

DERECHOS DE CONFLICTO Y RAZONES DE MERCADO: CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DE LA HUELGA EN EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

AINHOA LASA LÓPEZ *

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. CONSTITUCIONALISMO ECONÓMICO EUROPEO E INTEGRACIÓN POLÍTICA DEL TRABAJO
3. ANÁLISIS JURÍDICO-POLÍTICO DEL ARTÍCULO 28 DE LA CDFUE: LA HUELGA COMUNITARIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL CONDICIONADO
4. LA DISCIPLINA EUROPEA DE LOS DERECHOS DE CONFLICTO EN LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL JUEZ COMUNITARIO: ENTRE LIBERTADES ECONÓMICAS Y SOLIDARIDAD COMPETITIVA
5. REFLEXIONES FINALES

1. INTRODUCCIÓN

El tránsito del reconocimiento constitucional de la tutela del trabajo como sujeto débil en el programa de integración del trabajo del constitucionalismo social a la subordinación al mercado y a las exigencias de su funcionamiento, refleja la contraposición en la concepción de los derechos de conflicto en el Estado social y en la nueva forma de Estado emergente. Un contraste que es paralelo a la desvalorización de la dimensión política del trabajo y en el que la huelga resulta ser el ejemplo paradigmático de este cambio.

En este contexto son determinantes las transformaciones aparejadas al proceso de la globalización económica. Ciertamente, se han im-

* Doctora en Derecho. Universidad del País Vasco.

puesto las cautelas a la hora de abordar las implicaciones que aporta este proceso, pero constituye un lugar común en la doctrina considerar al paradigma globalizador como referente para una necesaria redefinición en la relación política-economía basada en nuevos parámetros que legitiman la retirada de la política de los espacios de decisión del mercado. De tal forma que la globalización se presenta como el fundamento legitimador de un nuevo diseño constitucional que define una organización de la sociedad y de la política expresada por el vínculo del capital. Nuevo diseño constitucional que se materializa en el modelo asumido por el constitucionalismo económico de la Unión Europea fundamentalmente a partir del Tratado de Maastricht, y que el Tratado de Lisboa ha consolidado.

La constitución económica comunitaria ratifica los nuevos principios organizativos marcados por la estrategia de acumulación del capital que se definen en torno a la Unión Monetaria y las políticas económicas disciplinantes que actúan a su vez como principios de legitimación de las nuevas políticas públicas condicionadas por la centralidad del mercado.

En este sentido, desde un sector doctrinal se ha adoptado la fórmula de Estado regulador para calificar a la constitución económica incorporada por el Tratado de la Unión, manifestando al respecto que con el Tratado de Maastricht la Unión Europea se configura como el ámbito normativo desde el que se establece la nueva forma de Estado regulador en el espacio europeo¹. Cuando se introducen con Maastricht las competencias vinculadas a la gestión del mercado único y a la construcción de la Unión Económica y Monetaria, se establece la centralidad del mercado y su autonomía. La función reguladora del poder público comunitario y estatal, se traduce en la garantía del mercado y de su primacía. Al mismo tiempo, la europeización de las funciones estatales en esta materia responde a evitar comportamientos que comprometan a la constitución económica del modelo regulador.

¹ A. LA SPINA & G. MAJONE, «Lo Stato regolatore», Il Mulino, Bolonia, 2000. G. MAJONE, «The rise of the regulatory State in Europe», *The State in western Europe: retreat or redefinition*, W.C. Müller & Wright, Frank Cass, London, 1994.

El Estado regulador constituye una de las interpretaciones gestada en la década de los ochenta del siglo pasado en torno a la revisión de los mecanismos de intervención pública en la economía. El tránsito del heterogobierno del mercado y el primado de la política al Estado regulador, expresa la disolución de los vínculos políticos establecidos por el modelo económico del constitucionalismo social. La autonomía del mercado es incompatible con el gobierno del mercado, y para preservar dicha autonomía es necesaria la subordinación de la política ahora dirigida a resolver las contradicciones que ha creado el Estado social al proceso de acumulación. Lo relevante del Estado regulador es que desnaturaliza los contenidos de la constitución económica del Estado social a través del progresivo desmantelamiento de los vínculos impuestos al sistema económico. La desaparición de estos vínculos lleva aparejada una nueva centralidad, la del mercado en la definición de la intervención social y económica. Lógicamente, la transformación de las bases sobre las que se organizaba la constitución económica del Estado social nos sitúa ante una nueva constitución económica.

Si trasladamos estos parámetros a la cuestión del derecho de huelga podemos señalar (a riesgo de incurrir en una simplificación quizás excesiva, pero expresiva de lo que se quiere indicar) que la identificación de los contenidos de la constitución económica del Estado regulador que la diferencian de la del Estado social constituyen el marco desde el que analizar los efectos que tiene la transformación del constitucionalismo económico social estatal para el derecho de huelga. De ahí que abordar los elementos esenciales de la construcción del derecho de huelga en la nueva constitución económica, es el objetivo central del presente artículo.

2. CONSTITUCIONALISMO ECONÓMICO EUROPEO E INTEGRACIÓN POLÍTICA DEL TRABAJO

Cualquier aproximación al significado de la huelga en el ordenamiento jurídico comunitario no puede desvincularse de la cuestión de la integración social en el espacio europeo. En las últimas décadas y

fundamentalmente desde finales de los ochenta, la literatura jurídica ha abordado con especial intensidad el tema de los derechos sociales y más específicamente, su necesaria tutela por el ordenamiento jurídico comunitario². En concreto, se ha puesto de relieve que la formulación de un núcleo de derechos sociales a los que se reconozca una fuerza constitucional equivalente a aquella de los derechos de libre circulación y acceso al mercado, constituye una prioridad absoluta para la Unión Europea³.

Esta creciente necesidad de situar la tutela de los derechos sociales en el espacio legal europeo tiene su principal causa en el problema de la desconexión existente entre la integración económica y la integración social, debido a la permanencia del espacio social como prerrogativa nacional. Cuestión que no deja de ser una exigencia necesaria como consecuencia de la afectación a las políticas de bienestar estatales por los imperativos de la integración económica en el marco del espacio del mercado único⁴, y vinculada por lo tanto, a la pérdida de la soberanía social de los Estados⁵.

² W. DAUBLER, «Market and Social Justice in the EC. The rationale and substance of a European fundamental rights Act, *Market and Social Justice in the EC. The other side of the internal market*, 1991, W. DAUBLER (dir), Güterlosh, 1991, pp. 177-191. A. LYON-CAEN & S. SIMITIS, «L'Europe sociale á la recherche de ses références», *Revue du Marché Unique Européen*, *op. cit.* M. RODRÍGUEZ PIÑERO & M.E. CASAS. Baamonde, «In Support of a European Social Constitution», *European Community Labour Law: Principles and perspectives*, *op. cit.*, p. 23 y ss. M. WEISS, «Il Trattato di Ámsterdam e la politica sociale», *Diritto delle relazioni industriali*, núm. 1, 1998, pp. 3-9.

³ S. SCIARRA, «La costituzionalizzazione dell'Europa Sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law», *WP C.S.D.C.E. «Massimo D'Antona»*, núm. 24, 2003.

⁴ F.W. SCHARPF, «Integrazione negativa e integrazione positiva: i dilemmi della costruzione europea», *Stato e Mercato*, núm. 1, 1998, p. 21 y ss.

⁵ M. FERRERA, «Integrazione europea e sovranità sociale dello Stato-Nazione», *Rivista Italiana di Scienza Politica*, núm. 3, 2000, p. 393-403. A. PERULLI, «La promozione dei diritti sociali fondamentali nell'era della globalizzazione», *Diritto delle relazioni industriali*, núm. 2, 2001, pp. 157-167. G. PROSPERETTI,

Sin embargo, estas demandas de construcción de un espacio social desde la instancia europea no pueden obviar los cambios introducidos por la nueva estructura constitucional comunitaria. Fundamentalmente, porque la introducción de medidas positivas concebidas como mecanismos correctores del déficit social implica una intervención correctora en la esfera económica y por ello, un condicionamiento del mercado. Esta lógica vinculada al Estado social es ajena al ordenamiento comunitario como proceso de afirmación de la centralidad y garantías del mercado. La constitución económica comunitaria conlleva modificaciones sustanciales en relación con la constitución económica del Estado social, de tal forma que ambas resultan divergentes entre sí⁶.

Desde esta perspectiva, nuestra aproximación a la cuestión de los derechos sociales en la Unión Europea parte de la premisa de la ruptura del vínculo social como elemento configurador de la constitución económica del Estado social y de su sustitución por el vínculo económico, que se diferencia del primero tanto desde el punto de vista de su dimensión normativa, como del significado que se otorga a tales derechos en el espacio económico europeo. En otros términos, la incompatibilidad entre las constituciones económicas del Estado social y de la Unión Europea constituye el marco de contextualización del problema de la construcción de un sistema europeo de derechos sociales.

De acuerdo con esta línea de discurso, todo análisis acerca de la evolución de los derechos sociales en el ordenamiento jurídico comunitario desconectado de las transformaciones de la constitución económica del Estado social es insuficiente para entender el papel de estos derechos que está determinado por el nuevo modelo de la constitución económica europea. En primer lugar, porque los derechos sociales tal y

«Il ruolo dei diritti sociali nell'economia globalizzata», *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, núm. 3, 2001, pp. 389-396. D. BIFULCO, «I diritti sociali nella prospettiva della mondializzazione», *Democrazia e Diritto*, núm. 4, 2005, pp. 207-219.

⁶ A. HATJE, «Wirtschaftsverfassung», *Europäische Verfassungsrecht*, A. VON BOGDANDY (dir), Springer, Berlin-Heidelberg, 2003, p. 744 y ss.

como se configuraron como categoría constitucional, sólo tienen sentido en el contexto de una cierta forma de organización social en la que se inscriben las dinámicas del Estado y de la economía, y en la que se establecen las relaciones de poder entre las esferas estatal y económica. De manera que cualquier modificación en la relación descrita comportaría una redefinición de los mismos. En segundo lugar, porque a pesar de las diferencias en cuanto a las formas de positivación, lo cierto es que los derechos sociales constituyen uno de los contenidos más característicos de las Constituciones del constitucionalismo social. El conjunto de los elementos descritos permite afirmar que los derechos sociales tal y como se configuraron en el constitucionalismo democrático de la segunda posguerra no tienen sentido sino en conexión con el Estado social⁷.

Trasladándonos al ámbito supranacional europeo, nos encontramos con una nueva forma de articulación de las relaciones de poder entre la dimensión estatal y la dimensión económica que tiene su origen en una decisión política adoptada por los Estados miembros protagonistas del proceso de integración económico comunitario. Esta decisión política fundamental en torno a la que se articulan los valores y las instituciones en las que éstos se materializan, sitúa al mercado como elemento nuclear que legitima al nuevo orden al que se refiere. Todos aquellos valores que conectan con la centralidad del mercado (libre competencia, libertades económicas), son valores que el modo de ser político de la Unión Europea considera irrenunciables.

Por lo tanto, estamos frente a una nueva realidad que obliga a replantearse el significado y el sentido de los derechos sociales en el ordenamiento jurídico comunitario. Fundamentalmente, porque si el proceso de integración económica se configura como espacio de contención del vínculo social, la contraposición entre derechos sociales y ordenamiento europeo es evidente. Además de estar circunscrito al ámbito de las políticas y no de los derechos, la consecución del bienestar

⁷ G. MAESTRO BUELGA, «I diritti sociali nella Costituzione Europea», *RDSS*, 2006, pp. 89-92.

social por y desde el funcionamiento del mercado interior define su estatus de subalternidad deslegitimando su propia razón de ser. El mercado interior es el que desarrolla sus propias políticas sociales en una orientación que lejos de dirigirse a la corrección de las disfuncionalidades del mercado, supone la asignación de objetivos sociales funcionales a su efectiva realización. La economía como política social, donde esta no sólo se subordina a aquella, sino que se realiza en su interior⁸.

2.1. El espacio de lo social en el Tratado de Lisboa

El Tratado de Lisboa constituye el último referente normativo del proceso de integración europeo tras el malogrado Tratado Constitucional. En el artículo 3.3 del TUE (versión consolidada) aparecen formulados un elenco de objetivos de la Unión Europea vinculados a cuestiones con contenido social. La redacción del precepto coincide en lo sustancial con el apartado tercero del artículo I-3 del nonato Tratado Constitucional, con la única salvedad de que a éstos objetivos se añade, tras la revisión operada por el Tratado de Lisboa, la consecución del mercado interior. El hecho de que en el Tratado de Lisboa el mercado interior abandone su conexión con la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia (art. I-3.2 Tratado Constitucional) para insertarse junto con los objetivos sociales, suscita el interrogante de si su inclusión supone que en el Tratado de Lisboa «no hay únicamente una mayor ligazón y cohesión entre los objetivos económicos y sociales y su compatibilidad debe ser más evidente, sino que además se visualiza, con más retórica, la voluntad de profundizar en la dimensión social del proceso de integración europeo»⁹. O por el contrario, si el Tratado antedi-

⁸ W. STREECK, «Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione all solidarietà competitiva», *Stato e Mercato*, núm. 1, 2000, p. 14

⁹ En este sentido: A. OLESTI RAYO, «La dimensión social del Tratado de Lisboa», *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional*, J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (COORD), Iustel, Madrid, 2008, p. 587.

cho no hace sino profundizar en la preeminencia de la integración negativa reforzándola, a través de la inclusión del paradigma del mercado interior como referente en el que el dispositivo social encuentra sus límites.

En esta perspectiva resulta clarificadora la relación entre fines y medios, puesto que los medios determinan a los objetivos de la Unión en una relación ajena al constitucionalismo social¹⁰. Los objetivos establecidos en el artículo 3.3 tienen un condicionamiento fundamental: se deben realizar mediante el mercado interior, la UEM y las previsiones del «Protocolo sobre mercado interior y competencia». Los medios rígidamente vinculados a los principios del mercado y de la Unión Económica y Monetaria determinan el alcance de los fines de la Unión. De tal forma que los objetivos sociales que se contemplan sólo tienen espacio de materialización a través de su subordinación a las exigencias del mercado. El mercado interior y la libre competencia constituyen la decisión de principio del sistema que condiciona y preside el ordenamiento comunitario, tal y como determinan los medios. Producen una jerarquización de los objetivos del artículo 3 del TUE que confirma la continuidad del modelo de constitución económica respecto de los Tratados anteriores.

En este sentido deben de interpretarse formulaciones como «la economía social de mercado altamente competitiva», que lejos de suponer una socialización de los objetivos de la Unión Europea, encuentra en la tutela y garantía del mercado y las condiciones para su funcionamiento, su verdadera materialización normativa. La lógica del modelo desnaturaliza la expresión, limitándola a la apertura de espacios de intervención subordinados a la preeminencia del mercado. De hecho, tal y como se desprende del informe definitivo del Grupo IV «Gobernanza Económica»¹¹, la apostilla «altamente competitiva» privaba a la eco-

¹⁰ G. GUARINO, *Eurosistema. Analisi e prospettive*, Giuffré, Milán, 2006, pp. 31-32.

¹¹ Informe definitivo del Grupo IV «Gobernanza económica». CONV 357/02, p. 2.

nomía social de mercado de esa pretendida conexión con el modelo social europeo, situándola en el contexto de la constitución económica de los Tratados.

En segundo lugar, aunque el artículo 6.1 del TUE atribuye a la CDFUE el mismo valor jurídico que los Tratados, no hay que olvidar que la Carta de Niza no tiene un significado per sé, sino en la medida en que se inscribe en el conjunto de los mecanismos constitucionalmente diseñados como traducción del proceso de integración europeo. Su vinculación con las bases materiales de la integración comunitaria es lo que permite determinar el verdadero alcance y significado de las disposiciones sociales que en ella se recogen, de los valores y objetivos que la informan y de los mecanismos previstos para su efectiva actuación.

Subrayar únicamente la constitucionalización en el ordenamiento jurídico europeo de los derechos sociales como mecanismo de compensación y reequilibrio del imperativo dominante de las exigencias económicas, supone ignorar los contenidos del nuevo modelo que este ordenamiento incorpora desde sus orígenes. Esta formulación reductora o neutra del nuevo paradigma representado por el vínculo económico comporta una recomposición parcial que repercute también en los derechos sociales regulados en la Carta, y que resulta incapaz desde un punto de vista normativo, de recuperar aquellos contenidos que han caracterizado al constitucionalismo social del siglo veinte. La pretensión de introducir mecanismos correctores del mercado único que minimicen el impacto de los vínculos al constitucionalismo de mercado, la competencia y el monetarismo, choca con la nueva realidad política y constitucional europea.

La identificación de la constitución económica comunitaria con el mercado y los valores de los que es portador, suponer integrar al documento de Niza en esta decisión de sistema a la que está vinculado. Esta conexión de la CDFUE con los valores del constitucionalismo de mercado está presente en todos y cada uno de los componentes de la sistemática de la Carta. En particular, si tomamos como referencia el valor que informa al derecho a la huelga, la «Solidaridad», nos encontramos con un concepto que pierde aquella dimensión sustancial que permitía la introducción de mecanismos correctores del mercado. Una solidari-

dad desarmada cuya realización se hace depender del mercado¹². La falta de disposiciones adecuadas que supongan un reforzamiento de los derechos previstos en el capítulo cuarto por la Carta, afianza las conclusiones apuntadas. El empleo en algunas de estas disposiciones de expresiones como «de acuerdo con lo dispuesto en el derecho y las legislaciones y prácticas nacionales» (artículo 28 derecho de negociación y acción colectiva), imprime a este capítulo una redacción menos elaborada que acusa la pérdida de la dimensión constitucional de la subjetividad política alcanzada por el trabajo en las constituciones de la segunda posguerra¹³.

La remisión a las políticas confiere a éstas un papel central para la realización de los derechos sociales reconocidos en el Capítulo de la Solidaridad. Este escenario de comunicación entre las praxis nacionales y comunitarias determina el verdadero alcance de los derechos sociales fundamentales previstos por el texto de Niza. La tensión entre la constitución económica comunitaria y los derechos sociales alcanza en este marco su máxima expresión. Por un lado, el reenvío al derecho derivado de la Unión y a las legislaciones nacionales de la que están privados los derechos contemplados en los Capítulos primero, segundo y tercero de la Carta, acentúa y amplía la disponibilidad política de los derechos por el legislador. Por el otro, la recomposición de las constituciones económicas nacionales por el ordenamiento comunitario situando al mercado como eje conformador del nuevo modelo, hace poco creíble la efectividad de la precaria visión social que se manifiesta ahora en los regímenes de los países miembros.

La tutela de los derechos se sitúa de manera preferente en la voluntad política de los Estados y la Unión, una voluntad fuertemente condicionada por los parámetros del pacto de estabilidad y crecimiento y de la concurrencia internacional. En el espacio de estas variables se sitúa

¹² A. CANTARO, *Il secolo lungo. Lavoro e diritti sociali nella storia europea*, Ediesse, Roma, 2006, p. 129 y ss.

¹³ G. MAESTRO BUELGA, «Il costituzionalismo democratico sociale e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea», *Quaderni di Rassegna Sindacale*, núm. 1, 2004, p. 122.

el valor de la solidaridad. Su campo de acción se inscribe en las dinámicas de la competencia y el monetarismo, haciéndose depender del funcionamiento del mercado único su efectiva realización. Las políticas sociales nacionales también aparecen vinculadas a estas dinámicas y sus contenidos son los propios de la mejora de la productividad en términos competitivos. Inscritas directamente en la práctica de la competencia, no sólo se subordinan a aquella, sino que es ésta el único espacio para su actuación.

En todo caso, el componente más destructivo de la dimensión de garantía normativa de los derechos sociales se sitúa en la peculiar relación entre los derechos sociales fundamentales y la ley que determina el reenvío. Introduciendo la máxima propia de la experiencia jurídica del siglo dieciocho de que el contenido de los derechos encuentra en la ley su límite principal, de modo que las garantías proporcionadas no van más allá de cuanto ya ha sido garantizado por las legislaciones. La marginalidad de la Constitución como fuente directa de derechos y garantías reenvía al legislador la definición del contenido del derecho¹⁴. La imposibilidad de inferir un contenido social con sustantividad propia de la Carta deja al legislador la máxima discrecionalidad para la concreción de su contenido. Una regresión respecto a los textos fundamentales del constitucionalismo social que establecían la necesaria vinculación del legislador al dictado constitucional, limitando la disponibilidad de los derechos por los poderes públicos.

Otro de los aspectos a considerar a propósito de la declaración de derechos es que su incorporación al Tratado de Lisboa se ha efectuado con un «opt out» para el Reino Unido y Polonia, tal y como establece el «Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido», cuyo objeto es establecer ciertas limitaciones a la aplicación de la Carta respecto a estos Estados. Así, «nada de lo dispuesto en el Título IV de la Carta crea derechos que se puedan defender ante los órganos jurisdiccionales

¹⁴ G. AZZARITTI, «La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nel proceso costituente europeo», *Rassegna di Diritto Pubblico Europeo*, núm. ½, 2002, p. 31.

de Polonia o del Reino Unido, salvo en la medida en que Polonia o el Reino Unido hayan contemplado dichos derechos en su legislación nacional». Un título, el de la Solidaridad, que contempla el derecho de huelga. Esta cláusula de salvaguardia ha sido interpretada como un mecanismo de resistencia frente al avance de los derechos sociales comunitarios¹⁵, cuando lo cierto es que la CDFUE no consigue superar el confinamiento de la redistribución a los márgenes del sistema como consecuencia de la tensión no resuelta entre integración positiva y negativa que impone el modelo de integración y configuración del mercado interior. En todo caso, la inclusión de este Protocolo genera una asimetría en materia de protección de derechos fundamentales entre los Estados miembros de la Unión que minimiza en gran medida el carácter jurídico vinculante de la Carta.

En tercer lugar, se debe tener en cuenta que la omisión de toda referencia al modelo social europeo tanto en relación a los objetivos sociales, como con la caracterización de la dimensión social del proceso de integración europeo y los valores sobre los que se fundamenta la Unión, en contraste con las demandas del Grupo XI «Europa Social»¹⁶, no tiene mayor trascendencia. Sobre todo, porque este modelo no sería el gestado en el Estado social, sino aquél que sanciona la primacía del mercado. Una observación que corroboran los documentos políticos empleados por los miembros del Grupo XI para la definición de las funciones del modelo. En particular, las conclusiones de la Estrategia de Lisboa y la Presidencia de Barcelona. En ambos textos el contenido del modelo social europeo se aborda en términos de: «Modernización»¹⁷, «buenos resultados económicos, competitividad, un alto nivel de protección social y educación, y el diálogo social»¹⁸. Con relación a la

¹⁵ A. OLESTI. RAYO, «La dimensión social del Tratado de Lisboa», *op. cit.*, p. 587.

¹⁶ Informe final del Grupo XI «Europa social». CONV 516/1/03.

¹⁷ Conclusiones de la Presidencia al Consejo Europeo. Lisboa 23/24 de marzo. 2000.

¹⁸ Conclusiones de la Presidencia al Consejo Europeo. Barcelona 15/16 de abril. 2002, p. 8.

Agenda de Lisboa, modernizar significa reformar los sistemas nacionales de bienestar en la lógica de construcción de un «Estado activo de bienestar», estableciéndose una contraposición entre la competitividad económica y los modelos de protección social herederos de la tradición del Estado social. En sucesivas manifestaciones de las instituciones comunitarias como el Consejo de Barcelona de 2002, se reafirma esta subordinación de la política social a las exigencias del mercado y la competitividad económica.

Por otro lado, el análisis de las políticas sociales y de empleo de la UE también permite confirmar los caracteres de la naturaleza del modelo social europeo caracterizado por la centralidad del mercado. De hecho, tal y como ponían de relieve las conclusiones de la Presidencia del Consejo de Niza de 2000 (apartado 12), la dimensión normativa del modelo social europeo «se ha desarrollado a lo largo de los últimos cuarenta años a través de un acervo comunitario sustancial que los Tratados de Maastricht a Ámsterdam han permitido reforzar considerablemente, junto a normas de derecho derivado referidas a la libre circulación de trabajadores». A este respecto podemos señalar como los Títulos IX (Empleo) y X (Política Social) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE), se limitan a reproducir los contenidos ya contemplados por los Tratados precedentes.

En el Tratado de Lisboa el pleno empleo no figura entre los objetivos del artículo 3.3 del TUE. La expresión «tendente al pleno empleo» consiste en un nivel de empleo compatible con los parámetros de la constitución económica del Estado regulador, que lo aleja de los enunciados constitucionales de la segunda posguerra. La ejecución se confía a las políticas estatales y tienen que ser compatibles con las orientaciones generales de los Estados miembros y de la Unión, y adoptadas de acuerdo con el artículo 121.2 del TFUE. Un precepto circunscrito a los postulados de la economía de mercado y la libre competencia en los que la política de empleo encuentra el marco para su realización. Además, la ausencia de sanciones ante una eventual inobservancia de estas orientaciones en materia de empleo frente al sistema de sanciones que si se prevén en materia de déficit público (artículo 126.11 TFUE), junto con la formulación del fomento del empleo como «asunto de interés

común», supone un diseño normativo que imposibilita el reconocimiento del trabajo en sentido político y jurídico. A ello hay que añadir la configuración que el artículo 145 del TFUE efectúa del trabajo como variable subordinada a la competitividad que exige la reorientación de los mercados de trabajo nacionales hacia «mercados laborales con capacidad de respuesta al cambio económico», y por lo tanto, a las exigencias del mercado.

Paralelamente, la posición en la que se sitúan los objetivos de política social en la jerarquía global de los fines de la Unión, es de compatibilidad subalterna con los objetivos económicos de la Unión Monetaria. En la cúspide de la jerarquía de las finalidades aparece la política económica guiada por los cánones propios de la Unión Monetaria: control de la inflación y de la deuda pública. Paradigmático en este sentido es el apartado segundo del artículo 151 del TFUE, en el que la política social debe de hacer las cuentas con la necesidad de salvaguardar la competitividad de la economía europea. A su vez, el párrafo tercero del artículo 151 del TFUE establece que los distintos objetivos sociales contemplados por la norma resultarán, en primer lugar, del funcionamiento del mercado interior que favorecerá la armonización de los sistemas sociales. De esta manera, la política social se ve sometida a un balance desigual con las exigencias monetarias de eficiencia económica y estabilidad presupuestaria, en las que el medio para su realización, unas finanzas públicas saneadas, no sólo tienen un nivel jerárquico superior al fin social, sino que determinan el alcance jurídico real de este último.

Simultáneamente, las referencias a la Carta Social Europea y la Carta Comunitaria de 1989, en un capítulo dedicado a las políticas y no a los derechos, junto con la fórmula empleada por el artículo 151 del TFUE «teniendo presentes», circunscriben la eficacia jurídica de la disposición a un vínculo menor que aquel derivado del debate en torno a las normas programáticas. De esta manera, los derechos sociales contenidos en ambos documentos no constituyen ni un límite, ni una finalidad de la acción de la UE, lo que supone un reconocimiento de la minoría jurídica de las normas del Tratado de Lisboa que construyen la dimensión social de la UE.

No obstante estas consideraciones generales a propósito de la caracterización de la dimensión social en el Tratado de Lisboa, son necesarias algunas aclaraciones que sin quitar valor a las reflexiones efectuadas, contribuyen a clarificar su alcance. La primera de ellas conecta con la configuración como categorías diferenciadas de los derechos sociales y los derechos de conflicto. Así, aunque se les unifique genéricamente, las libertades sociales precisan de un discurso propio que impide las generalizaciones.

La segunda de las consideraciones deviene consecuencia natural de la primera. Teniendo en cuenta que no todos los derechos sociales son iguales, la constitución económica europea actúa de manera distinta en cada uno de ellos. Concretamente, el mayor o menor grado de condicionamiento dependerá de la capacidad de tales derechos para actuar sobre el paradigma de la competitividad que condiciona la relación entre los sujetos del mercado. Ciñéndonos al derecho de huelga que ocupa la presente reflexión, éste pertenece junto con la libertad sindical y la negociación colectiva, al conjunto de derechos sociales vinculados al reconocimiento de un nuevo sujeto en el sistema. En este grupo de derechos la influencia de la constitución económica europea es menor porque no condicionan de manera directa el funcionamiento del mercado, a diferencia de otros derechos sociales como el derecho al trabajo en su dimensión individual (estabilidad en el empleo) y colectiva (pleno empleo), lo que no significa que estos derechos no se vean afectados por los condicionamientos del constitucionalismo económico europeo¹⁹.

2.2. Los derechos sindicales en el sistema constitucional europeo

El Tratado de Lisboa en sintonía con sus antecesores excluye expresamente del ámbito de acción y de las competencias normativas de la UE el derecho de asociación y sindicación, el derecho de huelga y el

¹⁹ G. MAESTRO, «I diritti sociali nella Costituzione Europea», *op. cit.*, 2006, pp. 122-125.

derecho de cierre patronal (artículo 153.5 del TFUE). Esta reiterada exclusión ha sido considerada un obstáculo para la construcción de un sistema de relaciones industriales a escala europea como mecanismo de integración positiva²⁰. Por el contrario, para otros sectores el reconocimiento en la CDFUE de la libertad sindical y el derecho de huelga como derechos sociales fundamentales, junto con la existencia en el ordenamiento jurídico europeo de bases normativas reguladoras de institutos tales como el diálogo social o la negociación colectiva, refuerzan el discurso del importante avance en la conquista de derechos sindicales transnacionales²¹.

Los orígenes del diálogo social europeo se remontan al segundo Programa de Acción Social de 1984, que lo citaba como uno de los ejes de la política social comunitaria, y posteriormente, al Acta Única Europea que lo contemplaba en el artículo 118-B. El debate que acompañó a la redacción de este precepto se articulaba en torno a dos propuestas: la del gobierno danés, consistente en introducir un artículo 118bis en el Tratado que reconociera «el objetivo de la equiparación por la vía del progreso de las condiciones de trabajo en materia de seguridad y salud»; y la propuesta francesa de formalización del diálogo social en el interior de la Comunidad a través de la extensión por mayoría cualificada del Consejo al resto de Estados miembros de los convenios colectivos concluidos entre las partes sociales de al menos tres Estados miembros²². Sin embargo, lo que el texto del Acta recibió de estos planteamientos fue simplemente una declaración de acción política por parte de la Comisión desprovista de fuerza jurídica vinculante: «la Comisión procurará desarrollar el diálogo entre las partes sociales a nivel europeo, que podrá dar lugar, si estas lo considerasen deseable, al establecimiento de relaciones basadas en un acuerdo entre dichas partes». Una

²⁰ B. VENEZIANI, «Il ruolo delle parti sociali nella Costituzione Europea», *RGL*, 2006, pp. 501-502.

²¹ F. GIORGIO, «Libertá sindacale in Italia e in Europa. Dai principi ai conflitti», *WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona»*, INT, núm. 78, 2010, pp. 27-30.

²² J-P. JACQUE, «L'Acte Unique Européen», *Revue Trimestrille de Droit Européen*, núm. 22, 1986, p. 602.

tímida y cauta formulación cuya virtualidad se reducía a una acción de promoción en la que se perfilaban dos posibles modelos de desarrollo del papel de la autonomía colectiva en el ámbito comunitario: por un lado, como destinataria de las atenciones de la Comisión, por otro, como posible protagonista de un proceso de negociación colectiva²³.

En cualquier caso, el diálogo social comunitario se configuraba como una disciplina procedimental jurídicamente no vinculante que respondía al marco específico del desarrollo de la dimensión social comunitaria desde una perspectiva favorable a la convergencia de las políticas sociales con los objetivos del mercado interior. La imposibilidad de derivar efectos preceptivos de los acuerdos concluidos a nivel comunitario se manifestaba en la no obligatoriedad para los derechos nacionales de aplicar directamente tales acuerdos, de definir normas para su recepción en el espacio estatal y de modificar la normativa nacional vigente para facilitar su aplicación²⁴.

Por otro lado, la negociación colectiva aparece por primera vez en el párrafo cuarto del artículo 2 del Protocolo número 14 sobre Política Social anexo al Tratado de Maastricht, que establecía la posibilidad de trasponer directivas comunitarias al derecho interno a través de la negociación colectiva. No obstante, la absorción de este espacio de intervención social por el ámbito europeo estaba sujeta al compromiso de su compatibilidad con el fortalecimiento de la competitividad de la economía de la Comunidad, las necesidades del mercado único y sin fronteras interiores y la Unión Económica y Monetaria²⁵. Los conteni-

²³ B. VENEZIANI, «Dal dialogo sociale alla contrattazione collettiva nella fase della trasformazione istituzionale dell'Unione Europea», *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, núm. 2, 1998, p. 246.

²⁴ E. VOGEL-POLSKY, «De la dimension sociale du marché intérieur á une veritable cohesion économique et sociale», *Quel avenir pour l'Europe sociale: 1992 et après*, Actes du colloques Européen de Bruxelles, 16 e 17 novembre, 1990, Bruxelles, p. 90.

²⁵ M.R. ALARCÓN CARACUEL, «La Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores y el Protocolo 14 de Maastricht», *Unión Europea y Estado de bienestar*, CSIC, Madrid, 1997.

dos del Protocolo fueron incorporados con posterioridad al Título XI sobre Política Social del Tratado de Ámsterdam, en el que los vínculos heterónomos establecidos por el artículo 137 TCE para la negociación colectiva dificultaban su consideración como instrumento de autotutela colectiva, quedando relegada a un simple negocio privado. Esta nueva procedimentalización de la negociación colectiva actuada en el espacio europeo erosionaba la dimensión colectiva de la relación laboral que determinaba el acto de la negociación. El principal mecanismo de desprotección de la negociación colectiva se materializaba en el Tratado del 97, a través de la introducción de la lógica del mercado en la contratación, lo que impedía articular una negociación colectiva comunitaria basada en una construcción normativa del equilibrio de las partes sociales. La centralidad del mercado y la libre competencia atribuían un nuevo valor a la negociación colectiva que diluía su capacidad para determinar autónomamente el texto del contrato²⁶.

Éste es el contexto en el que se sitúa la exégesis del diálogo social y la negociación colectiva en el espacio legal europeo. Una práctica contractual poco desarrollada, una configuración normativa comunitaria instrumental a la actuación del derecho derivado en el que los únicos espacios de auténtica negociación coinciden con los que se reconocen a la discrecionalidad del legislador nacional para la actuación de la directiva. El contraste entre la confianza institucional depositada en la negociación colectiva y la falta de competencias sobre los presupuestos de la negociación (cuestiones organizativas, libertad sindical y conflicto colectivo) configuran a la negociación colectiva como instrumento auxiliar de regulación pública²⁷.

Sin embargo, con la adopción del Tratado de Lisboa parece mejorar el activismo de los protagonistas colectivos teniendo en cuenta los cambios introducidos en la UE: la economía social de mercado, el va-

²⁶ P. ICHINO, «Contrattazione collettiva e antitrust: un problema aperto», *Mercato Concorrenza e Regole*, núm. 3, 2000, pp. 638-639.

²⁷ T. TREU, «L'Europa Sociale: problema e prospettive», *Diritto delle Relazioni Industriali*, núm. 3, 2001, pp. 313-314.

lor de la subsidiariedad horizontal como directriz de las políticas sociales, el carácter autónomo del diálogo social y la negociación colectiva²⁸. Después de una primera fase en la que las libertades sociales aparecían subordinadas a la exigencia prioritaria de garantizar un funcionamiento armonioso del mercado interior y de evitar las distorsiones de la libre competencia, la relación entre los interlocutores sociales y las instituciones comunitarias deviene un nuevo recurso para la regulación del mercado. El principio de autonomía que contemplan los artículos 152 y 155 del TFUE, representa implícitamente el reconocimiento de un elemento constitutivo del ordenamiento sindical sintomático del valor de la dimensión dinámica de la libertad sindical en el derecho de la Unión²⁹.

No obstante estos planteamientos que refuerzan las relaciones de reciprocidad entre el derecho comunitario y la autonomía colectiva, deben imponerse las cautelas a la hora de valorar su alcance. En primer lugar, porque la proclamada cualidad autónoma del diálogo social y la negociación colectiva deben ponerse en relación con el conjunto de garantías normativas habilitadas por el propio ordenamiento europeo para que dicha autonomía sea efectiva. En segundo lugar, porque las disposiciones reguladoras de los institutos del diálogo y la negociación deben interpretarse de acuerdo con los límites establecidos para el marco en el que se insertan, que es el de la política social europea.

La apelación a la economía social de mercado como fórmula de compromiso entre la integración positiva y la integración negativa requiere su contextualización y vinculación con el resto de disposiciones del Tratado de Lisboa, dado que sólo así es posible valorar el alcance de la formulación y sus implicaciones reales. La incorporación de la economía social de mercado tiene su origen en las propuestas del Grupo XI Europa Social y, en menor grado, en las del Grupo IV Gobernanza Eco-

²⁸ F. GIORGIO, «Libertá sindacale in Italia e in Europa. Dai principi ai conflitti», *op. cit.*, pp. 32-36.

²⁹ F. GIORGIO, «Libertá sindacale in Italia e in Europa. Dai principi ai conflitti», *op. cit.*, p. 32

nómica. Para el primer grupo, la economía social de mercado se configura como nexo de unión entre el desarrollo económico y social. Vinculada a la exigencia de equiparación entre los objetivos sociales y económicos, se confronta con el modelo de economía de mercado abierta y de libre competencia. Para el Grupo IV, la economía social de mercado se manifiesta como modelo en el contenido de las disposiciones vinculadas a la construcción del mercado único y la UEM (artículos 3.3, 3.4 del TUE, y 119 del TFUE), desnaturalizando el compromiso de paridad entre la dimensión económica y social.

La expresión finalmente incorporada al artículo 3.3 del TUE, «economía social de mercado altamente competitiva», dista mucho de representar una modificación del modelo de constitución económica comunitaria materializando el fin del divorcio del constitucionalismo social. Básicamente, porque el modelo del constitucionalismo económico europeo sigue siendo la economía de mercado abierta y de libre competencia en la que los poderes públicos intervienen con el objetivo de compatibilizar las estructuras sociales con el mercado a través de la subordinación de las primeras al segundo³⁰.

La economía social de mercado altamente competitiva no define el modelo de constitución económica tal y como se desprende de la diferente orientación que existe entre las políticas económicas y las sociales. Contempladas en el Título VIII del TFUE, la referencia a la economía social de mercado es inexistente. El artículo 119 del TFUE al definir los principios rectores de la política económica y monetaria de la Unión menciona la economía de mercado abierta y de libre competencia, precios estables, las finanzas públicas y condiciones monetarias sólidas y balanza de pagos estable. Solamente estos principios están previstos en los artículos 119 y 120 del TFUE, como principios fundamentales de las intervenciones en política económica y monetaria de la Unión.

La centralidad del mercado condiciona el proceso constituyente europeo determinando su contenido. Las cuestiones referentes a la tutela

³⁰ L. PATRUNO, «Addio “Costituzione” Europea? I nomi: Trattato, Costituzione: la cosa: il diritto europeo», *www.costituzionalismo.it*, 2007, p. 4.

y garantías del mercado, condiciones de funcionamiento y contraposición a la lógica política de la intervención permanecen inalterables. Por eso, la definición de la política social europea basada en una desordenada alusión al empleo y al progreso social, a una protección social adecuada (artículo 151.1 TFUE), se desnaturaliza cuando a renglón seguido se hace depender su materialización normativa del funcionamiento del mercado interior, en armonía con el modelo de constitución económica vigente desde los inicios del proyecto de integración.

Tampoco la articulación de un soporte legislativo a la autonomía de los interlocutores sociales por el artículo 154 del TFUE implica una innovación real de alcance constitucional que comprometa el modelo descrito. El fomento de la consulta a los interlocutores sociales a nivel de la Unión, la adopción de todas las disposiciones necesarias para facilitar el diálogo, el apoyo equilibrado y la consulta a los interlocutores sociales sobre la posible orientación de una acción de la Unión o sobre el contenido de la propuesta contemplada no consiguen superar su subordinación a la lógica del mercado garantizada en torno a una doble limitación al carácter autónomo de la negociación colectiva de naturaleza procedimental y sustancial³¹.

Los límites procedimentales consisten en las prerrogativas de la Comisión para adoptar una valoración preventiva de los convenios antes de su publicación e informar al Parlamento Europeo y al Consejo de Ministros; valorar una vez expirado el periodo de control en qué medida la iniciativa de los interlocutores sociales ha contribuido en la realización de los objetivos comunitarios; considerar, en caso de valoración negativa, la posibilidad de presentar un propuesta de acto legislativo y de ejercitar el derecho de iniciativa cuando considere que los interlocutores sociales se retrasan en la realización de los objetivos comunitarios.

³¹ Communication from the Commission. Partnership for change in an enlarged Europe-Enhancing the contribution of European social dialogue, COM (2004) 557 final, p. 10.

Los límites sustanciales a la autonomía de la negociación colectiva otorgan preferencia a la actuación de una decisión del Consejo cuando estén en juego derechos fundamentales o importantes acciones políticas, cuando deban aplicarse reglas de manera uniforme para todos los Estados miembros de la Unión, y cuando los convenios colectivos no sean idóneos para revisar los contenidos de las directivas adoptadas previamente por el Consejo y el Parlamento Europeo a través del tradicional procedimiento legislativo.

Estas limitaciones a la autonomía de los interlocutores sociales se corresponden con las consideraciones efectuadas a propósito de la constitución económica comunitaria. Frente a la negociación colectiva como derecho encaminado a la autorregulación de la relación laboral, la lógica de los principios de economía abierta y de libre competencia en los que se sustancia la economía social de mercado altamente competitiva, define la relación entre poderes privados como espacio de mercantilización que propicia una concepción de la dinámica negociadora como relación altamente privatizada frente a su consideración de instrumento público integrador de los ámbitos político y económico en el Estado social.

Paralelamente, la cuestión de los derechos fundamentales con capacidad para restringir el alcance de las competencias de los interlocutores sociales, conduce al análisis de la relación entre negociación colectiva y libertades económicas. Estas últimas han sido calificadas como derechos fundamentales por el TJCE. En lo que aquí interesa, en el espacio europeo el estatus de fundamental de un derecho viene determinado por su contribución al orden económico concurrencial. Esto significa que son derechos fundamentales funcionales a la decisión política fundamental de la economía de mercado y la libre competencia³². De ahí que de la relación libertades económicas-negociación colectiva, no se desprenda una esfera de inmunidad a favor de la negociación colectiva que la preserve de los dictados de la disciplina general de la competencia. La negociación colectiva está sujeta a las limitaciones esta-

³² L. AZZENA, *L'integrazione attraverso i diritti. Del cittadino italiano al cittadino europeo*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 222.

blecidas por las garantías que tutelan a la libre competencia como principio que rige el orden público económico de la Unión.

Sobre todo, si se tiene en cuenta que hay convenios colectivos que pueden tener repercusiones en el mercado de bienes y servicios. En tales supuestos, la distinción entre una limitación de la competencia en el mercado de trabajo (a priori lícita, dado que lo que se tutela en el ordenamiento jurídico europeo es la libre circulación de trabajadores, pero no la competencia entre ellos), y una limitación a la competencia en el mercado de bienes y servicios (donde la garantía de la competencia es absoluta y la presencia de cualquier elemento distorsionador se califica como ilícita), representa el límite que determina la sujeción de la negociación colectiva a los presupuestos de la competencia³³. De tal forma que en los supuestos en los que los mecanismos de la autonomía colectiva expresen su capacidad de incidencia en las reglas de la competencia y las demandas de la competitividad que condicionan las relaciones entre los sujetos de la competencia, tales mecanismos se verán sometidos a los límites sustanciales descritos. Parafraseando a Wedderburn, los derechos colectivos de los trabajadores no se reconocen porque sean necesarios, sino por su idoneidad para asegurar el funcionamiento del mercado interior³⁴.

Por último, el principio de subsidiariedad horizontal contemplado por el artículo 155 del TFUE establece una participación de los interlocutores sociales en la consecución de los objetivos sociales de carácter marginal y en todo caso, limitada por una serie de condicionantes articulados de la siguiente manera: el conflicto de intereses tiene su regulación preferente en los acuerdos entre los interlocutores sociales. Los acuerdos a los que podrá conducir el diálogo social se circunscriben a una serie de ámbitos que afectan a aspectos del derecho del trabajo y de las relaciones industriales como la salud y seguridad de los trabaja-

³³ L. DI VIA, *Antitrust e diritti sociali. Contributo a una teoria dell'abuso del diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoles, 2004, p. 48.

³⁴ L. WEDDERBURN, «Consultation and collective bargaining in Europe: success or ideology?», *Industrial Law Journal*, núm. 1, 1997, p. 5.

dores, las condiciones de trabajo, la seguridad social y la protección social entre otros (artículo 153 TFUE). Por lo tanto, un elenco tasado de cuestiones de las que se excluye el Empleo que se aborda en un Título diferente al de las políticas sociales y en el que los interlocutores sociales tienen simplemente un papel de consulta. A su vez, las relaciones convencionales se materializarán todo lo más, en directivas de mínimos. El «regulatory minimalism» que caracteriza a la normativa europea de derecho derivado adoptada a finales de los noventa, se inscribe en el contexto de la flexibilidad que domina el entramado de la estrategia europea para el empleo.

Por otra parte, la cumbre social tripartita para el crecimiento y el empleo (artículo 152 del TFUE) no ha cumplido con su labor integradora del diálogo social y la autonomía colectiva en el espacio europeo. La concertación entre el Consejo, la Comisión y los interlocutores sociales en materia de crecimiento y empleo que la cumbre social tripartita está llamada a garantizar, se desenvuelve de manera funcional a los requerimientos de la constitución económica europea y a una política de adaptación a la misma. En este marco, los espacios articulados para la acción colectiva europea son prácticamente inexistentes. La ausencia de reconocimiento de la libertad sindical y del juego pleno de la autonomía colectiva es consecuencia directa de la sustitución de una concepción dialéctica de las relaciones de trabajo por una alianza innatural entre empresarios y trabajadores para convertir a la Unión en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social. La tendencia a eliminar el conflicto de intereses entre el capital y el trabajo apelando a una pretendida unidad de intereses basada en el equilibrio entre los derechos y responsabilidades de empresarios, trabajadores y demandantes de empleo, que materializa en última instancia un interés que coincide con el del capital, deviene el primero de los pilares básicos del modelo europeo de relaciones de trabajo. Como consecuencias inmediatas: la indefinición de los sujetos colectivos, la falta de reconocimiento en el espacio europeo de los derechos de conflicto básicos y los límites a la autonomía colectiva.

3. ANÁLISIS JURÍDICO-POLÍTICO DEL ARTÍCULO 28 DE LA CDFUE: LA HUELGA COMUNITARIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL CONDICIONADO

De acuerdo con el artículo 28 de la Carta de Niza, «los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga». Tres son las cuestiones que se suscitan: si existe un modelo concreto europeo y transnacional de la huelga, cuál es la incidencia del derecho comunitario y las praxis de los derechos nacionales en la determinación del contenido del derecho de huelga comunitario, en tanto en cuanto se constituyen como las fuentes de legitimación del antedicho derecho, y, finalmente, cuáles son los límites intrínsecos y extrínsecos a los que a tenor de las disposiciones generales de la Carta que acabamos de comentar, está sujeto el ejercicio del derecho.

Por lo que respecta a la primera de las cuestiones, el marco normativo de inspiración del artículo 28 está constituido por fuentes internacionales como la Carta Social Europea de 1961 (CSE) y la Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989 (CCDSF), las tradiciones constitucionales comunes y el propio derecho comunitario. El artículo 6.4 de la CSE y el artículo 13 de la CCDSF garantizan el derecho de los trabajadores a recurrir a medidas de presión colectiva, incluido el derecho de huelga, si bien con una doble matización: en primer lugar, la subsunción del derecho de huelga al supuesto único del conflicto de intereses y, en segundo lugar, su especial vinculación al derecho de negociación colectiva. Esto implica que la huelga sólo puede tener lugar en el ámbito estrictamente laboral o profesional, sin que se reconozca su ejercicio legítimo más allá de cuestiones finalizadas a la igualdad socio-económica en el ámbito empresarial.

A su vez, el derecho de huelga como institución complementaria de la negociación colectiva implica un modelo de relaciones industria-

les caracterizado por la colaboración integradora de las partes sociales. Finalmente, la expresión «sin perjuicio de las obligaciones que puedan resultar de los convenios colectivos en vigor», conlleva una relación entre el convenio colectivo y las llamadas cláusulas de paz en la que las segundas se insertan como consecuencia natural en el primero. Desde esta perspectiva, la función del convenio colectivo se valora en el marco de una filosofía de cooperación en la que desaparece el conflicto como instrumento dinamizador del sistema de relaciones laborales³⁵.

Por lo que respecta al derecho comunitario, la dicción literal del precepto que contempla el derecho de huelga se completa con el reconocimiento del derecho de cierre patronal. La paridad de armas que implica este reconocimiento, arroja un modelo de conflicto obrero que parte precisamente de su propia negación. La huelga y el cierre se conforman como derechos que adolecen de un contenido contrario, o lo que es lo mismo, la afirmación de uno de ellos supone la negación del otro. Y es que el cierre empresarial como mecanismo de autotutela del capital, comporta la apropiación de la controversia colectiva por parte de los empresarios, legitimando la inferioridad real existente en la relación capital-trabajo que se convierte en una inferioridad formalizada. Una apropiación del trabajo por el capital que parte del redimensionamiento de la sustancial desigualdad de las posiciones de trabajadores y empresarios desde una óptica puramente vinculada al dogma del constitucionalismo de mercado como veremos a continuación.

Finalmente, la interpretación del artículo 28 de la CDFUE se cierra con la apelación a las tradiciones constitucionales comunes. Sin embargo, los Estados miembros adolecen de un alto grado de diversidad normativa en cuanto a la regulación de las condiciones de ejercicio del derecho, siendo difícil aprehender el elemento común al que se apela para su protección. Precisamente, esta diversidad fue el motivo de la opción

³⁵ Para un análisis sobre las relaciones existentes entre el deber de paz y el conflicto colectivo: J-L. MONEREO PÉREZ, «La huelga» en *Comentario a la Constitución socio-económica de España*. J-L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE, M-N. MORENO VIDA (dir), Granada, 2002, pp. 1076-1090.

política comunitaria consistente en la remisión a las legislaciones y prácticas nacionales. Una justificación formal que se concreta en el principio de subsidiariedad recogido en la disposición general 51 de la Carta de Niza.

No obstante lo señalado, a nuestro juicio, son otros los motivos por los que se ha optado por una regulación «aparentemente» fragmentaria del derecho de huelga comunitario, lo que nos traslada a la segunda y tercera de las observaciones a propósito del artículo 28. El alcance e interpretación del derecho de huelga comunitario se sitúan en los límites establecidos por el artículo 52 de la CFDUE para el legislador nacional y comunitario. Los límites del derecho de huelga determinan el margen de actuación de la praxis legislativa y, de esta manera, el grado de discrecionalidad del que se dispone. Las limitaciones son de dos tipos, pero están interrelacionadas. Por un lado, «dentro del respeto del principio de proporcionalidad sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás» (artículo 52.1 CDFUE).

La configuración de los objetivos de interés general como límites al derecho de huelga supone que las restricciones a este derecho estarían justificadas por: los intereses protegidos por los artículos 34-37 del TFUE (prohibición entre los Estados miembros de restricciones cuantitativas a la importación y medidas de efecto equivalente, el principio de mutuo reconocimiento), el artículo 45.3 TFUE (libre circulación de trabajadores) y los objetivos enumerados en el artículo 3 del TUE, donde la competitividad se erige como el valor de los valores. De esta manera, la preservación del mercado interior disciplina el ejercicio del derecho de huelga.

El interrogante que se plantea es cómo se articula la relación entre los límites comunitarios y los límites nacionales al derecho, sobre todo, si tomamos como referencia aquellos derechos internos en los que las restricciones al derecho de huelga no contienen en sí el principio de la competencia. El hecho de que el legislador nacional prescriba su interpretación de acuerdo con principios ajenos al código constitucional genera consecuencias imprevisibles. La carencia del dictado constitucio-

nal reconduce forzosamente al ámbito supranacional como referente para la interpretación del derecho. Una nueva realidad material presente en la relación articulada entre derecho de huelga y concurrencia que es consecuencia directa del constitucionalismo económico europeo y sus prerrogativas.

Por otro lado, cualquier limitación al ejercicio del derecho comunitario de huelga deberá respetar el contenido esencial del derecho, lo que conduce a indagar cuál sea el mínimo intangible no disponible por el legislador nacional en la aplicación del derecho comunitario de huelga. Ahora bien, la Carta de Niza no dice en qué consiste ese componente absoluto del derecho, por lo que los términos del análisis nos sitúan ante un concepto jurídico indeterminado para cuya delimitación a nuestro juicio, ha de recurrirse al diseño constitucional comunitario del derecho de huelga.

Este diseño, como se acaba de ver, coloca a la huelga en la decisión del sistema de la economía social de mercado altamente competitiva que arroja como resultado el modelo normativo de la huelga contractual y de la laboral, siempre y cuando se ejerciten en armonía con los objetivos de interés general de la Unión, sin que sea posible su configuración como especificidad propia del principio de igualdad sustancial del constitucionalismo social. De tal forma que no nos encontraríamos ante el fenómeno de huelga protegido por el artículo 28 de la CDFUE, cuando las perturbaciones en la producción de bienes y de servicios o en el funcionamiento de estos últimos se produzcan con el fin de presionar sobre las instituciones y órganos de la Unión con el fin de conseguir una normativa más favorable para los intereses de los trabajadores. La ilegitimidad de la huelga política en el ordenamiento jurídico europeo es consecuencia directa de los intereses protegidos por el derecho.

En esta perspectiva, la aproximación a las relaciones entre sistema político, interlocutores sociales y derecho de huelga en el ordenamiento jurídico europeo permite establecer las siguientes observaciones. En primer lugar, el papel de los interlocutores sociales a nivel transnacional se articula en torno a una débil panoplia instrumental que no va más allá de las meras funciones consultivas en materia de empleo, o de una

labor promocional de la política social limitada por los requisitos sustanciales y procedimentales establecidos por la Comisión. La ausencia de participación en el gobierno de la economía europeo corrobora la marginalidad de las funciones llamadas a desempeñar por los interlocutores sociales. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, esta restricción de funciones es paralela a una configuración regresiva de los mecanismos de autotutela colectiva que los aleja de su tradicional caracterización funcional a la protección del trabajo.

El derecho de huelga comunitario implica una libertad sindical comprimida en la empresa como el único lugar posible para la elaboración de la exigencia reivindicativa y el ejercicio del conflicto. Este confinamiento al ámbito empresarial conlleva para las organizaciones sindicales, y por extensión para la huelga, una pérdida de la capacidad de elaborar con plena autonomía su propia política reivindicativa. Pero sobre todo, implica una restricción que termina por desnaturalizar a la propia motivación de la huelga, dado que aun aceptándose las causas que la generan, no por ello la huelga deviene legítima.

El derecho constitucionalmente protegido no es el que se atribuye a los trabajadores o sus organizaciones respectivas cuando tal derecho se ejercite frente a los empresarios para renegociar contratos de trabajo introduciendo en ellos condiciones más beneficiosas, sino cuando el derecho se ejercite sin poner en peligro las ventajas que ofrece la libre competencia en una economía de mercado abierta. De modo que los límites extrínsecos que acompañan a la huelga, terminan por transformarse en límites intrínsecos al contenido del derecho. La huelga comunitaria se caracteriza jurídicamente como un derecho condicionado por el paradigma del mercado y sus correlatos.

A mayor abundamiento, el contenido esencial del derecho de huelga comunitario se complementa con otro contenido de creación legal, establecido por los legisladores nacionales. Se trata de un contenido que el propio artículo 28 contempla al hacer apelación para la interpretación del derecho de huelga comunitario a la voluntad del legislador de los Estados miembros. Así las cosas, nos encontramos con un contenido pleno del derecho y con un contenido contingente o posible que atiende a los regímenes jurídicos específicos de los derechos nacionales. Con

todo, cabría preguntarse qué sucedería en aquellos supuestos en los que esa parte disponible del contenido del derecho se completara de acuerdo con una lógica de regulación contrapuesta con la formulación del constitucionalismo de mercado³⁶.

Desde ciertos sectores doctrinales se aporta como solución para colmar este interrogante la perspectiva pluriordinamental del derecho de huelga, consistente en establecer una neta separación entre los ordenamientos nacional y comunitario en relación con las garantías del derecho. En particular, desde estas aproximaciones «es posible configurar una noción y una disciplina de la «huelga comunitaria funcional» (y en general, de la acción colectiva) que permite su ejercicio cuando éste adquiera una relevancia transnacional o cuando incida sobre las dinámicas de la integración europea que, sin embargo, no altera necesariamente los equilibrios propios de las disciplinas nacionales cuando se manifiesta en el plano de los ordenamientos internos»³⁷. De tal forma que «la tutela dispensada al derecho comunitario estaría dirigida a permitir que en el ordenamiento de la Unión se garantice el derecho a la acción colectiva y no a modificar los estándares presentes en los Estados miembros»³⁸.

Esta reflexión parte de una noción «abierta» del derecho a la acción colectiva de carácter transnacional, como si el derecho comunitario de huelga actuara como un derecho multinivel susceptible en la parte de su «contenido posible» de ser conjugado y declinado con nociones no sintonizadas que, sin embargo, gozan de inmunidad frente a la integración negativa³⁹. Ahora bien, pretender que el contenido disponible

³⁶ En este sentido S. GIUBBONI, «Lavoro e diritti sociali nella «nuova» Costituzione europea. Spunti comparatistici», *Diritti Lavori Mercati*, núm. 3, 2004, pp. 589-596.

³⁷ G. ORLANDINI, «Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo», *Europa e Diritto Privato*, núm. 3, 2006, p. 1003.

³⁸ G. ORLANDINI, *op. cit.*, p. 1003 y ss.

³⁹ S. GIUBBONI & G. ORLANDINI, «Il conflitto collettivo nell'ordinamento comunitario», *Democrazia e Diritto*, núm. 3, 2004, pp. 129-132.

del derecho adquiera desempeñe el papel de catalizador de las tradiciones del constitucionalismo social llamadas a realizar una metamorfosis del constitucionalismo de mercado, presenta mayores dosis de ambigüedad.

De acuerdo con este planteamiento, la caracterización jurídica de la huelga que realiza el artículo 28 de la CDFUE significa que la regla de la eficiencia del mercado y su incondicionada apertura no puede obstruir el camino a las intervenciones del legislador nacional que, si bien cada vez más circunscrito a la normativa europea de la competencia, hagan posible la tutela del derecho de huelga. Se trata de una propuesta que refuerza la tesis de la emancipación de los derechos sociales, en la que el recurso a los objetivos lejos de constituir una debilidad, fomenta un derecho supranacional en formación. La fuerza innovadora deriva de la propia habilidad de los Estados para defender algunas prerrogativas del derecho nacional, pero sin perder de vista los vínculos establecidos por las normas supranacionales⁴⁰.

Sin embargo, en esta propuesta no se considera que «la proclamación de un «mismo» derecho en más documentos normativos es pura apariencia, dado que las mismas palabras no connotan de hecho el mismo derecho si el contexto en el que son formuladas es distinto»⁴¹. De hecho, la propia teoría de la emancipación hace referencia a la influencia del vínculo económico. La diferencia radica en que en esta propuesta no se habla expresamente de la jerarquía de valores que acompaña a la integración negativa y que permeabiliza a los ordenamientos internos a través de la imposición de una nueva constitución económica. El mercado interior representa para el legislador nacional una fuente de inspiración que no la única, a la que acompañarían los contenidos del constitucionalismo social.

A este respecto merece la pena recordar que al igual que sucede en el ordenamiento europeo, la tutela constitucional del mercado y de la competencia también se sitúa al nivel más alto en los ordenamientos

⁴⁰ S. SCIARRA, «Diritti sociali. Riflessioni sulla Carta Europea dei diritti fondamentali», *Argomenti di Diritto del Lavoro*, núm. 2, 2001, pp. 403-404.

⁴¹ M. LUCIANI, «Costituzione, integrazione europea, globalizzazione», *Questione giustizia*, núm. 6, 2008, pp. 71-72.

internos por efecto de los vínculos derivados de la primacía del derecho de la Unión que determina la necesaria compatibilidad entre los sistemas nacional y europeo. «El dominio del mercado, por efecto de los vínculos de conducta derivados de la necesaria concurrencia entre sistemas, como se desarrolla en el mercado unificado, provoca la prescripción o la inutilización de aquellos que en el pasado han sido señalados como los instrumentos «principios» de la intervención pública en la economía e incluso, el desmantelamiento de los institutos sobre los cuales se apoyaba la construcción del sistema así llamado de economía mixta»⁴². Por lo tanto, dado el margen de discrecionalidad de que dispone el legislador nacional como consecuencia de la técnica utilizada por la Carta de Niza para la positivación de los estándares de tutela del derecho de huelga, sus intervenciones estarán siempre más orientadas a adoptar las modificaciones oportunas para adaptarse a los valores inherentes al constitucionalismo económico europeo.

4. LA DISCIPLINA EUROPEA DE LOS DERECHOS DE CONFLICTO EN LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL JUEZ COMUNITARIO: ENTRE LIBERTADES ECONÓMICAS Y SOLIDARIDAD COMPETITIVA

Si como hemos reiterado la dinámica del constitucionalismo económico de la UE manifiesta su preferencia por la estrategia fundada sobre el principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia frente a la del Estado social y su correlato del intervencionismo público en la economía, no es extraño que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) haya expresado con claridad la preeminencia de las normas de funcionamiento del espacio económico integrado y del constitucionalismo de mercado frente al constitucionalismo social de los Estados miembros.

⁴² G. GUARINO, «Pubblico e privato nell'economia: la sovranità tra Costituzione e istituzioni comunitarie», *Quaderni Costituzionali*, núm. 1, 1992, p. 15.

En esta función de garantía del mercado el Tribunal de Luxemburgo ha sido llamado a confrontarse con los potenciales efectos esterilizadores que pudieran derivarse de las acciones colectivas nacionales para el ámbito del mercado comunitario de los servicios. En particular, el derecho de huelga ejercitado por los trabajadores de un Estado miembro para impedir a una empresa desplazarse a otro Estado miembro para beneficiarse de los diferenciales existentes en el coste del trabajo (Asunto Viking⁴³), o para imponer a una empresa de otro Estado miembro el respeto de los estándares laborales propios del Estado de acogida (Asunto Laval⁴⁴).

En ambos pronunciamientos el juez comunitario sigue una línea jurisprudencial que consiste en reconducir una acción colectiva adoptada por un sindicato a las disposiciones sobre libre circulación. La eficacia horizontal de las libertades económicas supone que éstas no sólo limitan las facultades de las autoridades de los Estados miembros, sino también la autonomía de los sujetos privados. Los actos de los particulares pueden poner en peligro los objetivos de las disposiciones sobre libre circulación, por lo tanto, no se les puede permitir actuar sin tener en cuenta los derechos que se derivan para los demás particulares de las normas sobre libre circulación⁴⁵.

Siguiendo este razonamiento nos encontramos con la aplicabilidad de las disposiciones sobre libre circulación a los conflictos colectivos pero, ¿cuáles fueron las causas que motivaron el reconocimiento de la eficacia horizontal entre particulares de las libertades económicas? y, ¿cómo se determina cuándo la actuación de un particular impide de forma eficaz a otros ejercer su derecho a circular libremente?

⁴³ STJCE, de 11 de diciembre de 2007. C-438/05. *Internacional Transport Workers Federation & Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP & O Ü Viking Line Eesti*.

⁴⁴ STJCE, de 18 de diciembre de 2007. C-341/05. *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadarbetareförbundet & Svenska Byggnadsarbetareförbundet afdelning 1, Byggnettan & Svenska Elektrikerförbundet*.

⁴⁵ Sentencia de 9 de diciembre de 1997, *Comision/Francia (C-265/95)*.

La primera de las preguntas encuentra respuesta en las conclusiones del Abogado General del Asunto Viking⁴⁶: «junto con las disposiciones sobre competencia, las disposiciones sobre libre circulación forman parte de un conjunto coherente de normas cuya finalidad se describe en el artículo 3 CE. Esta finalidad es garantizar la libre circulación de mercancías, servicios, personas y capitales entre los Estados miembros, en un mercado de libre competencia» (Considerando 32). A renglón seguido, «las normas sobre libre circulación y las normas sobre la competencia alcanzan esta finalidad, fundamentalmente, confiando derechos a los operadores del mercado. En esencia, protegen a los operadores del mercado facultándoles para impugnar determinados impedimentos a la posibilidad de competir en igualdad de condiciones en el mercado común (...). Sin las normas sobre libre circulación y competencia, resultaría imposible alcanzar el objetivo fundamental de la Comunidad de tener un mercado común que funcione» (Considerando 33).

Por lo tanto, el motivo es que estaba en juego una de las disposiciones fundamentales para la garantía de la constitución económica comunitaria, la libre prestación de servicios. De ahí que «la eliminación, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre prestación de servicios correría peligro si la supresión de las barreras de origen estatal pudieran ser neutralizadas por los obstáculos derivados de actos realizados en el ejercicio de su autonomía jurídica por asociaciones u organismos que no están sometidos al Derecho público⁴⁷.

Las asociaciones sindicales, como manifestación de la integración política del trabajo, entraban por esta vía a formar parte de la órbita de la libre prestación de servicios. Cuestión distinta era la de la captación de sus manifestaciones de autonomía privada dentro de la siempre omnicompreensiva noción de medidas restrictivas de tal libertad. Y ello,

⁴⁶ Conclusiones del Abogado General, M. Poiares Maduro, 23 de mayo de 2007, Asunto C-438/05.

⁴⁷ SSTJCE de 12 de diciembre de 1974, Walrave y Koch, *op. cit.*, considerandos núm. 17 y 18; y de 9 de febrero de 2002. C-309/99, considerando núm. 120.

porque como bien anticipaba en sus conclusiones el abogado general encargado de analizar el caso Laval, «admito de buen grado que el presente asunto difiere de las situaciones enjuiciadas en las sentencias en que el Tribunal de Justicia ha declarado hasta ahora que el artículo 49 CE era aplicable a los actos de las personas privadas. En tales asuntos, en efecto, lo que se examinaba era la legalidad de los reglamentos u otras normas establecidas por las entidades de que se trataba. En cambio, en el presente asunto, lo que se enjuicia es el ejercicio por parte de las organizaciones sindicales de su derecho a emprender una acción colectiva» (Considerando núm. 158. Conclusiones del Abogado General Mengozzi, de 23 de mayo de 2007). La diferencia entre acto y comportamiento, venía a constituir la cuestión central para la calificación de las medidas de conflicto colectivo como obstáculo a la libre prestación de servicios y su valoración desde la dinámica del principio de eficacia horizontal.

Para ello el TJCE establece una equiparación de la medida de acción colectiva, el acto, con el convenio colectivo, la norma, sobre la base de que en el ordenamiento jurídico sueco de relaciones industriales la acción colectiva es estrictamente funcional al convenio (Asunto Viking, considerando núm. 36. Asunto Laval, considerando núm. 99). Este razonamiento es cuanto menos controvertido, puesto que cambiando el significado que posee la huelga en algunos derechos nacionales como derecho de participación democrática, se establece su vinculación funcional a la lógica contractual del convenio y del monopolio sindical en su convocatoria.

Pero es en la valoración judicial del efecto restrictivo de la medida cuando se revela claramente la relación jerárquica entre la libertad económica y la medida de conflicto colectivo. En el asunto Laval una sociedad letona había desplazado a Suecia a sus trabajadores para la ejecución de obras contratadas a su vez por otra empresa sueca. Los sindicatos suecos mayoritarios del sector de la construcción exigieron a Laval la adhesión a un convenio colectivo relativo a las condiciones de trabajo y empleo, que garantizaba a sus trabajadores un salario por hora en función de la cualificación y funciones de los mismos. El TJCE ha considerado que la diversidad de tratamiento salarial previsto por la

empresa letona no vulnera la disciplina de tutela de la Directiva 96/71/CE, relativa al establecimiento de las condiciones y de trabajo y empleo aplicables a la relación laboral, cuando una empresa establecida en un Estado miembro determinado desplace trabajadores al territorio de otro Estado miembro con carácter temporal en el marco de una libre prestación de servicios. Fundamentalmente, porque la retribución que no cumplía los mínimos requeridos por los convenios colectivos era funcional al derecho de la empresa a la libre prestación de servicios. Para ello, el TJCE reconduce el desplazamiento de los trabajadores letones a las disposiciones del artículo 3 de la Directiva, de acuerdo con las cuales, los convenios colectivos no declarados de aplicación general prevén una adecuación casi automática a las exigencias de una libre e incondicionada libertad de prestar servicios, ya con esto se asegura la tutela de la libertad fundamental garantizada por el artículo 49 TCE⁴⁸.

Teniendo en cuenta estas observaciones, la interpretación de la Directiva 96/71 a la luz del artículo 49 TCE, supone que los sujetos destinatarios de la directiva no son los trabajadores desplazados, sino los sujetos económicamente activos, dado que el objetivo de la Directiva es la libre prestación de servicios y por lo tanto, actúa como garantía de esta última⁴⁹. Por lo tanto, lo relevante no es que los trabajadores desplazados de Europa central y oriental puedan alcanzar la igualdad

⁴⁸ Las cuantías de salario mínimo no han sido fijadas por disposiciones legales y además, los convenios colectivos no se declaran de aplicación general en el Estado sueco (Considerandos 63-71).

⁴⁹ En este sentido es paradigmático el Asunto C-60/03 de 12 de octubre de 2004. *Wolff & Müller Co. KG c. José Filipe Pereira Félix*, donde el juez comunitario ha señalado que el artículo 5 de la Directiva 96/71/CE, interpretado a la luz del artículo 49CE, no se opone a disposiciones nacionales según las cuales una empresa constructora que encarga a otra empresa la ejecución de obras de construcción responde, como fiador que ha renunciado al beneficio de excusión, de las obligaciones de dicha empresa o de un subcontratista por el pago del salario mínimo de un trabajador o de cotizaciones a un organismo común establecido por las partes de un convenio colectivo, cuando el salario mínimo consiste en la cantidad adeudada al trabajador tras la deducción de los impuestos y las cotizacio-

efectiva con los trabajadores de los Estados miembros que disfrutaban de mayores cotas de bienestar, sino que su empresario pueda hacer valer su ventaja en el coste con respecto a la competencia⁵⁰. El compromiso de observar los convenios colectivos vinculados a la herencia del constitucionalismo social representa un obstáculo para la garantía de la ventaja competitiva como contenido esencial de la libre prestación de servicios. De lo contrario, el juez de Luxemburgo hubiera considerado que la adhesión de un prestador de servicios letón a un convenio colectivo relativo a las condiciones de trabajo y empleo, como el convenio colectivo sueco de la construcción, se fundamenta en la aplicación de una protección nacional reforzada autorizada por el artículo 3.7 de la Directiva 96/71/CE, aunque dicho convenio no haya sido declarado de aplicación general.

Las diferencias entre ambos razonamientos son evidentes. Lo que en un caso supone una carga adicional de protección social, en el otro implica una carga económica adicional que redundaría en perjuicio de la ventaja competitiva. En el primero, es la menor protección de los trabajadores letones desplazados o la falta de una protección comparable a los trabajadores del Estado de acogida el «leit motiv» de la Directiva. En el segundo, más protección social equivale a mayor coste de trabajo y a una limitación de la libre prestación de servicios, que termina por configurarse como contenido esencial de la Directiva. Precisamente, porque en el ámbito social definido desde el ordenamiento comunitario como espacio de competencia, la única solidaridad admitida es la que se orienta a la dinámica de la competencia o traslado de la intervención social de la protección de los trabajadores a la mejora de las condiciones de la competitividad empresarial. En el marco de la transnacionalización de las relaciones de trabajo la mejora de las condiciones de

nes de seguridad social y de fomento del empleo (salario neto), y «*cuando la protección del salario del trabajador no es el objetivo principal o sólo es un objetivo secundario de dicha normativa*».

⁵⁰ U. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, Bari, 2009, pp. 175-177.

trabajo de los trabajadores desplazados temporalmente para la prestación de un servicio cede frente a la mejora de las condiciones de la competencia del prestador de servicios.

De ahí que el TJCE considere ilegítima la medida de conflicto colectivo dirigida a la aplicación de un convenio colectivo, cuyo contenido puede disuadir a la empresa del ejercicio de la libertad económica. Este perjuicio en la ventaja del empresario de acogerse a una normativa laboral menos gravosa para sus intereses, termina por minimizar el verdadero objetivo del conflicto sindical que no es sino la tutela más elevada de los trabajadores desplazados a través del convenio colectivo. En efecto, las restricciones a la libre prestación de servicios lejos de estar justificadas por una «razón imperiosa de interés general» como es la protección de los trabajadores, constituyen un obstáculo para los fines de interés general reconocidos por la Unión y para la protección de la libertad empresarial. La libertad de empresa se configura como medio necesario para el cumplimiento de funciones que conectan con los fines de la constitución económica europea. Al mismo tiempo, la eficacia horizontal de las libertades económicas no se traduce en la eficacia vertical de la mejora de las condiciones de vida y trabajo como objetivo perseguido por los conflictos colectivos. En particular, «las cláusulas controvertidas del convenio colectivo de la construcción han sido establecidas mediante la negociación entre los interlocutores sociales, que no constituyen entidades de Derecho público y que no pueden invocar esta disposición para alegar razones de orden público a fin de fundamentar la conformidad con el Derecho comunitario de una medida de conflicto colectivo como la controvertida en el asunto principal» (Asunto Laval. Considerando 84).

Las huelgas proclamadas en función de todas aquellas reivindicaciones concernientes al conjunto de los intereses de los trabajadores comunitarios contemplados en el artículo 3.3 del TUE, «alto nivel de empleo y de protección social», y en los objetivos perseguidos por la política social, entre los que figuran, como se indica en el artículo 151.1 del TFUE, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir una equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada y el diálogo social», no están justificadas en el constitucio-

nalismo de mercado. En el ordenamiento jurídico europeo la huelga no es un medio de presión idóneo para favorecer la consecución de las finalidades descritas. Sólo se admite una huelga contractual que, además, ve limitado su ejercicio por la garantía de su compatibilidad con las exigencias de la eficacia y competitividad empresariales. Básicamente, porque la lucha sindical para conquistar condiciones de trabajo y empleo más favorables que las contempladas por las prescripciones mínimas de la Directiva 96/71/CE, puede hacer menos interesante, e incluso más difícil para las empresas que se desplazan temporalmente, la prestación de un servicios, y constituye, por este motivo una restricción a la libre prestación de servicios.

En el Asunto Viking, las medidas de conflicto colectivo emprendidas tienen como finalidad la conclusión de un convenio que debe regular, de forma colectiva, el trabajo de los asalariados de una empresa. La reconducción de estas medidas al test de proporcionalidad consistente en el carácter adecuado de las mismas para lograr el objetivo perseguido, expresa la relación asimétrica entre derecho de huelga y libertades económicas en toda su dimensión. La valoración judicial del alcance de la restricción se trasfiere de las modalidades de ejercicio del derecho a la finalidad de la huelga, es decir, lo que se valora no es si el ejercicio de la acción sindical respeta los límites externos sino el efecto restrictivo sobre la libertad económica. Por lo tanto, el límite no es recíproco, sino unilateral. La libertad económica no sólo se hace inmune frente al derecho de huelga, sino que al configurarse como limitación a la propia finalidad de la acción colectiva impone una revisión de los límites internos del derecho de huelga del constitucionalismo social que termina por desnaturalizarla. La concepción de la libre empresa y las limitaciones a la huelga reflejan la estructura conceptual y semántica del modelo de constitución económica definido por los Tratados, como es la economía de mercado abierta y de libre competencia que es definida como sistema económico opuesto al propio del Estado social, al integrar un sistema de competencia económica como unidad de pensamiento, de actuación y de comportamiento y al vincular la libertad de competencia y la libre iniciativa empresarial con el progreso social.

Las consecuencias doctrinales para el derecho de huelga en el ordenamiento jurídico europeo que se derivan de esta jurisprudencia en el discurso sobre la constitución económica y su regulación normativa, son una caracterización jurídica de la huelga en el espacio europeo distinta de la nacional, como derecho condicionado. Fundamentalmente, porque las libertades económicas no son meros límites al derecho de huelga, sino que determinan el contenido del derecho. De ahí que la huelga en el ordenamiento europeo se configure como un derecho condicionado.

De acuerdo con las consideraciones descritas, los efectos respecto a la dimensión colectiva del derecho al trabajo comunitario, y en particular, al derecho de huelga comunitario son cuanto menos preocupantes en lo que supone de desvinculación de la huelga de su configuración como derecho fundamental de los trabajadores en una sociedad desigual y su exclusiva conceptualización instrumental a la negociación colectiva. La libertad sindical y el derecho de huelga, derechos fundamentales en el constitucionalismo social, atentan contra los principios fundamentales del constitucionalismo de mercado comunitario si restringen la libertad de prestación de servicios, surgiendo la necesidad de garantizar que el ejercicio de tales derechos no incida negativamente sobre el funcionamiento del mercado⁵¹.

Si la CDFUE hubiera desempeñado un papel más relevante en la argumentación del juez comunitario⁵², tampoco se habrían alcanzado conclusiones distintas. Por una parte, porque al ser reconocido el derecho de huelga por el ordenamiento comunitario a través del artículo 28 de la Carta de Niza, está sujeto a los condicionamientos y límites deri-

⁵¹ A. ANDREONI, «Sciopero, contratto collettivo e diritti dell'economia: la svolta politica della Corte di Giustizia», *Libertá economiche e diritti sociali nell'Unione Europea dopo le sentenze Laval*, Viking, Ruffert e Lussemburgo, A. ANDREONI, B. VENEZIANI (dir), Ediesse, Roma, 2009, pp. 87-90.

⁵² La Carta de Niza se menciona simplemente en las observaciones preliminares de las cuestiones prejudiciales y como mero apunte final de una de ellas. Concretamente, en el considerando núm. 90 del Asunto Laval; y en el considerando núm. 43 del Asunto Viking.

vados de los principios —economía de mercado abierta y de libre competencia— sobre los que el ordenamiento se basa, y de los derechos-libertades económicas que éste reconoce⁵³. Por otra parte, porque la Carta excluye sólo las limitaciones de los derechos constitucionales nacionales por las disposiciones generales presentes en la propia Carta, y no por las que derivan de otras disposiciones del Tratado de Lisboa como las libertades económicas.

5. REFLEXIONES FINALES

La regresión de la función constitucional del derecho de huelga en el ámbito comunitario presente en las decisiones judiciales comentadas y vinculadas a la resolución de la relación entre la libre prestación de servicios y los derechos laborales nacionales, y en las que la maximización de la competencia como principio fundamental del constitucionalismo de mercado europeo actúa en el ámbito de legitimación estatal reforzando la centralidad del mercado y debilitando el sistema de garantías de las acciones colectivas nacionales, generó una oleada de críticas⁵⁴ que parecen haber encontrado respuesta en el Proyecto de Informe «sobre los retos para los convenios colectivos en la Unión Europea» (2008/2085 (INI)) presentado por el diputado socialista Jan Andersson el ocho de mayo de 2008.

⁵³ A. LO FARO, «Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime ai casi Laval e Viking», *Lavoro e Diritto*, núm. 1, 2008, p. 88. G. ORLANDINI, «Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo», *op. cit.*, p. 992.

⁵⁴ M.V. BALLESTRERO, «Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia «bilancia» il diritto di sciopero», *Lavoro e Diritto*, núm. 2, 2008, pp. 371-392. S. SCIARRA, «Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito», *Lavoro e Diritto*, núm. 2, 2008, p. 245-272. U. CARABELLI, «Note critiche a margine delle sentenze della Corte di Giustizia nei casi Laval e Viking», *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, núm. 117, 2008, pp. 147-167.

Dicho informe contempla dentro del elenco de consecuencias que se derivan de las citadas sentencias del TJCE, el equilibrio entre la libre circulación de servicios y el derecho fundamental a la huelga: «La sentencia afirma que el derecho de huelga es un derecho fundamental, pero no tan fundamental como las disposiciones sobre la libre circulación en la UE» (p. 13 del Informe). Una frase que sintetiza los efectos de la configuración del proyecto de integración europeo como espacio de contención de los vínculos sociales al mercado. La forma en la que el juez comunitario articula la relación entre el derecho de huelga y libre prestación de servicios es asimétrica. Por una parte, porque los elementos que componen la dimensión colectiva más prístina del derecho al trabajo son interpretados como potencialmente restrictivos de una libertad fundamental. Por otra, porque en el razonamiento del Alto Tribunal de las Comunidades Europeas la mejora de las condiciones de trabajo y empleo que sean más favorables para los trabajadores desplazados a un Estado miembro en el ámbito de una prestación de servicios, supone una carga económica adicional que redunde en perjuicio de la ventaja competitiva empresarial. Mayor protección social equivale a mayor coste de trabajo, lo que se traduce en una limitación a la libre prestación de servicios que constituye un principio fundamental de la constitución económica comunitaria vinculada a la construcción del mercado y a la garantía de su funcionamiento.

El 22 de octubre de 2008, finalizado el periodo para la presentación de enmiendas en la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales, y visto el proyecto de opinión enviado por la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor, el Parlamento Europeo aprobó la resolución del Informe subrayando entre otros aspectos «que la libre prestación de servicios no está por encima de los derechos fundamentales establecidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y en particular, del derecho de los sindicatos a emprender acciones colectivas, especialmente por tratarse de un derecho constitucional en varios Estados miembros; subraya por tanto, que las sentencias del TJCE en los asuntos (...) Laval y Viking muestran que es necesario aclarar 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» (p. 5 de la Resolución)

Este pronunciamiento hace hincapié en la necesidad de equilibrar las dinámicas positiva y negativa de la integración europea, pero parece abocado al terreno de las declaraciones políticas con escasa o nula repercusión jurídica. Si bien es cierto que hasta el momento el TJCE no ha debido de medirse con nuevas cuestiones prejudiciales vinculadas al derecho de huelga, no lo es menos que a tenor de la posición que ocupa la dimensión social europea en el Tratado de Lisboa, las expectativas no son alentadoras.

A esta minimización del carácter jurídico vinculante de la Carta se añade el fortalecimiento de la asimetría en las condiciones sociales fruto de la quinta ampliación. Los sistemas laborales de los nuevos Estados miembros de Europa central y oriental se vinculan al paradigma del vínculo económico y a la centralidad del mercado impulsando las tendencias competitivas⁵⁵. Explicitan la irrelevancia de la desigualdad de las situaciones sociales nacionales y la importancia de la consolidación del Estado mercado para el proyecto europeo. Más aún, la centralidad del mercado como fuente de bienestar penaliza a los derechos laborales nacionales vinculados a la herencia del constitucionalismo social en una dinámica en la que la subjetividad política del trabajo del Estado social termina por diluirse.

La definición de la intervención social por y desde el mercado establece una nueva centralidad que supone la contradicción entre mercado e integración del trabajo. La remercantilización del Estado sitúa

⁵⁵ D. PETRYLAITÉ & CH. WOOLFSON, «Missing in action': the right to strike in the Baltic new member States-an absent EU competence», *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 22/4, 2006, pp. 439-467.

al mercado en el centro de la forma de Estado, sanciona su autonomía y vincula la actividad pública a su tutela-garantía. Frente a la integración del trabajo, la integración del mercado supone la expulsión del trabajo como sujeto constitucional que pierde su capacidad de principio organizativo. Ahora es el mercado el que desarrolla esta función y legitiman la intervención pública en la economía dirigida a la preservación del mercado y el fomento del impulso del capital.

En la nueva relación el capital emerge como la fuerza dominante del conflicto que despliega sus efectos en el Estado mercado. La compatibilidad entre mercado y garantía de integración del Trabajo desaparece porque el trabajo pierde su capacidad de codeterminar el conflicto y su composición. Disuelta la constitución material del Estado social que contribuía a soportar el doble compromiso de integración política y económica del trabajo, el capital se impone como el único sujeto capaz de definir autónomamente la constitución material del Estado mercado. En definitiva, la debilidad del Trabajo como consecuencia de la fragmentación del movimiento obrero, le impide configurarse junto con el capital como sujeto definidor del conflicto.

Resumen:

Con frecuencia, el análisis del derecho a la huelga conecta con una concepción estática del derecho, obviándose que la huelga tal y como se configura en la tradición del constitucionalismo social trasciende el marco de las relaciones laborales para adquirir también una dimensión dinámica vinculada a la integración política del trabajo. Por otro lado, el reconocimiento del derecho a la huelga en la Carta de derechos fundamentales de la Unión implica la integración de este derecho en la decisión de sistema a la que está vinculado el espacio constitucional europeo. Una decisión caracterizada por su confrontación con los contenidos propios del Estado social y que adopta los parámetros del constitucionalismo de mercado. Precisamente, la contraposición entre las decisiones político fundamentales a las que se vincula este derecho en uno y otro marco constitucional y los efectos en su configuración, constituyen el objeto de análisis del presente artículo.

Palabras Clave: *constitucionalismo social, constitucionalismo de mercado, constitución económica europea, derecho a la huelga.*

Abstract:

Often the approach to the right to strike connects with a static conception, without taking into account that the right to strike as configured in the tradition of social constitutionalism, transcends the framework of industrial relations also acquiring a dynamic dimension linked to policy integration of labor. On the other hand, recognition of the right to strike in the Charter of Fundamental Rights of the European Union, involves the integration of this right in the decision system that is linked to the European constitutional space. A decision characterized by its confrontation with the proper contents of the Social State, and that adopts the parameters of market constitutionalism. Precisely, the analysis of the contrast between the fundamental political decisions which links that right in both constitutional frameworks, and the effects on its configuration, are the object of this article.

Keywords: *social constitutionalism, market constitutionalism, European economic constitution, right to strike.*

