 TCE y de sus exigencias a cuya luz considera que debe interpretarse la Directiva 96/71⁵³ que establece “en interés de los empresarios y su personal” (sic) las condiciones de trabajo para los trabajadores desplazados temporalmente, estableciendo un núcleo de disposiciones mínimas en el Estado de acogida contempladas en su art. 3.1, que se refiere a salarios mínimos fijados en el ámbito de la construcción por determinadas fuentes, con la posibilidad prevista en el art. 3.8 que Suecia no ha utilizado. Los salarios mínimos en la construcción en Suecia “implican una negociación caso por caso, en el lugar de trabajo”, por lo que no se encuadrarían en el concepto de salario mínimo del art. 3.1.1 C) de la Directiva 96/71 ni podían considerarse disposi-

⁵¹ Sciarra S. “Viking y Laval: huelga, convenio colectivo y libertades fundamentales en el Mercado Europeo”, cit., p. 17.

⁵² Landa Zarain, J. P. y Moreno Marcos, M. “Una nueva encrucijada del Derecho del Trabajo: la compatibilidad del ejercicio de los derechos colectivos de acción sindical con el respeto de las libertades fundamentales del mercado interior comunitario”, cit. pág. 21.

⁵³ Según la Sentencia, la Directiva tiene por objeto, por un lado, asegurar una competencia leal entre las empresas nacionales y las empresas que realicen una prestación de servicios transnacional en la medida en que obliga a estas últimas a reconocer a sus trabajadores, respecto a una lista limitada de materias, las condiciones de trabajo y empleo fijadas, en el Estado miembro de acogida, y asegurar a los trabajadores desplazados la aplicación de las disposiciones de protección mínimas del Estado miembro de acogida en relación con las condiciones de trabajo y empleo relativas a las materias mencionadas mientras realizan actividades con carácter temporal en el territorio de dicho Estado miembro permitiéndoles disfrutar de mejores condiciones de trabajo y empleo en este último Estado. No contempla el interés de los trabajadores locales a evitar la competencia de otros trabajadores con condiciones salariales y de trabajo inferiores.

ciones imperativas de protección mínima, “comunitariamente” exigibles a las empresas que se desplazan, ni puede invocarse el precepto para obligar a las empresas aceptarlas, ni el Estado está facultado para exigirlo

Siguiendo en el marco de la Directiva, el TJCE se refiere a otras materias a las que pueden referirse las condiciones de trabajo y empleo aplicables a los trabajadores desplazados, señalando que ciertas cláusulas del convenio colectivo de la construcción de Suecia difieren de las contempladas en el art. 3.1 de la Directiva, en especial en relación con el tiempo de trabajo, las vacaciones anuales y obligaciones de carácter pecuniario para un Fondo de Pensiones y diversas primas de seguro, y, por ello, van más allá de las disposiciones imperativas de protección mínimas, cuyo respeto puede exigirse a las empresas que desplazan trabajadores, pues, de otro modo, “se privaría de eficacia a la Directiva”. Sin perjuicio de que las empresas de fuera se adhieran voluntariamente en el Estado de acogida a un nivel de protección más favorable para los trabajadores desplazados, o de que, con arreglo al art. 3.10 de la Directiva, los Estados puedan imponer disposiciones de orden público, esas disposiciones no se puedan imponer por la negociación colectiva, al no ser los interlocutores sociales entidades de Derecho público ni puedan invocar ese art. 3.10 para alegar razones de orden público a fin de fundamentar una medida de conflicto colectivo como la controvertida.

La conclusión es radical; la autonomía colectiva no está legitimada para imponer en el Estado de acogida por razones de orden público condiciones de trabajo “adicionales” al núcleo de condiciones mínimas. La Directiva se interpreta como una barrera o frontera para la autonomía colectiva cuando opere o actúe respecto a las condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados.

Seguidamente, la Sentencia se propone enjuiciar la acción sindical desde el art. 49 TCE. Reitera la aplicación directa del precepto entre sujetos privados, su imposición normativa privadas que regulen colectivamente las prestaciones de servicios⁵⁴, su vinculación a los sindicatos en la contratación colectiva y el que otorga a los empresarios que prestan servicios transnacionales derechos invocables directamente ante los Tribunales nacionales. También en este caso al afirmar que la libre prestación de servicios correría peligro si la supresión des barreras estatales “pudiera ser neutralizada con obstáculos derivados de actos realizados en ejercicio de su autonomía jurídica por asociaciones” u organizaciones privadas el TJCE ha dado un salto lógico desde una regulación de las

⁵⁴ Doctrina sentada para el supuesto muy distinta de reglas establecidas unilateralmente por asociaciones o corporaciones (SSTJCE de 12 de diciembre de 1974, Walrave y Koch, 36/74, de 15 de diciembre de 1995, Bosman y otros, C-415/93, y de 19 de febrero de 2002, Wouters y otros, C-309/99).

prestaciones de servicios, a una regulación de las condiciones de trabajo aplicables a trabajadores implicados en esas prestaciones de servicios, y desde regulaciones a “actos” o conductas. Además olvida que la sujeción a un convenio colectivo que no es de eficacia general es voluntaria, requiere la aceptación o adhesión de la parte empresarial, lo que en el fondo hace que la cuestión no esté tanto en la contratación colectiva sino en la legitimidad de medidas de presión colectiva con vistas a lograr un acuerdo colectivo con el empresario.

El TJCE reconoce que 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 general⁵⁵ que puede justificar, en principio, una restricción a una de las libertades fundamentales pero que el carácter fundamental atribuido al derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo no impide que el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto⁵⁶ genere una restricción a la libre prestación de servicios del artículo 49 TCE si son adoptadas contra una empresa establecida en otro Estado miembro que desplace a trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional y hacen menos interesante, e, incluso, más difícil, para dichas empresas la ejecución de obras de construcción en el territorio sueco por ello.

De nuevo el TJCE ha reconocido los fines sociales de la Comunidad Europea e insiste en la necesidad de conciliar el derecho a la libre circulación de servicios con los objetivos comunitarios de política social, y la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, sin embargo para él esa conciliación exigirá tan sólo que las acciones colectivas en cuanto impliquen restricción de libertad de prestación de servicios deben estar justificadas por su idoneidad, finalidad y

⁵⁵ El Tribunal se remite a las sentencias *Arblade* y otros, apartado 36; *Mazzoleni e ISA*, C-165/98, apartado 27; de 25 de octubre de 2001, *Finalarte* y otros, C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 y C-68/98 a C-71/98, y *ITWF y FSU*, C-438/05, apartado 77). Vid. *Lhernould*, A. “Les salariés détachés ont ils droit au salaire minimal garanti dans l’Etat d’accueil?”, *Revue de jurisprudence sociale*, 2001, p. 487 y ss.; *Mayr*, K. “Grenznahe Unternehmen un fein Mindestlohn bei Entesendung, Socialdumping?”, *European Law Reporting*, 2001, p. 134 y ss.; *Quiñones Escámez*, A. “Libre prestación de servicios y normas de policía sobre salario mínimo ¿es oportuno el control de proporcionalidad?”, *La Ley*, 2002; *Valverde Asencio*, A. “Cuánta mínima del salario”, en *Casas Baamonde*, M.E. y *Del Rey Guanter*, S. “Desplazamiento de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales”, Madrid, 2002, p. 112 y ss.

⁵⁶ Mediante las cuales, destaca el TJCE, esas empresas de fuera puedan verse obligadas a adherirse a un convenio colectivo de la construcción que tiene cláusulas que difieren de las disposiciones legales y establecen condiciones de trabajo y empleo más favorables en materias contempladas en el art. 3.1 de la Directiva 96/71 y otras cláusulas que se refieren a materias no previstas en ese precepto, y a negociar por tiempo indeterminado con las organizaciones sindicales en el lugar de ejecución de la prestación de servicios.

proporcionalidad⁵⁷. No realiza una verdadera acomodación entre los derechos, estableciendo límites en cada uno de ellos para que pueda operar el otro, más bien somete el derecho fundamental de acción sindical a las exigencias de una libertad económica, para la que no deviene límite externo el derecho fundamental.

El Tribunal, en una discutible ponderación de los bienes en presencia⁵⁸, niega la legitimidad de las medidas de conflicto colectivo adoptadas, y lo hace mediante una sorprendente inversión de planos; no interpreta, como ha hecho antes, la Directiva a la luz del art. 49 TCE, sino que dilucida el alcance de ésta libertad fundamental a la luz de la Directiva, en un momento en el que la igualdad de trato trata de imponerse con carácter general en la nueva Directiva sobre las ETT, también afectada por la libertad de circulación. La única consideración que hace es que las obligaciones contenidas en el convenio colectivo iban más allá del mínimo de protección de los trabajadores definido en la Directiva, y que la exigencia de negociar los salarios en el lugar de trabajo eran demasiado onerosa e incierta, crítica y rechazo del sistema descentralizado sueco de fijación de los salarios⁵⁹, que algunos documentos comunitarios habían puesto como ejemplo de flexibilidad salarial.

En la Sentencia Laval la legitimidad del objetivo perseguido por la acción colectiva de los sindicatos parece referirse, ante todo, a la protección de los trabajadores desplazados en el marco de la prestación de servicios transnacional, excluyendo de legitimidad la defensa sindical del sistema sueco de contratación colectiva, la protección de los trabajadores nacionales a los que puede perjudicar los muy bajos salarios de los trabajadores desplazados, y, más genéricamente, la prevención del dumping social.

Lo que parece deducirse de la Sentencia Laval es que los contratos de trabajo de los trabajadores desplazados serían “inmunes” a la acción colectiva de los sindicatos del lugar de prestación de servicios, aunque no necesariamente

⁵⁷ “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”.

⁵⁸ Cfr. Caruso, B. “La integración de los derechos sociales en el espacio social supranacional y nacional; primeras reflexiones sobre los casos Laval y Viking”, RL. 15-16, p. 49 y ss.

⁵⁹ S. Sciarra, señala que el TJCE ha destacado la inadecuación del sistema contractual sueco, que crea una incertidumbre sobre la negociación salarial y su resultado, pero sin subrayar la incierta coordinación desarrollada por la Oficina Nacional (art. 4) obligada a suministrar informaciones que faciliten la movilidad transfronteriza de los servicios y que aclare las tutelas que deben ser garantizadas a los trabajadores desplazados Sentencia Comisión/Luxemburgo, de 21 de octubre de 2004 C-445/03 (“Viking y Laval: Huelga, Convenio Colectivo y libertades fundamentales en el Mercado Europeo”, cit. p. 22).

de la contratación colectiva, pero “totalmente” voluntaria sin que le pueda ser “impuesta” a través de medidas de conflicto colectivo. “Comunitariamente” esta voluntad estaría “viciada” por la presión de la acción colectiva, con ello se niega toda la lógica del sistema de relaciones laborales y el papel de las medidas de conflicto y se vuelve cien años atrás al rechazo de la huelga como “restraint of trade”.

Por último, la Sentencia Laval examina la compatibilidad con el Derecho comunitario de la llamada *Lex Britannia sueca*⁶⁰. Para el Tribunal, esa Ley, en cuanto no tiene en cuenta los convenios colectivos a los que ya están vinculadas las empresas que desplazan trabajadores, crea una discriminación al aplicarles el mismo trato que a las empresas nacionales que no han celebrado convenio colectivo alguno⁶¹. La intención de la norma sueca que en Suecia los trabajadores que se desplacen gocen de las mismas retribuciones y condiciones de empleo que las aplicadas normalmente en Suecia, con igualdad de condiciones entre los empresarios no constituye una razón de orden público, de seguridad pública o de salud pública, y genera una discriminación injustificada que contradice el art. 49 TCE.

Se cierra así cualquier resquicio a la inmunidad de los empresarios que desplazan trabajadores frente a una acción sindical que vaya más allá de las exigencias mínimas establecidas en el art. 3 de la Directiva 71/96. Sin embargo, para la legislación estatal quedaría el resquicio de la reserva de orden público del art. 3.10 de la misma, que poco más tarde el propio TJCE tratará de cerrar.

⁶⁰ Según la cual el deber de paz legal no se aplica a medidas relacionadas con condiciones de trabajo y empleo nacionales, de modo que una empresa que desplaza a trabajadores en el marco de una prestación de servicios y esté vinculada por un convenio colectivo sujeto al derecho de otro Estado miembro, no puede invocar tal previsión ni el consiguiente deber de paz frente a los sindicatos, equiparando así al empresario nacional sin convenio colectivo, con el empresario de otro Estado miembro vinculado por un convenio colectivo propio, para combatir el dumping social y permitir a los sindicatos lograr que se apliquen los salarios y condiciones de trabajo a los trabajadores afectados.

⁶¹ Sin afirmarlo explícitamente, el TJCE está evitando, también, la duplicidad o solapamiento de protecciones, mediante la exigencia de que el que interés tutelado por la norma cuestionada no esté ya salvaguardado por las normas laborales a las que está sujeto el trabajador desplazado, sobreentendiendo que el convenio colectivo de origen aplicable a los trabajadores desplazados ya los protege suficientemente. Según la Sentencia Comisión/Luxemburgo, de 21 de octubre de 2004 (C-445/03), la extensión de la legislación, o los convenios colectivos cualquier persona que efectúe un trabajo por cuenta ajena, aun cuando sea temporal, “está supeditada al requisito de que los trabajadores afectados, que realizan temporalmente trabajos en el Estado de acogida, no gocen ya de la misma protección, o de una protección esencialmente comparable, en virtud de obligaciones que se impongan a su empresario en el Estado miembro en el que se halla establecido”.

4.3. La sentencia Rüffert

La sentencia Rüffert ha dado un nuevo e importante paso en la determinación de la relación de la libertad de prestación de servicios y la Directiva 96/71 con el derecho fundamental de emprender acciones de autotutela sindical en protección de los trabajadores afectados por el ejercicio de esa libertad y para la consecuente prevención del dumping social. Se trata del enjuiciamiento de una legislación nacional que permite adjudicar contratos de obras y de transporte público de cercanías a empresas que abonen a sus trabajadores los salarios fijados en los convenios colectivos vigentes en el lugar de ejecución de la prestación de servicios, obligando contractualmente a los adjudicatarios, y a sus subcontratistas, a abonar a los trabajadores desplazados, como mínimo, la retribución prevista en el convenio colectivo aplicable en el lugar de ejecución de la actividad, aunque, como ocurría en el caso, no hubiera sido declarado de eficacia general⁶².

La cuestión prejudicial se refería tanto al alcance de la interpretación de la Directiva 96/71 como de la libertad de prestación de servicios, al suscitar si la misma podía limitarse, mediante una protección nacional reforzada, por imperativos ligados a la protección de los trabajadores desplazados y a la prevención del dumping social a favor de las empresas y de los trabajadores nacionales, más allá de los límites propios de la competencia desleal⁶³.

El TJCE, en línea con otros casos precedentes⁶⁴, ha interpretado y aplicado 96/71, y en particular si la imposición legal de un salario mínimo se refiere a

⁶² En el caso una contratista asumió en Alemania el compromiso exigido por la Ley de un Land, pero uno de sus subcontratistas, una empresa polaca, que desplazó a sus propios trabajadores polacos, les abonó los salarios de origen, notablemente inferiores, menos de la mitad de los mínimos convencionales exigidos por la legislación alemana, lo que dio lugar a que el Land resolviera el contrato por incumplimiento, y, además, demandaron a la adjudicataria el resarcimiento de daños. En ese proceso el Oberlandesgericht Celle ha planteado ante el Tribunal de Justicia su duda sobre si la Ley del Land es compatible con la libertad de prestación de servicios del artículo 49 CE, al privar a las empresas de la ventaja competitiva de sus costes salariales más bajos, creando un obstáculo para el acceso al mercado de las personas físicas y jurídicas procedentes de otros Estados miembros, sin que la obligación de respetar los convenios colectivos locales estuviese justificada por razones imperiosas de interés general, sino un objetivo económico, la protección de las constructoras alemanas frente a la competencia procedente de otros Estados miembros. Más en extenso sobre esta Sentencia, Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, M. "El Caso Rüffert, ¿una constitucionalización del dumping social?", RL, 15-16, pag. 83 y ss.

⁶³ Sin embargo en el proceso la Comisión ha examinado la cuestión partiendo del art. 3 de la Directiva 96/71 y su referencia a los convenios colectivos declarados de eficacia general. Apartado incompatible imponer un nivel salarial previsto en un convenio colectivo no declarado de eficacia general, al no existir un interés general imperioso el exigir en el caso de contratos públicos condiciones salariales más rigurosas a los trabajadores desplazados.

⁶⁴ Sentencias de 12 de octubre de 2004, Wolff & Müller, C-60/03, apartado 27, y de 29 de enero de 2008, Promusicae, C-275/06, apartado 42.

un salario fijado según los mecanismos previstos en el art. 3 de la Directiva 96/71, al tratarse de un desplazamiento temporal de trabajadores el marco de una prestación de servicios transnacional⁶⁵, aunque la Sentencia hace también referencia adicional confirmatoria del art. 49 TCE⁶⁶.

Según la Sentencia Rüffert el salario mínimo que impone la Ley del Land no derivaba de una disposición legal, a los efectos del art. 3.1.1 c) de esa Directiva, pues esa ley no fija cuantía mínima alguno, y el convenio colectivo local no era un convenio colectivo de eficacia general en el sentido del mismo precepto, ni tiene efecto general en todas las empresas similares del sector en el ámbito de aplicación territorial pues solo se impone a los contratos públicos. Por ello, los Estados miembros no pueden imponer esos salarios de convenios de eficacia limitada en relación con una prestación de servicios transnacional⁶⁷, no siendo inaplicable el principio de favor establecido en el art. 3.7 de la Directiva 96/71 en ventaja de los trabajadores desplazados, o para mantener sus condiciones más favorables de origen.

Para el TJCE, la Directiva encomienda al Estado de acogida establecer un cierto grado de protección a favor de los trabajadores desplazados, pero dentro de unos límites estricto que, de sobrepasarse, privarían de eficacia a la Directiva. Se sigue así la línea de la Sentencia Laval de una interpretación rigurosa del margen de disponibilidad del Estado miembro de acogida, evitando la imposición de “protecciones reforzadas” convirtiendo así “la norma comunitaria en un techo” y vaciando de contenido la posibilidad en el Estado de acogida de mejorar, más allá del mínimo previsto en la Directiva 96/71, las condiciones de trabajo de los desplazados⁶⁸.

Aceptada la una infracción de la Directiva, el TJCE responde de forma más directa al planteamiento por órgano *a quo* de la cuestión prejudicial referida al

⁶⁵ Para el TJCE resultaba indiferente, por ser una situación comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 96/71, que el objeto de la normativa alemana no fuera regular el desplazamiento de los trabajadores. Sin embargo, destaca que la AEntG, la norma que traspone al ordenamiento jurídico alemán a la Directiva 96/71, ya regula la cuestión en cuanto extiende la aplicación de las disposiciones relativas a los salarios mínimos de los convenios colectivos que se declaren de aplicación general en Alemania a los empresarios establecidos en otro Estado miembro que desplacen a sus trabajadores a Alemania.

⁶⁶ La compatibilidad con el Derecho comunitario de la medida nacional podría analizarse únicamente desde la Directiva 96/71, o desde el art. 49 CE. Si la regulación nacional controvertida infringía la Directiva, se descartaría la aplicación directa del Tratado, aunque, al ser éste su base jurídica, la infracción de la Directiva implicaría a la vez la del Tratado. Si esa infracción no fuera de un aspecto concreto de la Directiva, sino directamente del Tratado, el examen habría de realizarse desde el propio tratado. Cfr. Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo, en el asunto Comisión/Alemania (sentencia de 18 de julio de 2007, C-490/04), apartado 28.

⁶⁷ Cita precisamente, los Apartados 70 y 71 de la Sentencia Laval.

⁶⁸ Así, Guamán Hernández, A. “Desplazamiento temporal de trabajadores y convenios colectivos: el caso Rüffert”, cit. p. 17.

art. 49 CE, y afirma que “el objetivo de dicha Directiva consiste, en particular, en la consecución de la libre prestación de servicios, la cual es una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado” olvidando el doble alma de la Directiva, que, en su origen y en sus propios considerandos, hace referencia a la protección de los trabajadores desplazados⁶⁹.

Obligar al contratista “desplazador” a abonar unos salarios superiores a los del país de establecimiento, le impone una carga económica adicional que puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida. Por lo que puede constituir una restricción de la operatividad del artículo 49 CE.

Como en toda restricción, debe examinarse si la medida persigue un interés general de tutela si contribuye de manera significativa a ella, si es una medida proporcionada, y no existe una medida menos lesiva de la libertad de prestación de servicios⁷⁰ no implica una duplicación de tutelas. El TJCE considera que la medida no puede “estar justificada por el objetivo de la protección de los trabajadores”, y parece estar refiriéndose sólo a los trabajadores desplazados e, implícitamente, a evitar la duplicación de tutelas. Con ello, parece entenderse que la legislación controvertida de contratación administrativa tenía una finalidad económica de protección de las empresas contratistas alemanas, lo que resultaría para el TJCE que la normativa se aplica únicamente a los contratos públicos, y no se aplica a los trabajadores desplazados en contratos privados. El que el

⁶⁹ La promoción de la prestación transnacional de servicios “requiere un clima de concurrencia leal y medidas que garanticen el respeto de los derechos de los trabajadores”. Cfr. Cremers, J. Dølvik, J. E. and Bosch, G., “Posting of Workers in the Single Market: Attempts to Prevent Social Dumping and Regime Competition in the EU”. *Industrial Relations Journal*, Vol. 38, 6, pp. 524-541, Nov. 2007, quienes recuerdan que la Directiva era una parte integral del Programa de Acción de la Comisión vinculado a la Carta Comunitaria de derechos fundamentales de los trabajadores y pretendía establecer un marco legal para las condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados temporalmente a otro Estado miembro. Según Landa Zapirain y Moreno Marcos, se ha invertido el equilibrio entre libertades económicas y derechos fundamentales, entre los objetivos de política social y económica, sin que pueda ya confiarse al activismo inicial del actual Tribunal porque su composición se ha desplazado hacia un pensamiento y una cultura renovadamente liberal de los países del Este, que no han dispuesto de la experiencia histórica suficiente para calcular sus costes sociales (“Una nueva encrucijada para el Derecho Trabajo: la compatibilidad del ejercicio de los derechos colectivos de la acción sindical con el respeto a las libertades fundamentales del mercado interior comunitario”, cit. p. 36). La propia Comisión, en su Comunicación sobre “Orientaciones en relación con el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios” (SEC 2006 439), ha afirmado que “la Directiva tiene una clara finalidad social: garantizar a los trabajadores desplazados que, durante el período de desplazamiento, su empleador cumplirá determinadas normas protectoras del Estado miembro en el que se hallan”.

⁷⁰ Cfr. Giubboni, S. y Orlandini, G. “La libera circolazione dei lavoratori nell’Unione europea”, Bolonia, 2007, p. 101 y ss.

salario del convenio se imponga al trabajador desplazado en el marco de un contrato público de obra, lleva a considerar que la norma no persigue realmente la protección de (todos) los trabajadores⁷¹. Por ello el Tribunal declara que la Directiva 96/71, interpretada a la luz del artículo 49 CE, se opone una medida legal que exija a la entidad adjudicadora de un contrato público de obras que se comprometan a pagar a sus trabajadores, como mínimo la retribución prevista en el convenio colectivo aplicable en lugar de la referida ejecución.

La Sentencia Rüffert rechaza así las exigencias sociales específicas en la contratación pública y la tendencia internacional a asegurar que se perciban los mismos salarios en los contratos públicos que en los contratos privados⁷²: Lee esas exigencias en sentido inverso, como si fueran privilegios en la contratación pública, que no se establecen en la contratación privada. Según el TJCE, obligar a abonar los salarios locales supondría una carga económica para el prestador transnacional de servicios económica adicional que, aunque no impida ni obstaculice la ejecución de la prestación de servicios en el Estado de acogida, la haría “menos interesante”, lo que no permitiría el art. 49 TCE.

Aunque la Sentencia Rüffert no haya ignorado que el distinto nivel salarial puede afectar a la competencia entre empresas y entre trabajadores y generar un posible dumping social⁷³, ha entendido, sin embargo, que ese bajo coste sala-

⁷¹ Además, frente a la alegación del Gobierno alemán, la Sentencia niega que la medida pueda justificarse por el objetivo de garantizar la protección de la organización autónoma de la vida profesional, mediante sindicatos, aunque este objetivo estaba implícita en la legislación laboral histórica sobre los contratos públicos.

⁷² La idea de que en la licitación propia de la contratación pública no se sacrifiquen los derechos de los trabajadores y que no se usen los fondos públicos para explotar a los trabajadores, mediante la incorporación de cláusulas en la contratación que garanticen a los trabajadores salarios y condiciones de trabajo no menos favorables que las establecidas para un trabajo de igual naturaleza en la profesión o industria del lugar, ha inspirado numerosas normativas nacionales, y ha encontrado algún reflejo en la propia disciplina comunitaria en materia de contratos públicos. Vid. Apartados 32 a 34 Directiva 2004/18/CE. El carácter “social” y no económico de la medida, se demuestra en el convenio núm. 94 OIT sobre las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas, 1949), que trata de garantizar que los trabajadores empleados en la ejecución de contratos públicos perciban salarios y gocen de condiciones laborales que no sean menos favorables que las establecidas mediante convenio colectivo, laudo arbitral o legislación, para el mismo trabajo en el lugar que se realice. Vid. *Cláusulas de trabajo en los contratos celebrados por las autoridades públicas*, CIT, 2008. Cfr. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. “Contratación pública y condiciones de trabajo”, RL, 2008, p. 1 y ss. La Sentencia Rüffert, ha merecido severas críticas en la 97 reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, de junio de 2008, donde se ha expuesto, la necesidad de que la Unión Europea aborde con urgencia la cuestión de la movilidad intracomunitaria y la contratación pública, a fin de evitar ambigüedades, y teniendo en cuenta que los objetivos del Convenio núm. 94 son plenamente compatibles con los del Tratado de la UE (Actas provisionales 19, apartado 120). (GB).

⁷³ Según Guamán Hernández, A., el TJCE ha convertido la Directiva 76/91 de instrumento, en origen para gestionar la diversidad y evitar el dumping social, en una suerte de máximo

rial es una ventaja competitiva legítima a favor de los contratistas de otro Estado de la Unión que les facilita, e, incluso, incentiva para ejercer la libertad de desplazamiento⁷⁴, pese al peligro de fomentar cesiones materiales de mano de obra⁷⁵.

Un último paso en la restricción de medidas nacionales del Estado de acogida aplicables a los trabajadores desplazados lo ha supuesto la Sentencia Comisión/Luxemburgo⁷⁶, que ha afirmado que la reserva de orden público constituye una excepción al principio fundamental de la libre prestación de servicios, que debe ser interpretada de forma restrictiva y cuyo alcance no puede ser determinado por los Estados miembros unilateralmente, y, más en concreto, que el art. 10,3 de la Directiva 96/71 constituye una excepción al principio de las materias que el Estado miembro de acogida puede imponer a las empresas que desplazan trabajadores a su territorio, más allá de las que se enumeran, con carácter exhaustivo, en su artículo 3, primer párrafo. Por consiguiente, el art. 10.2 “debe interpretarse en sentido estricto”, como excepción al sistema establecido por la Directiva y del principio fundamental de libre prestación de servicios sobre el que la misma se funda⁷⁷.

El Estado de acogida no puede imponer a los prestadores de servicios de otro Estado que desplacen trabajadores a su territorio todas las disposiciones de su Derecho del trabajo o las que le parezcan oportunas, aunque operen internamente como de orden público social, ni puede determinar por sí mismo, sin

común, con el posible efecto colateral de que si no son exigibles las mejoras salariales, en convenios colectivos sin eficacia general, para los trabajadores de las empresas extranjeras, difícilmente pueden aplicarse a las nacionales. Por otro lado, el abandono del objetivo de la protección de los trabajadores supone para ella una igualación por la vía negativa y una desprotección de la autonomía colectiva reconocida constitucionalmente, sin consideración alguna a la desigualdad de trato que de todo ello resulta para los trabajadores (“Desplazamiento transnacional de trabajadores y convenios colectivos: el caso Rüffert”, cit. p. 19 y ss.).

⁷⁴ Llama la atención que el TJCE no haya destacado que la empresa polaca había incumplido los requisitos de la Directiva, pues no había abonado tampoco el salario mínimo nacional de la construcción establecido en un convenio colectivo de eficacia general, como le había informado el Tribunal *a quo*.

⁷⁵ Vid. sobre el fenómeno de la prestación de servicios “labour intensive” y su conexión con la interposición de mano de obra, Bano, F. “La circolazione comunitaria di servizi labour intensive”, cit. p. 7 y ss.

⁷⁶ 19 de junio de 2008 (asunto C-319/2006).

⁷⁷ Kokott, J. “Die Auslegung der Entsende-Richtlinie durch den EuGH in den Entscheidungen Laval und Rüffert”, Berlín, 1988, pag. 5 y ss. Esa transformación de la Directiva 96/71 de un estándar mínimo a un estándar máximo, se había intentado establecer en la versión inicial de la Directiva Bolkestein, que expresamente vedaba a los Estados miembros para adoptar medidas restrictivas (Cfr. Gekiere, W. “The proposal of the European Commission for a Directive on Services in the Internal Market: An Overview of its main features and critical reflexions”, Bulletin of Comparative Labour Relations, 58, pag. 25.

control comunitario alguno, las exigencias de orden público para imponer normas laborales adicionales, como excepción o límite de la libre prestación de servicios⁷⁸. La Sentencia parece ir más allá de la precedente doctrina sobre que la libre prestación de servicios sólo podría limitarse mediante normas justificadas *por razones imperiosas de interés general*, que se apliquen a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el territorio del Estado miembro de acogida⁷⁹.

La Sentencia Comisión/Luxemburgo también ha examinado la compatibilidad con el art. 3.10 de la Directiva 76/91, de la ley luxemburguesa, en cuanto calificaba de disposiciones de orden público nacional se incluían las disposiciones relativas a los convenios colectivos de trabajo, sin exigir que fueran de eficacia general. La norma luxemburguesa no podrá constituir una excepción de orden público porque nada justifica que las disposiciones que regulan la elaboración y aplicación de los convenios colectivos “puedan subsumirse, *per se* y sin más precisión, en el concepto de orden público”, ni las propias disposiciones de los convenios colectivos “que tampoco pueden subsumirse en dicho concepto, en su totalidad y por el mero motivo de que emanan de ese tipo de actos”. Además, el artículo 3.10 de la Directiva 96/71 se refiere exclusivamente a las condiciones de trabajo y de empleo establecidas por los convenios colectivos declarados de eficacia general y no simplemente a los convenios colectivos de trabajo. La Sentencia “condena” es el que de por sí y en su totalidad se declare de orden público cualquier regulación colectiva y en especial cuando no se trata de un convenio colectivo de carácter general.

El Tribunal hace una interpretación forzada, para descalificarlo, del precepto nacional, pues se refiere a los convenios colectivos sin mencionar las condiciones de trabajo que establezcan. Sin duda puede considerarse de orden

⁷⁸ Sentencia Omega, 14 Octubre 2004, C-36/02. Para el TJCE, el concepto de orden público es un concepto de Derecho comunitario, que debe interpretarse en sentido estricto y “sólo puede invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad”.

⁷⁹ Sentencias Arblade y Finalarte, citadas. El concepto de concepto de orden público fue objeto de aclaración en la Declaración nº 10 del Consejo y de la Comisión en la adopción de la Directiva 96/71, como disposiciones obligatorias a las que no puede hacerse excepción y que, por su naturaleza y objetivo, responden a exigencias imperativas del interés público”, incluyendo objetivos de política social y la protección de los trabajadores. Por su parte, la Directiva 2006/123 afirma en su Considerando 7 haber tenido en cuenta otros objetivos de interés general citando separadamente y como distintos a la “seguridad pública y la salud pública” y en su art. 4 8) define la “razón imperiosa de interés general incluyendo, además, del orden y la seguridad pública la protección de los trabajadores y los objetivos de política social”, lo que podía haber servido de criterio de interpretación al TJCE. Desde la perspectiva de la Directiva 2006/123 desarrollo directo de la libertad de prestación de servicios podría calificarse de contra legem, la interpretación extrema del concepto de orden público del TJCE.

público la propia institución del convenio colectivo, su régimen jurídico y, desde luego, el derecho a la negociación colectiva sin la cual faltaría un elemento consustancial a un sistema democrático, la base del propio modelo de la Unión Europea. Al Estado de acogida no le puede ser indiferente el respeto del derecho a la negociación colectiva y demás derechos colectivos de los trabajadores desplazados situados temporalmente en su territorio. Sin embargo, el TJCE no ha querido analizar el tema desde esa perspectiva del derecho a la negociación y acción colectiva, más bien parece aceptar la idea de que los convenios colectivos “impuestos” por mandato legal o por medidas de conflicto, son un obstáculo para el ejercicio de la libertad de prestación de servicios en cuanto “perjudican” a los empresarios que en ejercicio de esa libertad desplazan a sus trabajadores.

El llamado efecto horizontal y la aplicación directa de la libertad de circulación de servicios incluiría así la eliminación de obstáculos que resulten del ejercicio de la autonomía colectiva, una restricción que se impone frente al mercado y a sus reglas. La autonomía colectiva trata, precisamente, de actuar en ese mercado y siguiendo sus reglas, pero enfrentándose con libertades económicas, entre ellas la más fundamental, la de la libertad de empresa⁸⁰. El resultado de la negociación colectiva es un acuerdo libre, pero para el Tribunal no lo es cuando, para conseguirlo, se ejerce una presión sindical, ignorando los desequilibrios de poder que el sindicato trata de equilibrar. El problema no es ya el efecto directo de la libertad de circulación, sino el “mandatory rule” que se deriva de ella la tutela de la libertad empresarial frente a las acciones y negociaciones colectivas, y su “ilicitud comunitaria” desde el presupuesto de que una huelga (o un convenio colectivo “impuesto”) sería ilegal si produce efectos perjudiciales a la de empresa, en el caso de que esté afectada una libertad comunitaria, al margen del tratamiento nacional del derecho de huelga. Cierra en este punto la libre competencia y el mercado abierto en que se basa el propio sistema de relaciones laborales⁸¹.

⁸⁰ Según Azoulai, el TJCE deniega la posibilidad del poder colectivo de actuar y de justificarse y condena la consecuente acción colectiva. Lo sorprendente es que en el enjuiciamiento del TJCE el poder se alinea con las organizaciones sindicales y el derecho con los empleadores, cuyos derechos deben ser protegidos contra poderes dominantes, evitando todo posible negativo impacto de la acción sindical en las empresas que circulan (The Court of Justice of the European Communities and the “Social Market Economy”, en Notre Europe, Debate “CJEC and the “Social Market Economy”, París, 2008).

⁸¹ Orlandini, G. “Trade Union Rights and Market Freedoms: the European Court of Justice sets out the rules” en CLLPJ, 29,4, 2008, p. 593 y ss.

5. LA BÚSQUEDA DE CONCORDANCIA PRÁCTICA ENTRE LIBERTADES ECONÓMICAS FUNDAMENTALES Y DERECHOS COLECTIVOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES

En suma, para el TJCE, la Directiva 96/71, interpretada a la luz del derecho a la libre circulación de servicios del art.49 TCE, además de asegurar un núcleo de reglas imperativas de protección mínima que deben respetar en el país de acogida los empresarios que desplazan a trabajadores con objeto de efectuar un trabajo de carácter temporal en el lugar de la prestación, opera también como fijación de máximos de protección, evitando reglas laborales en el país de acogida que mejoren las establecidas en el país de origen (más allá de ese núcleo de normas mínimas). La libre prestación de servicios operaría así a favor de las empresas que desplazan trabajadores, y, en perjuicio de éstos, como “inmunidad” o antídoto frente a la legislación laboral y la autonomía colectiva del país de acogida, con el correspondiente sacrificio de los derechos fundamentales de libertad sindical, huelga y negociación colectiva, tanto de las organizaciones sindicales y de los trabajadores del Estado de acogida como de los propios trabajadores desplazados, cuyos derechos colectivos y su posible ejercicio en el lugar de trabajo no aparecen directamente afirmados. Se confirman así que el ejercicio de la libertad de prestación de servicios puede ser una vía para favorecer una competencia transnacional entre empresas basada en los menores costes salariales, lo que la Directiva se había propuesto evitar⁸².

El TJCE a través de la defensa de la libertad de circulación de trabajadores procuró “desmercantilizar” una mera libertad económica y defendió para el migrante comunitario un status de ciudadanía social, y ahora trata de “mercantilizar” a los trabajadores desplazados, como meros objetos de los intercambios, sin crear, salvo el respeto del núcleo duro de la Directiva 96/71, barreras de inmunidad para favorecer a los empresarios que ejercitan la libertad de prestación de servicios, mediante “paraísos laborales” desplazables, negándole derechos de ciudadanía social en el país en que trabajan, reconocidos ya a los trabajadores extranjeros extracomunitarios, haciendo así de los trabajadores desplazados “nómadas”, con menores derechos y peores condiciones de trabajo que los demás.

Cabe, sin embargo, una lectura más optimista de estas Sentencias, desde sus premisas y al margen de la aplicación que de ellas se hace al examinar los

⁸² Su preámbulo afirma que el fomento de la prestación transnacional de servicios requiere unas condiciones de competencia leal y libre y medidas que garanticen el respeto de los derechos de los trabajadores, y que sean coherentes con el marco de referencia del Derecho laboral y de las relaciones industriales de los Estados miembros.

peculiares casos concretos. Según CARUSO, las Sentencias reconocen los derechos sociales colectivos como símbolo identificador del ordenamiento europeo y como parte integrante del patrimonio constitucional común de los Estados miembros y refuerzan ese reconocimiento con referencia a la Carta de Niza, ya utilizada como si tuviera eficacia jurídica, pero, junto a ello, afirman y no meramente reconoce las libertades económicas de circulación como derechos fundamentales “constitucionales”, a los que se reconoce eficacia horizontal, haciendo que operen como límites externos a los derechos sociales fundamentales⁸³. La negociación colectiva interna, que ha encontrado reconocimiento frente a las normas de competencia, encontraría límites severos en el ámbito de la libre circulación de servicios, lo mismo que el derecho de huelga⁸⁴.

Planteando el tema desde una visión constitucional, dado el constitucionalismo multi-level que caracteriza al sistema de la Unión Europea, se trataría de confrontar, por un lado, los derechos fundamentales “nacionales”, según los respectivos sistemas constitucionales, y los derechos y libertades fundamentales comunitarias, sin que aquí la primacía del Derecho comunitario pueda servir de criterio. La misión específica del TJCE es ponderar en el plano del Derecho comunitario la concordancia práctica entre derechos fundamentales, como la libertad sindical y el derecho de huelga, que forman parte y se integran en el ordenamiento europeo, y las libertades económicas. La ponderación que

⁸³ “La integración de los derechos sociales en el espacio social supranacional y nacional; primeras reflexiones sobre los casos Laval y Viking”, cit., p. 44 y ss.

⁸⁴ Según Vigneau, las exigencias impuestas por el TJCE para reconocer la licitud de la acción colectiva y el encuadramiento estricto de la acción colectiva es sorprendente, tanto por incidir en una materia propia de los Estados miembros pero poco reglamentada, como porque contrasta con la afirmación del propio Tribunal sobre la finalidad también social de la Comunidad. El pretendido balance entre lo económico y lo social se hace en detrimento del derecho de la acción colectiva, aunque se reconozca su carácter de derecho fundamental. Además, se ponen en cuestión los sistemas nacionales basados en la idea de la autonomía colectiva sin tener en cuenta la restricción consecuente de la libertad sindical, consagrada por las normas internacionales y europeas de trabajo (Semaine Juridique, marzo 2008). Para A. LYON CAEN, de las sentencias se deriva una nueva articulación del derecho de mercado y del derecho del trabajo y una subordinación de éste a aquél, al considerarse las reglas nacionales que reconocen y garantizan la negociación y la acción colectiva como excepciones respecto a las reglas comunitarias, exigiendo justificación y proporcionalidad, sometiendo al derecho de las relaciones profesionales a la tutela del derecho de mercado, demostrando que la idea de integración negativa, tal y como ilustrada en las sentencias, es un proceso de corrosión de las bases del Derecho del trabajo, sin corregir los desequilibrios de las empresas y debilitando a los trabajadores (“Droit communautaire du marché v.s. Europe sociale”

http://www.bmas.de/coremedia/generator/27028/property=pdf/2008__07__16__sympo-sium__eugh).

ha hecho el Tribunal no es “ponderada”⁸⁵, influida, quizás, por las propias limitaciones de la Directiva 76/91 que, como también sucede en el Convenio de Roma, no ha tenido en cuenta el plano colectivo.

Para el TJCE el derecho de huelga sería un derecho fundamental, pero “no tan fundamental” como las disposiciones sobre la libre circulación en la UE, que legitima el ejercicio de la libertad de prestación de servicios con el solo fin de eludir las condiciones salariales y de trabajo y los derechos colectivos del ordenamiento constitucional y laboral del lugar de prestación de servicios, convirtiendo el ejercicio de esa libertad en un medio de elusión de la normativa laboral. En un momento en que se está hablando de la cláusula social en el ámbito de la globalización, la Unión Europea ampliada, desde el principio de libertad de circulación y la idea del mutuo reconocimiento, se estarían favoreciendo formas de dumping social⁸⁶.

Que esta conclusión no es exigencia del TCE lo demuestra el que la Eurocámara haya dado su aprobación a la Directiva sobre los trabajadores de Empresas de Trabajo Temporal (ETT), de inmediata promulgación. Esa Directiva establece la igualdad de trato salarial en condiciones de seguridad y otros derechos entre los trabajadores contratados por estas agencias y los empleados directamente por la empresa, y es aplicable también al desplazamiento de los trabajadores. Además esa Directiva no excluye la posibilidad de convenios colectivos más favorables.

No tiene nada de extraño que en la misma Sesión, el 22 de octubre de 2008, el Parlamento Europeo haya aprobado por amplia mayoría el Informe (A6-0370/2008) sobre los retos para los convenios colectivos en la Unión Europea y una Resolución al respecto. El Informe se refiere a las Sentencias

⁸⁵ A. C. L. Davies afirma que la aplicación en las Sentencias Viking y Laval del test de proporcionalidad rebaja el significado del reconocimiento del derecho de huelga como un derecho fundamental, y no tienen en cuenta la aplicación normal de este test de proporcionalidad respecto a la huelga. Para el TJCE, el mero ejercicio del derecho de huelga no sería tutelable en sí mismo sino en función de sus objetivos y propósitos, exigiendo una justificación muy rigurosa por la mera repercusión en la libertad de prestación de servicios, sin utilizar en la ecuación el importante factor de la protección del interés de los trabajadores, y, además, al enfatizar la idea de la alternativa menos restrictiva, restringe sumamente la posibilidad de ejercicio del derecho de huelga, sin entender el contexto de las relaciones laborales y, sobre todo, que la voluntariedad del convenio colectivo no impide la adopción previa de acciones colectivas (“One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the ECJ”, en ILJ, 37, 2, 2008, p.126 y ss.

⁸⁶ La Comisión parece ahora preocupada por las condiciones laborales del millón de trabajadores que se desplazan y ha adoptado una Recomendación de 31 de marzo de 2008 relativa a una mayor cooperación administrativa en lo concerniente al desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (2008/C85/01). En su presentación ha declarado el Comisario Spidla que los Estados miembros “deben mejorar su cooperación si se quiere proteger eficazmente las condiciones laborales y evitar una carrera por los salarios mínimos más bajos en el conjunto de la Unión”.

Viking, Laval y Rüffert, sostiene que los derechos fundamentales de libertad sindical, de huelga y a negociar convenios colectivos, son principios básicos de la Unión, que quedaran consagrados en el Tratado si se ratifica el Tratado de Lisboa; y entiende, a la vista de aquellas sentencias, que es necesario aclarar el equilibrio entre los derechos y las libertades fundamentales.

Al respecto, el Parlamento Europeo subraya que la libre prestación de servicios no contradice ni está por encima de los derechos fundamentales y en particular del derecho fundamental a emprender acciones colectivas, y que debe equilibrarse con los derechos fundamentales y los objetivos sociales de los Tratados, y con el derecho a la negociación colectiva y a las acciones colectivas los sindicatos para garantizar la no discriminación, la igualdad de trato y la mejora de las condiciones de vida y de trabajo. Asimismo, señala que la igualdad de trato es un principio fundamental de la Unión Europea a la que deberían tener derecho todos los trabajadores ciudadanos de la Unión.

Frente a la doctrina del TJCE sentada en las tres sentencias citadas, el Parlamento Europeo considera necesario declarar que “las libertades económicas establecidas en los Tratados deberían interpretarse de manera que no menoscaben el ejercicio de los derechos sociales fundamentales reconocidos en los Estados miembros y por el Derecho comunitario, incluido el derecho a negociar, celebrar y aplicar convenios colectivos y a emprender acciones colectivas, y que no menoscaben la autonomía de los interlocutores sociales en el ejercicio de estos derechos fundamentales en defensa de intereses sociales y de la protección de los trabajadores”. Además, hace “hincapié en la necesidad de salvaguardar y reforzar la igualdad de trato, la igualdad de retribución por un mismo trabajo en el mismo lugar de trabajo” sin que la libre prestación de servicios o la libertad de establecimiento, puedan “justificar desigualdades en lo referente a las condiciones laborales, la retribución o el ejercicio de derechos fundamentales tales como el derecho a la huelga”. Se rechaza, así, directa y abiertamente la ulterior jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo.

El Parlamento ha aprobado, además, una importante Resolución dirigida al Consejo, a la Comisión y a los Parlamentos nacionales. En esa Resolución se sostiene que la igualdad de trato y de remuneración por un trabajo de igual naturaleza debería ser el principio fundamental y que las Sentencias Viking, Laval y Rüffert han demostrado que la actual legislación no es suficiente para proporcionar un adecuado equilibrio entre la libre prestación de servicios y los derechos de los trabajadores. Por ello, considera preciso adoptar cambios inmediatos para garantizar cambios en la legislación europea para contrarrestar los posibles efectos perjudiciales de esas sentencias del TJCE desde el punto de vista social, económico y político, revisando la Directiva 76/91, y unificando en una cláusula social de Derecho primario las cláusulas sociales de la Direc-

tiva Monti y la Directiva sobre servicios, además de adoptar medidas en contra de las “empresas buzón”⁸⁷.

Es de esperar que esta iniciativa parlamentaria de contrarrestar la doctrina Viking–Laval–Rüffert y de asegurar un adecuado equilibrio como derechos situados al mismo nivel entre las libertades de circulación y los derechos fundamentales de los trabajadores tenga un resultado positivo tanto en los tribunales comunitario y nacionales, como en el Derecho comunitario, mediante la consagración de una cláusula social aplicable a todas las libertades económicas y una revisión de la Directiva 76/91, que tenga en cuenta los derechos fundamentales en su dimensión colectiva.

⁸⁷ Que no se dedican a verdaderos negocios en el país de origen y se crean, a veces, por el principal contratista en el país de acogida, con el único propósito de evitar la aplicación de las normas laborales.