

**DERECHO DE HUELGA Y LIBRE PRESTACIÓN DE
SERVICIOS EN EL ÁMBITO COMUNITARIO**

*Sentencias del TJCE, de 11 y 18 de diciembre de 2007,
asuntos Viking y Laval*

JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ*

SUPUESTOS DE HECHO: Viking: En el año 2003 la empresa marítima Viking decide deslocalizar su sede empresarial, trasladando la matrícula del ferry que hacía la ruta Helsinki–Tallin desde Finlandia a Estonia, al tiempo que sustituyó a la tripulación finlandesa por marinos estonios con peores condiciones de trabajo. Como respuesta, los trabajadores finlandeses convocan una huelga exigiendo la aplicación de su convenio colectivo a los nuevos trabajadores. La empresa se vio obligada a ceder y aceptó la firma de un acuerdo con el sindicato finlandés. Al mismo tiempo, la empresa presenta demanda ante la Justicia británica contra éste por atentar a la libertad de establecimiento del art. 43 TCE y a la libertad de prestación de servicios de transporte marítimo reconocido en el Reglamento 4055/86. El tribunal británico plantea cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

Laval: La empresa constructora Laval comienza a realizar sus actividades empresariales en Suecia para lo que utiliza trabajadores de su país de origen, Letonia, retribuyéndoles muy por debajo de los niveles salariales previstos en el convenio colectivo aplicable a los trabajadores suecos. Ante las presiones realizadas por los trabajadores suecos, incluidas huelgas de solidaridad, la empresa abandona la ejecución de la obra. El tribunal sueco competente eleva cuestión prejudicial ante el Tribunal del Justicia mediante resolución de 15 de septiembre de 2005.

RESUMEN: En ambas decisiones del Tribunal de Justicia de la CE, junto a la más reciente STJCE Ruffert, se parte de la consideración de que el interés

* Profesor T.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

de los trabajadores nacionales a que las condiciones de trabajo de los trasladados se equiparen a las suyas propias podría ser legítimo, como también podría serlo el que tales reivindicaciones se vehiculicen a través del ejercicio de acciones colectivas de dichos trabajadores. No obstante, dichas acciones deberán ser «medidas adecuadas para garantizar la realización del objetivo legítimo perseguido y que no van más allá de lo necesario para lograr este objetivo». Este razonamiento, mantenido por la Sentencia Viking, es llevado hasta sus últimas consecuencias por el segundo de los pronunciamientos analizados, afirmándose que el art. 49 TCE debe interpretarse en el sentido de que este precepto se opone a que una organización sindical pueda intentar obligar, mediante una medida de conflicto colectivo a una empresa de otro Estado miembro, a una negociación sobre las condiciones de trabajo a aplicar a los trabajadores desplazados.

ÍNDICE

1. LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y EL DUMPING SOCIAL
2. EL DERECHO DE HUELGA EN EL ÁMBITO COMUNITARIO. ESCASO RECONOCIMIENTO E IMPORTANTES TRABAS
3. OTRA VUELTA DE TUERCA: EL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO (DIRECTIVA 96/71/CE Y STJCE RÜFFERT)
4. LA DIRECTIVA 2006/123/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO
5. LA DIRECTIVA BOLSKESTEIN RESUCITÓ

1. LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y EL DUMPING SOCIAL

La actual Unión Europea se ha constituido de espaldas al Derecho del Trabajo y, en especial, a los derechos colectivos que se reconocen a los trabajadores por sus respectivas legislaciones nacionales. Esta afirmación inicial puede parecer muy radical si no se coteja con el reciente devenir de la Unión Europea y, es el caso que nos ocupa, con la más reciente jurisprudencia de su Tribunal de Justicia. La Unión Europea nace con el propósito de eliminar las barreras internas al tránsito de mercancías, capital y trabajadores (entendidos éstos, como ahora demostraremos, como una mercancía más) y no con el de legislar, sobre la base de unos estándares mínimos, las condiciones de trabajo a nivel comunitario.

La situación a la que ha llevado este punto de arranque ha generado, recientemente, una importante conflictividad social en el Reino Unido, donde los trabajadores del sector energético se han manifestado contra la utilización por parte de las empresas extranjeras concesionarias de ciertas explotaciones de trabajadores traídos de otros estados comunitarios. La duda asalta de manera

inmediata: se trata de huelgas xenófobas o responde a una disfunción del propio derecho comunitario. Es a esta cuestión a la que dedicaremos nuestra atención a lo largo de este comentario y, en definitiva, si los recientes pronunciamientos jurisprudenciales del Alto Tribunal europeo favorecen el dumping social, es decir, la puesta en práctica de «políticas públicas tendentes a desvalorizar el factor trabajo y conquistar mercados para la exportación»¹. Esta cuestión podría ser baladí en el marco de la antigua Unión Europea de quince miembros. Sin embargo, cobra especial relieve en una Unión Europea donde se han integrado países con niveles de protección social muy inferiores, lo que rompe la necesaria simetría en el reconocimiento de los derechos de los trabajadores desplazados.

El derecho a la libre circulación de los trabajadores comunitarios supone en el marco del actual derecho comunitario la necesidad de perfilar el ordenamiento u ordenamientos jurídicos aplicables a la prestación de servicios de dichos trabajadores. Por otra parte, el derecho a la libertad de movimiento de mercancías, capitales y servicios, genera conflictos con los derechos nacionales. La tendencia a la eliminación de trabas a la libertad de establecimiento y prestación de servicios de las empresas en el marco de la Unión requiere determinar cuál es el ordenamiento jurídico aplicable a dichas empresas trasladadas. Este fue el objetivo fundamental de la famosa Directiva Bolkestein relativa a los servicios en el mercado interior, cuyo aspecto más polémico era la intención de que a las empresas desplazadas se les siguiera aplicando, en las relaciones con sus trabajadores, el ordenamiento jurídico de origen. Los potenciales riesgos de dumping social de tal traslado provocaron una fuerte reacción desde el lado sindical, por lo que la Directiva 2006/123/CE, en su definitiva redacción de 12 de diciembre de 2006², abandonó tal propósito, una vez modificada en el trámite parlamentario. En concreto, señala, en lo que aquí interesa, en su art. 1.7 que «la presente Directiva no afecta al ejercicio de los derechos fundamentales tal y como se reconocen en los Estados miembros y en el Derecho Comunitario. Tampoco afecta al derecho a negociar, celebrar y aplicar convenios colectivos y a emprender acciones sindicales de acuerdo con la legislación y las prácticas nacionales conformes al Derecho comunitario».

Como se ha afirmado por nuestra doctrina, con la llegada del nuevo siglo asistimos a un cambio político en la Comisión Europea que se inclina por intentar imponer planteamientos neoliberales, tendentes a la consecución de un

¹ Besse, G., «Mondialisation des échanges et droits fondamentaux de l'homme au travail: quel progrès aujourd'hui», *D.S.*, n° 11, 1994, p. 844. Especialmente significativo es el estudio de Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., «Política, globalización y condiciones de trabajo», *R.L.*, n° 11, 2000, pp. 1 y ss.

² DOCE 27 de diciembre de 2006, L376/36.

mercado europeo que no se encuentre trabado por los ordenamientos jurídicos de los respectivos estados miembros³, que termina evidenciándose en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁴.

Es, en este contexto, donde hay que colocar las SSTJCE Viking, Laval y la más reciente Ruffert. Sin ánimo de entrar a detallar los antecedentes jurídicos y los razonamientos de cada una de estas resoluciones, haremos un resumen del fondo que las mismas suponen en conjunto, pues las tres configuran una, a nuestro juicio, jurisprudencia muy coherente en aras a eliminar las trabas que los derechos de los trabajadores pueden suponer para ese objetivo de total eliminación de los obstáculos para la libre circulación de las empresa prestadoras de servicios.

Todas ellas parten de una misma realidad. Los trabajadores de los países más avanzados desde la perspectiva laboral reaccionan ante lo que a su juicio supone un menoscabo de sus derechos, como consecuencia del riesgo que implica el que la entrada de trabajadores de segunda clase de países con menores derechos puede implicar en sus consolidados niveles de protección. Así pues, las resoluciones aquí analizadas parten del cuestionamiento de las acciones emprendidas por los trabajadores afectados tanto en el caso de deslocalizaciones intencionadamente tendentes a rebajar costes laborales (Viking), como en el de la obtención de ejecuciones de obras prevaliéndose de los menores niveles salariales de trabajadores del país de origen de la empresa concesionaria a la que no se le aplica el convenio colectivo aplicable en el ámbito sectorial y territorial correspondiente (Laval), como, por último, en el supuesto de búsqueda de la aplicación del convenio más favorable (Ruffert).

La reacción de los trabajadores supone la convocatoria de sendas huelgas tendentes a extender sus derechos a aquellos que han sido trasladados o, sin serlo, pasan a estar empleados por la empresa que se deslocaliza. En definitiva, se trata de un ejercicio de los mecanismos de conflicto colectivo que encajan en los márgenes más tradicionales de los mismos. Ante una supuesta agresión de los derechos de los trabajadores, éstos reaccionan con el principal instrumento que poseen: la huelga. De este modo, la huelga trasciende el mero ámbito de las relaciones contractuales y de las fronteras de los respectivos estados nacionales, para ocupar un destacado papel en el proceso de participación democrática de los trabajadores.

³ Baylos Grau, A., «El Espacio supranacional de ejercicio del derecho de huelga y la restricción legal de sus capacidades de acción», *RDS*, nº 41, 2008, pp. 123 y ss.

⁴ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., «El caso *Ruffert* ¿una constitucionalización del *dumping* social?», *R.L.*, nº 15, 2008.

2. EL DERECHO DE HUELGA EN EL ÁMBITO COMUNITARIO: ESCASO RECONOCIMIENTO E IMPORTANTES TRABAS

Las SSTJCE Viking y Laval parten de un reconocimiento sin paliativo del derecho de los trabajadores a adoptar medidas de conflicto colectivo, incluido el derecho de huelga. Este derecho debe, a juicio del tribunal en la primera de las resoluciones, ser reconocido como un derecho fundamental que forma parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. Sin embargo, y aquí está el auténtico sentido de ésta y del resto de las resoluciones, su ejercicio puede ser sometido a ciertas restricciones. En definitiva, se trata de establecer dichos límites y, especialmente, si es legítimo el uso de medidas de conflicto colectivo cuando éstas pueden condicionar el libre tránsito y establecimiento de las empresas comunitarias.

Uno aspectos que deben ser tenidos en consideración en primer lugar, es la admisión por parte del Tribunal de Justicia de las organizaciones sindicales como sujetos capaces de condicionar el libre establecimiento y circulación empresariales. Es decir, según este tribunal las organizaciones sindicales, conforme a su capacidad para negociar y aprobar convenios colectivos, se enmarcarían dentro de los sujetos capaces de restringir las libertades fundamentales de los arts. 43 y 49 TCE, a través del llamado efecto horizontal de tales preceptos. Es decir, se olvida la auténtica naturaleza de los convenios colectivos. Es difícil admitir la equiparación entre el convenio colectivo y el resto de las normas de los respectivos ordenamientos internos, fundamentalmente porque el mismo es el resultado de la negociación entre los interlocutores sociales. Es decir, la negociación colectiva funciona, en sí misma, con unas reglas propias, cuya aplicación en todos los casos son, precisamente, las que garantizan la igualdad de actuación de las diferentes empresas en el mercado de trabajo.

Asimismo, se contradice tal argumentación del TJCE con el hecho de que con posterioridad no tiene ningún problema en cuestionar la propia función de la negociación colectiva al mantener, como veremos a continuación, que el contenido de la negociación colectiva no puede constituir límites a la libertad de prestación servicios, por no estar avaladas por el Estado, es decir, por no tener la consideración de orden público. Es más, según este tribunal, a los adjudicatarios de contratos de obras no se les puede obligar a pagar el salario previsto en un convenio colectivo, pues eso puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida. Es decir, el TJCE termina argumentando que la aplicación del principio de igualdad de oportunidades entre las distintas empresas del Estado en cuestión y de otros Estados comunitarios, perjudica, evidentemente, a la de estos últimos respecto a la situación en la que hallarían si pudieran seguir aplicando las cuantías salariales inferiores aplicables en su país de origen.

De esta manera, nos encontramos con que el TJCE parece llevar un plan premeditado de sabotaje de los más tradicionales instrumentos de autotutela y defensa de los intereses de los trabajadores. En primer lugar, niega la legitimidad del derecho de huelga para exigir el cumplimiento de unos mínimos salariales a las empresas de terceros países; a continuación, impide que el convenio colectivo se equipare, en ciertos supuestos, al resto de las normas de determinación, como era el caso, de las cuantías salariales. El único límite estará constituido por el respeto del orden público, que tras la STJCE Rüffert, más abajo comentada, se habrá de entender en un sentido restrictivo.

La STJCE Laval, en su interpretación combinada con la Viking, supone una nueva restricción del Derecho de huelga en el ámbito comunitario, puesto que niega una de las más importantes funciones del derecho de negociación colectiva, en concreto, su carácter de norma de referencia a efectos de justificar la convocatoria de una huelga que exija su efectivo cumplimiento por parte del empresario. Básicamente, el problema que plantea la Sentencia Laval es la de si una huelga de solidaridad para exigir la aplicación de un convenio colectivo es un instrumento que contradice o no los principios que inspiran a la Unión, en especial, la libre prestación de servicios de las empresas más allá de las fronteras de sus respectivos estados. En este caso, el Tribunal de Justicia Europeo considera que la acción sindical, tendente a la exigencia de aplicación del convenio colectivo, fue excesiva, y dado que no existen en Suecia normas mínimas legales laborales a los trabajadores trasladados debería haberseles seguir aplicando la normativa de origen, esto es, Letonia. Es decir, las libertades comunitarias suponen, en el caso en cuestión, la necesidad de que se sigan aplicando las normas letonas, pues, lo contrario hacen inviables los cálculos de rentabilidad realizados por dicha empresa en el momento de optar por la ejecución de la obra en Suecia. El Tribunal termina, pues, considerando que la aplicación de unos determinados mínimos en las condiciones de trabajo supone un gasto excesivo que condiciona la libre competencia y, por tanto, son ilegítimos todos los mecanismos utilizados por los trabajadores para imponer los mismos. Y ello, aún teniendo en cuenta que las materias respecto de las que se pretendía fuera aplicado el convenio están expresamente previstas como de obligado cumplimiento en el art. 3.1 de la Directiva 96/71/CE.

3. OTRA VUELTA DE TUERCA: EL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO (DIRECTIVA 96/71/CE Y STJCE RÜFFERT)

Dada la insuficiente regulación que el art. 6 del Convenio sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 18 de junio de 1980, suponía para el nuevo contexto comunitario de significativo aumento

de desplazamientos de empresas en el seno de la comunidad, se aprobó la Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. Tal Directiva fue incorporada a nuestro ordenamiento interno por la Ley 45/99, de 29 de noviembre. En lo que aquí interesa, esta directiva establece que si una empresa de un Estado traslada a sus trabajadores para realizar una actividad a otro país de la Unión Europea, el Estado que los acoja deberá aplicarles las mismas garantías mínimas laborales, en materias tales como el tiempo de trabajo, la cuantía del salario, la igualdad de trato y no discriminación directa o indirecta, el trabajo de menores o la prevención de riesgos laborales.

Así las cosas el único límite que los Estados miembros pueden imponer a la aplicación de la legislación de origen de las empresas comunitarias que transitoriamente presten sus servicios fuera de su correspondiente territorio nacional, no es otro que el referido bajo el término jurídico indeterminado de orden público. Este punto de partida sirvió para que se implementara un trato protector en favor de aquellos trabajadores que se veían trasladados⁵.

Tradicionalmente, dentro del orden público, según la doctrina francesa más representativa, se podía ubicar un denominado orden público social que cada Estado definía en el marco de sus respectivas competencias. Este concepto se configuró como límite a la libre prestación de servicios según el art. 3.1 de la Directiva 96/71 al establecer que «los Estados miembros velarán, porque, cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, las empresas que presten servicios transnacionales, garanticen a los trabajadores trasladados en su territorio las condiciones de trabajo y empleo relativas a períodos máximos de trabajo, duración de vacaciones, salario mínimo, seguridad en el trabajo, y vengan establecidas en leyes, reglamentos o convenios colectivos».

El problema se plantea respecto a si el contenido de la negociación colectiva se incluye en todo caso entre los instrumentos capaces de crear estos límites, al afirmar el art. 3.1. que para que desprendan tal efecto los convenios colectivos deben ser «declarados de aplicación general» conforme a lo desarrollado en el art. 8 de la Directiva. En relación a este extremo la negociación requeriría el respaldo del propio sistema normativo estatal, quedando, pues, al margen aquellos sistemas, como era el caso del supuesto enjuiciado por la Sentencia Laval, en que la autonomía colectiva descansa en un sistema no publicado sino voluntario.

Sin embargo, este concepto que en la Directiva no parecía estar sujeto a límite alguno salvo que supieran una excesiva restricción de la deseada libertad de establecimiento de las empresas comunitaria, se ha visto trastocado radical-

⁵ Véase, por ejemplo, la STJCE de 12 de octubre de 2004 (Asunto Pereira Félix).

mente por la SJCE (caso Rüffert). Según el pronunciamiento jurisprudencial del Alto Tribunal Europeo el concepto de orden público previsto en la Directiva no hace referencia a la construcción doctrinal de orden público social, sino que se refiere exclusivamente al concepto de orden público en sentido muy estricto, referido, pues, a los aspectos de policía y seguridad nacional. Más allá, pues, de estos límites no laborales, los estados no pueden exigir el cumplimiento de ninguna otra normativa nacional, pues ello supondría, a juicio del Tribunal, una traba injustificada a la libre prestación de servicios en el ámbito comunitario. Así pues, esta Directiva supone, una vez asentada la jurisprudencia de las Sentencias arriba comentadas, la posibilidad de que dichas empresas arrastren tras de sí la práctica totalidad de la normativa de su país de origen. En definitiva, la Directiva Bolkestein se ha hecho realidad.

Ello contrasta con la posición mayoritaria mantenida históricamente por nuestra doctrina, en especial, de Francia⁶. En concreto, según esta posición no debe equipararse orden público con orden público de policía, es decir, en la práctica, excluir la existencia misma de un orden público social. Este concepto diferenciado, se justifica, a juicio de Rodríguez-Piñero, por la existencia de una ciudadanía social correspondiente a la dignidad de la persona que debe estar fuera de la lógica del mercado⁷.

En la misma dirección, cabe recordar como el Reglamento 2679/98, de 7 de diciembre de 1998 sobre el funcionamiento del mercado interior en relación con la libre circulación de mercancías entre los Estados miembros, contempla la adopción de medidas contra las actuaciones que perturben gravemente y obstaculicen la libre circulación de mercancías. Sin embargo, como no podía ser de otro modo, tal Reglamento excluía expresamente de tales actuaciones el ejercicio del derecho de huelga (art. 2). De esta manera, los posibles conflictos entre la libertad de circulación y el ejercicio del derecho de huelga, conforme se desprende de este Reglamento, habría de resolverse, conforme al principio de subsidiariedad, conforme lo establecido en los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales.

Sin embargo, a tenor de la interpretación dada por el TJCE, dicho principio de subsidiariedad del ordenamiento jurídico del país en cuyo territorio se presta el servicio, sólo estaría garantizado cuando el derecho viene establecido por una norma legal imperativa, único supuesto en que el orden público se sigue configurando como límite a la aplicación de una regulación menos favorable del país de origen de la empresa prestadora del servicio. Por el contrario, en el caso de que tal disposición viniera establecida por lo dispuesto por un convenio

⁶ Cfr. Gaudu, F., *L'ordre public en droit du travail*, LGDJ, 2007.

⁷ «El caso Rüffert ¿una constitucionalización del *dumping* social», *cit.*, p. 10.

colectivo, las posibilidades de inaplicación de tales normas mínimas son muchas. Así, por ejemplo, en el caso de Suecia el carácter no normativo de la negociación colectiva, o, en Alemania, el carácter regional del convenio colectivo que pretendía aplicarse. Sin ir más lejos, esta interpretación restrictiva podría significar en nuestro país la inaplicación a este tipo de desplazamientos de lo establecido en los convenios colectivos extraestatutarios o, incluso, en los pactos y acuerdos de empresa introducidos en nuestro ordenamiento jurídico por la reforma del Estatuto de los Trabajadores de 1994.

De esta manera se llegan a dos paradojas, a nuestro juicio, insalvables. Por una parte, se produce en aras de la facilitación del libre establecimiento de empresas comunitarias en otros países comunitarios, un trato discriminatorio respecto de las empresas nacionales que sí estarán sujetas al respeto del conjunto de condiciones de trabajo independientemente, por tanto, del origen de dichas condiciones. En segundo lugar, se rompe con la tendencia ampliamente asentada por nuestra jurisprudencia de intentar aplicar, para evitar la posible discriminación, los convenios colectivos extra Título III ET a todos los trabajadores que así lo deseen, independientemente de su afiliación a los sindicatos firmantes. Opción, esta última, que no se le concede a los trabajadores de terceros países que desarrollen sus servicios en empresas trasladadas desde otro país comunitario.

Por último, no nos resistimos a reproducir la curiosa concepción que el Tribunal de Justicia posee del concepto de la protección de los trabajadores. A tal efecto, mantiene que tal protección no justifica la aplicación obligatoria del convenio colectivo, por el hecho, precisamente, de que la cuestión controvertida, la cuantía salarial, venía establecida en un convenio colectivo de aplicación exclusiva en el sector de la construcción y respecto de los contratos celebrados con la administración. Por tanto, «ningún indicio permite llegar a la conclusión de que la protección que resulta de tal cuantía de salario sólo resulta necesaria a un trabajador que desarrolla su actividad en el sector de la construcción cuando éste se haya empleado en el marco de un contrato público de obras y no cuando trabaja en méritos (sic.) de un contrato privado».

4. LA DIRECTIVA 2006/123/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO

La interpretación dada por el Tribunal de Justicia se habría de contextualizar en la nueva realidad generada por la aprobado, tras un largo periplo, en la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior, y su obligatoria trasposición a los distintos ordenamientos internos antes del 28 de diciembre del presente año.

Si bien la redacción dada difiere de los objetivos inicialmente pretendidos, sin embargo, el objetivo de tal Directiva, en el contexto de las resoluciones jurisprudenciales ahora analizadas, conlleva el aumento de supuestos en los que puede darse la necesidad de decidir, con los precarios mimbres actuales, cuál es la normativa aplicable a un supuesto de desplazamiento temporal de trabajadores en el ámbito de la Unión Europea.

La denominada como Directiva de servicios parte del principio general de que el acceso a un actividad de servicios y su ejercicio no estará sujeto a autorización previa, si bien excepcionalmente podrán exigirse autorizaciones administrativas cuando esté justificado por razones imperiosas de interés general. Se suprimen, en aras a este objetivo, todos los requisitos para el acceso o ejercicio de una actividad de servicios que resulten injustificados, sean discriminatorios o desproporcionados para el fin que persiguen. Se suprimen, por último, las cargas administrativas para los prestadores de servicios, tales como inscripciones en registros, renovación de autorizaciones y duplicación de trámites innecesarios para la apertura de nuevos establecimientos.

La redacción del Anteproyecto de Ley para la trasposición de tal Directiva, parece ir, incluso, más allá de la propia norma comunitaria, al afirmar en su Exposición de Motivos, que tal anteproyecto no reproduce literalmente lo dispuesto en la norma comunitaria, sino que, con objeto de maximizar los efectos económicos de la Directiva e impulsar una dinamización más profunda del sector servicios, promueve una adaptación ambiciosa, a través de un ámbito de aplicación más amplio y una incorporación de los principios fuerza de la Directiva con menos restricciones.

5. LA DIRECTIVA BOLKENSTEIN RESUCITÓ

Como se recuerda, la tramitación de la Directiva Bolkestein supuso en la Unión Europea una fuerte reacción de las organizaciones sindicales y de importantes sectores de la ciudadanía. Hasta tal punto eso fue así, que dicha Directiva fue uno de los argumentos más utilizados por los peticionarios del NO en el referendun de ratificación de un Tratado que establece una Constitución para Europa en Francia. Fueron esas tesis, en última instancia, las que se impusieron en dicho referéndun quedando el proceso de construcción de la Unión en entredicho.

La Directiva fue significativamente suavizada en lo referente a la aplicación de la legislación de origen a las empresas que prestan sus servicios en Estados comunitarios distintos de los del lugar donde estuvieran establecidas. Sin embargo, la deriva ultraliberal que las primeras redacciones de la Directiva Bolkenstein se han terminando imponiendo por la puerta de atrás.

En primer lugar, se niega el carácter de orden público a la mayor parte del contenido de las normas laborales, al circunscribirse este concepto exclusivamente a los aspectos relacionados con el orden público de policía y seguridad. A continuación, se niega la aplicación de los convenios colectivos a los trabajadores desplazados en todos aquellos estados en los que no se reconoce la eficacia normativa de los mismos (en este sentido, el importante ejemplo del Reino Unido). Por último, el mecanismo de reacción y solidaridad más importante de los trabajadores, esto es, el derecho de huelga, es prohibido en el contexto del libre tránsito de las empresas en el ámbito comunitario. Negándose, de esta manera, toda posibilidad de equiparación, al menos a largo plazo, de las condiciones de trabajo de los trabajadores de la Unión y favoreciendo aquellos ordenamientos jurídicos en los que dichas condiciones son más bajas.

Es en este contexto en el que se llevará a cabo la trasposición en el Estado español de la Directiva 2006/123/CE antes de finalizar el año. A tenor del proyecto de Ley (aprobado por el Consejo de Ministros de 27 de marzo), dicha trasposición se aproxima significativamente a la primera redacción tan fuertemente contestada, generando, pues, una significativa incertidumbre sobre el sentido del mantenimiento de los estándares de protección otorgados por nuestro legislador, toda vez que el dumping social asoma por la puerta de nuestras fronteras.

Frente a éste, los trabajadores sólo pueden desplegar los tradicionales mecanismos de reacción, en especial, el derecho de huelga. Sin embargo, como se encarga de precisar las sentencias más recientes del Tribunal de Justicia, la huelga como instrumento de reacción ante el dumping social sólo estaría justificado como última ratio, en el caso de que los empleos o condiciones de trabajo de los trabajadores que ejercitan tal derecho «están seriamente amenazados», debiendo, además, estar sujeta a las más estrictas reglas de proporcionalidad.

Como se hace evidente, la inexistencia de unas normas homogenizadoras de las condiciones de trabajo de los trabajadores comunitarios, unido al interés comunitario de facilitar el tránsito no sólo de mercancías, capitales y trabajo, sino también de servicios, a lo que responde la reciente Directiva, pone en evidencia la necesidad de determinar las normas aplicables a dichas empresas. Ese era el objetivo de Bolkenstein a través de la facilitación de la exportación de las normas laborales a aquellos países en los que se iba a prestar el servicio. La frustración de la tramitación de tal Directiva en su primera redacción, no ha supuesto, paradójicamente, una total restricción a la idea propugnada por aquélla. La jurisprudencia aquí analizada termina permitiendo aquel objetivo al menos en un buen número de supuestos.