

LAS MEDIDAS ESTATALES DE PREVENCIÓN DEL DUMPING SOCIAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE: LA SENDA ABIERTA HACIA LA SENTENCIA BUNDESDRUCKEREI

Mireia Llobera Vila¹

1. Límites estatales a la competencia desleal de carácter social

La terciarización y liberalización de la economía ha traído consigo cruciales adaptaciones del derecho del mercado interior, cuyas repercusiones se han hecho sentir hondamente en el ámbito social. Pues si los servicios se han definido como las actividades cuyo producto se consume esencialmente cuando se produce, el *dumping* social que puede acompañar a determinadas opciones legislativas de promoción del libre comercio, en este sector ocasiona un efecto invertido al de la deslocalización industrial. En estos casos lo que se “importa” del extranjero son las condiciones de trabajo, ante la imposibilidad de deslocalizar las actividades del sector servicios, que a diferencia de la producción industrial, deben necesariamente prestarse en el mismo lugar donde se encuentra la demanda². Para diferenciarlo del *dumping* convencional, que implica la venta de productos en el extranjero a precios inferiores a los del mercado nacional, el *dumping social* se ha definido por la doctrina como “la reducción

¹ Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia. Abogado. Ex funcionaria de la OIT.

² Salvo los servicios que se prestan a distancia (por correo, fax, teléfono o internet), o en los que el consumidor viaja al extranjero para recibir el servicio (el turismo, por ejemplo).

de costes sociales por medio de la opresión social más allá del nivel «natural», lo que favorece estrategias desleales de precios inferiores por parte de los competidores”³. Dicha devaluación de los costes laborales se logra recurriendo a mano de obra con niveles de productividad y capacitación equiparables, pero cuya situación social desventajosa les lleva a aceptar condiciones laborales comparativamente inferiores.

En este sentido, la cuestión clave radica en establecer si la fijación en el nivel nacional de estándares sociales dirigidos a evitar que los operadores externos compitan a partir de inferiores condiciones de trabajo resulta compatible con el Derecho de la Unión. Así, para comenzar, debemos evaluar si las medidas estatales dirigidas a impedir una presión a la baja de los estándares nacionales pueden considerarse medidas económicas de corte proteccionista prohibidas por el Tratado, siendo las Conclusiones del Abogado General Pieter Verloren Van Themaat en el asunto *Seco y Desquenne*, una buena muestra de esta particular interpretación de las disposiciones del Tratado:

“Una de las características fundamentales de la libertad de prestación de servicios que persigue, entre otros objetivos, el mercado común, consiste en que todo empresario pueda sacar provecho, en principio, de las ventajas de costes existentes en su país, entre ellas los menores costes salariales, en el marco de la competencia no falseada en la prestación de servicios en otros Estados miembros”⁴.

Dos décadas después, esta perspectiva jurídica no dista sustancialmente de la adoptada por la Comisión en el recurso de incumplimiento sustanciado contra Austria, concretamente en relación a normas estatales que contemplaban la denegación del permiso de residencia en caso que el prestador de servicios no garantizase la aplicación de determinadas condiciones de salario y de trabajo nacionales a los trabajadores desplazados extracomunitarios⁵. *In casu*, la Comisión realiza una lectura restrictiva de la jurisprudencia precedente, alegando que el Tratado no permite excepcionar las libertades de mercado comunitarias a partir de consideraciones relacionadas con el mercado de trabajo⁶. En concreto, la Comisión alude a los casos *Finalarte* y *Rush Portuguesa* (pero, sorprendentemente obvia citar la Sentencia *Portugaia*).

³ GROSSMAN, H./KOOPMAN, G. (1996), “Social standards in international trade”, en SANDER, H./ INOTAL, A. (1996), *World Trade after the Uruguay Round*, Routledge, London, [p. 20].

⁴ Conclusiones del Abogado General Pieter Verloren Van Themaat presentadas el 16 de diciembre de 1981, (asuntos 62 y 63/81, *Seco y Desquenne*) [p.45].

⁵ STJUE de 21 de septiembre de 2006 (C-168/04, Comisión/Austria) [parágrafos 2 y ss].

⁶ STJUE de 21 de septiembre de 2006 (C-168/04, Comisión contra Austria)[parágrafo 28].

Nótese, en este sentido, que si bien es posible interpretar *Finalarte* en el sentido apuntado por la Comisión, debe recordarse que en *Rush Portuguesa* el TJUE reconoce expresamente la protección del propio mercado laboral como objetivo legítimo con el objeto evitar “se produzcan perturbaciones en el mercado de trabajo, tanto en Portugal como en los demás Estados miembros, debido a movimientos inmediatos e importantes de trabajadores”⁷.

De otro lado, es cierto que el Tribunal de Justicia ha venido desarrollado un ejercicio *ad hoc* de ponderación en torno a dos líneas interpretativas, sin utilizar un criterio uniforme hasta la Sentencia *Wolff*, en la que se produce el reconocimiento expreso de la prevención del *dumping social* como razón imperiosa de interés general. Así, si bien en la mayor parte de los casos el TJUE ha admitido la posibilidad de excepcionar legítimamente las libertades comunitarias mediante medidas estatales de prevención del *dumping social*, existen dos pronunciamientos, *Finalarte* y *Portugaia*, en los que el TJUE no ha reconocido dicho objetivo como una razón imperiosa de interés general cuando tales medidas, además de su finalidad sociolaboral, están destinadas a proteger a las empresas nacionales de una competencia basada en costes sociales. Particularmente, en *Portugaia*, el órgano jurisdiccional remitente interroga al TJUE sobre la posibilidad de excepcionar las disposiciones del artículo 56 TFUE a fin de proteger las empresas nacionales de este tipo de competencia [párrafo 25]:

“¿Es compatible con el Derecho comunitario una interpretación de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios [...] o, en caso de que ésta no sea aplicable, una interpretación de los artículos 59 y siguientes del Tratado CE, según la cual las razones imperiosas de interés general, que pueden justificar una restricción de la libre prestación de servicios en los casos de desplazamiento de trabajadores, no solamente pueden consistir en la protección social de los trabajadores desplazados, sino también en la protección del sector de la construcción nacional y en la reducción del desempleo nacional para evitar tensiones sociales?”⁸

La respuesta del Tribunal no deja lugar a dudas: “no cabe justificar medidas que constituyan una limitación de la libre prestación de servicios en

⁷ STJUE de 27 marzo 1990 (C-113/89, *Rush Portuguesa*) [apartado 13], siguiendo en este punto al Abogado General Van Gerven, vid. Conclusiones del Abogado General Van Gerven presentadas el 7 marzo 1990 (asunto C-113/89, *Rush Portuguesa*), [párrafo 12].

⁸ STJUE de 24 enero de 2002 (asunto C-164/99, *Portugaia Construções*) [párrafo 13, pregunta 2º].

aras de objetivos de carácter económico, como la protección de empresas nacionales”⁹. El Tribunal de Justicia impide así que las medidas destinadas a evitar la discriminación inversa de las empresas nacionales (a las que se aplican estándares sociales superiores a los aplicables a los operadores transnacionales de otros países comunitarios) se tengan en cuenta en el juicio de proporcionalidad, reiterando lo ya dicho en *Finalarte*, en donde el TJUE había asimilado a un objetivo de carácter económico la *ratio* de una “Ley que pretendía luchar fundamentalmente contra la competencia supuestamente desleal ejercida por las empresas europeas que abonan salarios bajos”¹⁰. En ambos supuestos, la categoría jurídica de razón imperiosa aparece directamente vinculada al requisito de ventaja social significativa para los trabajadores desplazados, excluyente en este sentido de la protección de los trabajadores del país de destino que, en definitiva, son los destinatarios finales de las medidas de prevención del *dumping social*. Se acota así el ejercicio de ponderación a las finalidades sociales mediatas, pues la protección de los desplazados es un objetivo más limitado que la prevención del *dumping social*, lo que reduce el peso específico de la variable social en el juicio de proporcionalidad.

Esto explica que el tribunal nacional en el asunto *Rüffert* argumente que la obligación de respetar los convenios colectivos “contribuye al cierre del mercado protegiendo a las empresas constructoras alemanas frente a la competencia procedente de otros Estados miembros, [por tanto] persigue un objetivo de carácter económico que según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no puede constituir una razón imperiosa de interés general justificativa de una restricción de la libre prestación de servicios”¹¹, añadiendo que la obligación de respetar los convenios colectivos “no permite alcanzar su igualdad efectiva [de los trabajadores desplazados] con los trabajadores alemanes sino que más bien impide que los primeros trabajen en Alemania ya que su empresario no puede aprovechar la ventaja que le confiere el coste salarial”¹². De forma que dicho tribunal considera lícita la utilización de los costes salariales como elemento de competitividad reconociendo expresamente que, en el caso de la subcontratación

⁹ STJUE de 24 enero de 2002 (asunto C-164/99, *Portugaia Construções*) [parágrafo 26].

¹⁰ STJUE 25 octubre 2001 (asuntos acumulados C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 y C-68/98 a C-71/98, *Finalarte*) [parágrafo 39].

¹¹ Conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot presentadas el 20 de septiembre de 2007 (asunto *Dirk Rüffert*, C-346/06) [apartado 43]. En este procedimiento se sustanció un caso típico de *dumping social*. La empresa adjudicataria recurrió a los servicios de una empresa establecida en Polonia como subcontratante, dictándose una resolución penal contra el principal responsable de la empresa polaca imputándole haber abonado a los 53 obreros empleados en la obra el 46,57 % del salario mínimo fijado. STJUE de 3 abril 2008 (asunto *Dirk Rüffert*, C-346/06) [apartado 11].

¹² STJUE de 3 abril 2008 (asunto *Dirk Rüffert*, C-346/06) [apartado 30].

transnacional, el desplazamiento de trabajadores cobra sentido cuando es posible aprovechar los inferiores costes sociales del país de origen. El TJUE no admite el razonamiento del tribunal alemán, pues la cuestión ya había queda zanjada en la Sentencia *Woff*, en la que las medidas de protección del mercado laboral quedaron integradas, de modo expreso y con un contenido propio, en el marco de las razones imperiosas relativas a la protección de los trabajadores¹³, si bien con anterioridad, un buen número de pronunciamientos ya había realizado un cierto reconocimiento el derecho a proteger el propio mercado nacional.

Este es el caso de la Sentencia *Webb*, donde el Tribunal admite la legitimidad de medidas dirigidas tanto a la protección de los trabajadores desplazados, como al mercado laboral del país de acogida¹⁴. Aquí, el Tribunal declara que el desplazamiento de trabajadores efectuado por una empresa de trabajo temporal, afecta “directamente tanto las relaciones en el mercado de trabajo como los intereses legítimos de los trabajadores afectados”. Considerando, además, que la cesión de mano de obra es una cuestión particularmente sensible “desde un punto de vista social y ocupacional”, dónde la perspectiva ocupacional viene referida a la estructura del mercado de trabajo, es decir, a la protección del empleo¹⁵. La protección del propio mercado laboral se admite como objetivo legítimo de la política nacional, que el derecho de la Unión respeta atendiendo a las diferencias existentes en las condiciones de los mercados laborales de los Estados Miembros, y el Tribunal lo califica de “derecho incuestionable” de los Estados, siempre matizado bajo el prisma del necesario respecto al principio de no discriminación y al principio de mutuo reconocimiento. El Tribunal es consciente de que en este supuesto la actuación nacional evita los perjuicios sociales originados por la liberalización de los servicios en un contexto social no armonizado¹⁶.

Posteriormente, la Sentencia *Mazzoleni* admite la posibilidad de tener en cuenta, en el seno del juicio de proporcionalidad, si la inaplicación de la *lex loci laboris* puede “generar tensiones entre los trabajadores e incluso poner en peligro la coherencia de los convenios colectivos vigentes en el

¹³ STJUE 12 octubre 2004 (Wolff & Muller C-60/03) [parágrafos 41 y 42] en cuanto a las condiciones salariales, como nos recuerda MISCHO, J. (2006), Libre circulation des services et dumping social, BOT, Y./ COULON, J.M./ÉCHAPPÉ, O., Le droit à la mesure de l’homme: Mélanges en l’honneur de Philippe Léger, Paris, Editions A. Pedone, [p. 442].

¹⁴ STJUE de 17 de diciembre de 1981, asunto Webb, 279/80) [parágrafo 18].

¹⁵ En el texto original contiene la frase “occupational and social point of view”, en la que el adjetivo “occupational” está referido la protección del empleo, de acuerdo con los términos del Tesoro de la OIT, <http://www.ilo.org/public/libdoc/ILO-Thesaurus/english/tr4544.htm> [consulta 1/1/2008].

¹⁶ STJUE de 17 de diciembre de 1981, asunto Webb, 279/80) [parágrafo 18].

Estado miembro de establecimiento”¹⁷. Este enfoque interpretativo supera la mera finalidad de protección del mercado laboral, para incorporar la variable de la preservación del sistema de relaciones laborales. Este aspecto merece ser destacado (aunque en el caso concreto se utiliza por el TJUE para nivelar a la baja las condiciones de trabajo) especialmente si lo contemplamos desde la óptica de *Laval*. No puede olvidarse que en el conflicto *Laval* los sindicatos salieron en defensa, no sólo de los convenios colectivos, sino también de su modelo de relaciones laborales, lo que ha generado un fuerte debate doctrinal en torno a la compatibilidad de las normas del mercado interior con la versión nórdica del modelo social, enmarcada entonces, como es sabido, en la tercera economía más competitiva del mundo¹⁸.

El TJUE aún no reconoce expresamente en estos pronunciamientos que la prevención del *dumping social* constituya una razón imperiosa de interés general. Sin embargo, en un sentido material este objetivo legislativo sí que asume dicha función en la argumentación del Tribunal. En su discurrir lógico dicha finalidad queda situada como contraparte de la relación sinalagmática entre libertades comunitarias y derechos sociales estatales. Lo que, a su vez, responde a una evaluación ponderada entre el interés general reconocido en el nivel estatal y el interés general “federal”, en la que se asienta el juicio de proporcionalidad en este ámbito.

2. La prevención del *dumping social* como razón imperiosa de interés general

El TJUE retoma la senda abierta en *Mazzoleni* y *Wolff*, para integrar expresamente la prevención del *dumping social* como parte del contenido del objetivo de interés general relativo a la protección de los trabajadores. Por tanto, el Tribunal somete claramente a revisión el criterio establecido en *Finalarte* y *Portugaia* en los siguientes términos:

“en la medida en que uno de los objetivos perseguidos por el legislador nacional consiste en evitar la competencia desleal por parte de empresas que retribuyan a sus trabajadores a un nivel inferior al

¹⁷ STJUE de 15 marzo de 2001 (asunto C-165/98, *Mazzoleni*) [párrafo 36].

¹⁸ Para la doctrina sueca el caso *Laval* ha aportado una “puerta de entrada” a cuestiones de importante proyección a nivel interno largamente demandadas por la patronal, particularmente la reforma del mercado laboral en Suecia, WOOLFSON, C. / SOMMERS, J. (2006), “Labour Mobility in Construction: European Implications of the *Laval* un *Partneri* dispute with Swedish Labour”, *European Journal of Industrial Relations* n.1 (vol 12)/2006, [p.61]. Para una importante contribución sobre las consecuencias de la saga *Laval*- Viking sobre los sistemas de relaciones laborales vid. LANDA ZAPIRAIN, J.P./ MORENO MARCOS, M. (2008), “Una nueva encrucijada para el Derecho del Trabajo: la compatibilidad del ejercicio de los derechos colectivos de la acción sindical con el respeto a las libertades fundamentales del mercado interior comunitario”, *Relaciones Laborales* n. 1/2008, [pp. 481-506].

correspondiente al salario mínimo, [...], puede considerarse que un objetivo de esa índole constituye una razón imperiosa de interés general que puede justificar una restricción a la libre prestación de servicios”¹⁹.

Posteriormente, *Comisión contra Alemania (C-244/04)* aborda una lectura finalista del derecho a extender la propia legislación, reconocido en *Seco y Desquenne y Rush Portuguesa*. Este derecho “de intervención” se interpreta en este asunto en clave de prevención del *dumping social*, admitiéndose abiertamente que la protección de los trabajadores desplazados pueda tener como finalidad última la protección de los trabajadores del propio mercado nacional²⁰. A partir de este proceso de evolución jurisprudencial, la protección de los trabajadores, como bien jurídico oponible a las libertades comunitarias, trasciende la vertiente individual (relacionada con el interés de los trabajadores desplazados afectados), para asumir una dimensión colectiva supranacional, en relación a la clase trabajadora como colectivo sometido “a las turbulencias y degradaciones del mercado”²¹ derivadas de la internacionalización de la economía. Una dimensión que está, por tanto, relacionada con la intervención estatal frente a riesgos sociales vinculados a la liberalización del comercio intracomunitario de servicios.

Al igual que en la Sentencia *aeropuertos italianos (C-460/02)*, el Tribunal impedirá excepcionar la libre prestación de servicios en el área de regulación “armonizada” por la Directiva 96/71/CE. Por consiguiente, la protección de los trabajadores sólo permitirá justificar medidas que no impliquen la extensión de condiciones de trabajo y empleo en el sentido del artículo 3, parágrafo 1º de dicha Directiva. Mientras que en lo que respecta a las medidas estatales ajenas al ámbito regulador de la Directiva 96/71/CE, pese a que se admita *prima facie* su legitimidad, si son restrictivas de la libre prestación de servicios, quedarán sometidas al juicio de proporcionalidad. Nótese que en esta jurisprudencia la prevención del *dumping social* sólo se reconoce como objetivo comunitario en relación al derecho derivado, es decir, vinculado a la interpretación de las medidas contenidas en la Directiva 96/71/CE dirigidas a dicha finalidad.

De modo que el reconocimiento de este objetivo como “razón imperiosa” en espacios jurídicos no afectados por la Directiva sólo significa su aceptación en tanto que bien jurídico protegido a nivel estatal. La protección jurisdiccional otorgada a tal finalidad no resultará en modo alguno equiparable a la de las libertades comunitarias, pues al detentar en dicha

¹⁹ STJUE 12 octubre 2004 (asunto C-60/03, Wolff & Muller) [parágrafo 41 y 42].

²⁰ STJUE de 19 enero 2006 (asunto C-244/04, Comisión/Alemania) [parágrafo 61].

²¹ ALONSO, L. E. (1999), Trabajo y ciudadanía, Madrid, Trotta, [p. 201].

jurisprudencia la posición jurídica de excepción, ésta deberá ser interpretada restrictivamente frente al principio “federal” de libre circulación, lo que no es más que una puerta de admisión a un juicio de ponderación particularmente estricto en cuanto al grado admisible de restricción a la libre prestación de servicios.

Así, en *Laval* el Tribunal se negará a considerar la prevención del *dumping social* como un objetivo comunitario²². A este respecto, debe recordarse que las disposiciones que podrían amparar dicho objetivo, esto es, los artículos 151 y 153 TFUE, en materia de política social, no tienen en la jurisprudencia comunitaria la función de evitar el *dumping social*²³. En particular, en la Sentencia *Sloman Neptum* el TJUE no admite la interpretación del tribunal nacional que consideraba que tales disposiciones incorporaban “la obligación de preservar la protección social existente, puesto que la mejora de las condiciones de vida y de trabajo constituye una de las finalidades del Tratado”. Para el TJUE, en cambio, éstas ostentan un carácter esencialmente programático e interpretativo de otras normas del Tratado y del derecho de la Unión derivado en el ámbito social, de modo que según su parecer, la aplicación de sus objetivos sociales “debe resultar de la actuación de la Comunidad, de la estrecha colaboración entre los Estados miembros y del funcionamiento del mercado común”²⁴. El TJUE desarrolla en este caso una interpretación literal del artículo 136, apartado 3º, cuando dispone que el funcionamiento del mercado traerá como consecuencia [natural] la mejora de las condiciones de vida y de trabajo²⁵, cuyo redactado, como se recordará, mantiene básicamente el tenor del Tratado de 1957²⁶, fruto de una concepción funcionalista de los derechos sociales, característica de los estadios iniciales de la Unión.

La prevención del *dumping social*, como objetivo exclusivamente estatal —y no asumido como objetivo comunitario— también cede frente a

²² Vid. STJUE de 18 diciembre 2007 (asunto C-341/05, *Laval un Partneri*) [parágrafo [112 y ss.].

²³ STJUE de 17 marzo 1993, (asuntos acumulados C-72/91 Y C-73/91, *Sloman Neptun*). Éste pronunciamiento se originó a raíz de una demanda interpuesta por el comité de empresa de la compañía naviera *Sloman Neptun*, que reputaban contraria al Tratado, y en particular al artículo 117 (actual artículo 136), una norma alemana que permitía someter a los trabajadores extranjeros (marineros no comunitarios), a condiciones de trabajo y de retribución inferiores que a los trabajadores alemanes, ya que a los primeros no se les aplicaba la legislación general alemana.

²⁴ STJUE de 17 marzo 1993, (asuntos acumulados C-72/91 Y C-73/91, *Sloman Neptun*), apartados 23 y 24.

²⁵ Los efectos de la migración de trabajadores en la redistribución de renta han sido puestos en cuestión por CAMPBELL R. McCONNELL (1997), *Economía laboral*, Madrid, McGraw-Hill, [pp. 351 y ss.].

²⁶ Sobre el artículo 136 TCE (actual 151 TFUE) vid., MIRANDA BOTO, J.M. (2008), “La incidencia del Tratado de Lisboa en el ámbito social”, *Temas laborales* n. 97/2008, [p. 18 y ss.].

las libertades comunitarias en la reciente STJUE 18 septiembre de 2014 (C-549/13, Bundesdruckerei), que ha considerado contraria al Tratado una norma alemana que exigía la incorporación de un salario mínimo obligatorio en los pliegos de condiciones de un contrato público. En concreto, el TJUE considera que la fijación de un salario mínimo que no guarda relación con el coste de la vida en el Estado miembro en el que se llevarán a cabo las prestaciones relativas al contrato público de que se trata “privaría, por ello, a los subcontratistas establecidos en este último Estado miembro de obtener una ventaja competitiva de las diferencias existentes entre las cuantías de los salarios respectivos, va más allá de lo necesario para garantizar que se consiga el objetivo de la protección de los trabajadores”.

Considera por tanto el TJUE, que cuando un licitador tiene previsto ejecutar un contrato público exclusivamente con trabajadores empleados por un subcontratista establecido en un Estado miembro distinto del de la entidad adjudicadora, “el artículo 56 TFUE se opone a la aplicación de una normativa del Estado miembro de esa entidad adjudicadora que obliga a ese subcontratista a pagar a los citados trabajadores un salario mínimo fijado por dicha normativa”.

El Tribunal sigue una línea de continuidad con la STJUE de 9 de diciembre de 2004 (C-460/02, asunto aeropuertos italianos). En este caso, las normas italianas que trasponían una Directiva de liberalización de los servicios de asistencia en tierra de los aeropuertos, que garantizaban la continuidad en el empleo en caso de producirse un traspaso de actividad. Aquí el TJUE rechaza las garantías sociales por superar los mínimos fijados por la *Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad*. La norma italiana exigía el mantenimiento del empleo en “cualquier transmisión de actividades” utilizando un concepto de transmisión considerablemente más amplio que el utiliza la Directiva. De modo que la Directiva sirve como límite a partir del cual las medidas estatales pueden ser consideradas incompatibles con la garantía de acceso al mercado. Tal concepción de la armonización se revela, diametralmente opuesta a la del acervo social, donde ésta no supone un límite máximo a partir del cual los Estados no tengan posibilidad de introducir disposiciones más favorables. En este sentido, el Derecho de la Unión confiere a los operadores transnacionales el derecho a no verse sujetos a condiciones laborales no previstas en la Directivas de armonización, a partir de una presunción de equivalencia de estándares de protección, en aplicación del denominado principio de mutuo reconocimiento.

Rechazar la prevención del *dumping social* como un objetivo comunitario en tanto que contenido esencial del artículo 45 TFUE resulta aún menos justificable, pues la garantía antidiscriminatoria inherente a dicha disposición es tributaria, en sus orígenes normativos, de una clara voluntad de desincentivar la competencia desleal de carácter social. Así, según refiere el Informe Spaak, el principio de no discriminación en materia laboral estaba destinado a excluir cualquier tipo de “presión a la baja de las condiciones salariales establecidas desde instancias estatales o a través de la negociación colectiva, [...] de forma que los empresarios no encuentren incentivo alguno en el recurso a la mano de obra inmigrante”²⁷. En efecto, como también ha declarado el Tribunal de Justicia, el artículo 45 TFUE no sólo pretende garantizar el libre acceso al empleo en condiciones de igualdad de trato en otro Estado miembro, sino que incluye una cláusula de prevención del *dumping social* dirigida a “proteger a los trabajadores nacionales de los inconvenientes que podrían derivarse de que los nacionales de otros Estados puedan ofrecer o aceptar condiciones de trabajo y salariales inferiores a las previstas por el derecho nacional, quedando así la aceptación o la oferta de condiciones inferiores prohibida”²⁸.

3. Estándares sociales internacionales y defensa de la Constitución

En la nueva lógica constitucional comunitaria, la creación de mercados de escala comunitaria, de un lado, y las medidas sociales correctoras, de otro, ocupan una posición asimétrica. Mientras la primera finalidad adquiere el status de derecho de libertad, las segundas se sitúan en el espacio jurídico reservado a las excepciones. Ese es por tanto el espacio asignado al Derecho del Trabajo, en la medida que las instituciones sociolaborales cumplen una finalidad de desmercantilización relativa de este factor de producción. Lo mismo cabe decir de la intervención organización político administrativa y de la autotulela colectiva, como características institucionales de esta parte del ordenamiento. De ahí la particular incidencia comunitaria en estos tres frentes —la regulación laboral estatal, la administración laboral y la negociación colectiva— mediante la evaluación de su potencial restrictivo de las libertades de mercado.

Para cierto sector doctrinal, la Constitución española no proporciona suficientes elementos de juicio sobre “cuánto mercado deba existir en la economía española”, de modo dicha concreción del contenido de la

²⁷ Informe Spaak, Rapport des chefs de delegation aux Ministres des Affaires Etrangeres, Brussels, 21 April 1956, [p. 89] traducción propia.

²⁸ STJUE de 4 de abril de 1974 (Comisión/Francia, asunto 167/73), [parágrafo 45]. En este sentido, concretamente en relación al papel antidumping del principio de igualdad retributiva por razón de sexo, vid. BALLESTER PASTOR, M.A. (2001), “La Propuesta de reforma de la directiva 76/201: evolución y adaptación del principio de no discriminación por razón de sexo en el derecho comunitario”, *Temas Laborales* n. 59/2001, [pp. 222 y ss].

Constitución económica española se atribuye al derecho de la Unión, que viene así a limitar considerablemente sus “posibilidades socializantes”²⁹. Desde esta óptica se contempla la Carta Magna como una concha vacía, en la que tiene plena cabida el significado que quiera otorgarle la Constitución económica comunitaria.

Es cierto que las libertades comunitarias efectúan una concreción de la libertad de empresa en sus respectivos ámbitos materiales. Sin embargo, no parece correcto vaciar de contenido nuestra propia Constitución económica. En este sentido, la cesión de soberanía en favor de la Unión Europea está sometiendo las instituciones laborales de los Estados a revisión, con la consiguiente alteración de la Constitución socio-económica del modelo romano-germánico en el que el Estado, como espacio de intercambio político dotado de cierta autonomía respecto de las clases y grupos sociales, desempeña un papel esencial en las relaciones laborales, diferenciándose substancialmente del modelo voluntarista angloamericano. El derecho comunitario tampoco llega a abordar con coherencia la especial naturaleza de las restricciones limitativas de la libre competencia que nacen de comportamientos estratégicos en el marco de las relaciones laborales. En mayor medida que en otros mercados, los actores del mercado de trabajo adoptan estrategias colectivas para la defensa de sus intereses que son objeto de protección constitucional, como el derecho a la negociación colectiva, a acción colectiva, o la huelga. Tales derechos fundamentales, en contexto del mercado interior, pierden gran parte de su especificidad, siendo su asimilación a medidas de carácter privado un factor fuertemente erosivador del modelo negocial, fundamento de la cláusula constitucional del Estado Social de las relaciones entre capital y trabajo en los Estados europeos.

El proceso de mutación constitucional en el ámbito europeo se dirige hacia una confluencia con el modelo constitucional estadounidense, incorporando, además, una nueva dimensión de la libertad de empresa, en su vertiente internacional de libre comercio y de libre acceso a los mercados. Este proceso de constitucionalización de las libertades comunitarias ha tenido un papel fundamental en el éxito del modelo de integración económica europea, posiblemente, el sistema de integración económica regional más avanzado existente. Arriesgándose, por otra parte, la expansión de esta deconstrucción jurídica mediante la generalización de las elaboraciones jurídicas comunitarias al ámbito de la OMC, con una clara voluntad, como señala GARDEÑES (1999) de “trasplantar a un contexto

²⁹ PAZ-ARES, C./ ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2002), “El derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación”, en MONERERO PÉREZ, J.L., *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares.

global o mundial soluciones que en el ámbito comunitario han demostrado una gran eficacia integradora de los mercados”³⁰.

Hasta ahora sólo el derecho supranacional económico y de control del déficit presupuestario ha logrado traspasar eficazmente las fronteras jurídicas de nuestro ordenamiento, llegando incluso a alcanzar el derecho constitucional. En este sentido, las doctrinas de efecto útil y de eficacia directa, así como el resto de mecanismos que dotan de especial eficacia a la Constitución económica comunitaria requieren, no se encuentran con un adecuado contrapeso jurídico de contenido socio-laboral, dotado de valor jurídico y garantías equiparables en el ámbito supranacional³¹.

Los estándares internacionales de protección constitucional pueden jugar ese papel de contrapeso y de reequilibrio constitucional, en un ordenamiento jurídico en el que el sistema de fuentes tiene una componente internacional cada vez mayor. Concretamente, la jurisprudencia que interpreta el Derecho español internacional del trabajo, puede resultar de especial utilidad a la hora de establecer un límite constitucional específico al derecho económico transnacional. Dicha jurisprudencia integra la garantía de los derechos sociales fundamentales en un contexto jurídico globalizado, partiendo de un análisis del sistema de fuentes de protección de derechos valorado en su conjunto, en el que cabe destacar tres momentos de inflexión:

- En primer lugar, la entrada en vigor en España del *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (en adelante, el PIDESC)³². El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) tiene la labor de establecer la interpretación auténtica de los estándares establecidos PIDESC³³, en este caso, el marco de Naciones Unidas. Este instrumento es especialmente novedoso por constituir un instrumento de jurisdicción directa de los derechos sociales, al posibilitar que los

30 GARDEÑES SANTIAGO, M. (1999), *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Madrid, Eurolex, [p. 42].

³¹ En este sentido, ALFONSO MELLADO, C.L. (2013), “El derecho del trabajo y los fundamentos constitucionales, internacionales y europeos: Nuevos límites”, Ponencia presentada por en las Jornadas de Estudio de Derecho Laboral “El derecho del trabajo y los fundamentos constitucionales, internacionales y europeos: Nuevos límites”, organizada por Comisiones Obreras del País Valencià y el Consejo General del Poder Judicial en Alicante, los días 24 y 25 de octubre del 2013.

³² En virtud de lo dispuesto en el art. 18.1 de su texto, el PIDESC entrará en vigor tres meses después de la fecha en que se depositase el décimo instrumento de ratificación o adhesión. Uruguay ha sido ese último país, Estado que lo ha hecho el 5 de febrero de 2013. España aprobó y ratificó el Protocolo el 9 de julio de 2010, aunque la publicación del Instrumento de Ratificación se haya realizado en el BOE de 25 febrero de 2013, núm. 48, p. 15421, de modo que ha entrado en vigor el 5 de mayo de 2013.

³³ Protocolo de 10 de diciembre 2008, ratificado por Instrumento de 9 de julio 2010, BOE 25 febrero 2013, núm. 48, p. 15421.

ciudadanos, de forma individual o colectiva, exijan el cumplimiento de los derechos reconocidos en el Pacto ante dicho Comité.

- En segundo lugar, la próxima *adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)*³⁴, un hito histórico en la consolidación de un sistema de fuentes unificado en Europa en el ámbito de los derechos humanos. Es al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), a quien corresponde la interpretación exclusiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)³⁵, en el marco del Consejo de Europa.
- En tercer lugar, la contundente respuesta de la jurisprudencia del *Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS)*, el cual tiene asignada la interpretación última de la Carta Social Europea (CSE)³⁶, en el marco, asimismo, del Consejo de Europa.

En estos tres órdenes normativos, el principio de proporcionalidad, el principio de razonabilidad (*rule of reason*) y la protección de la confianza legítima guían al intérprete hacia una ponderación óptima de principios y objetivos concurrentes. Tales instrumentos hermenéuticos configuran, pese a las diferencias que tendremos ocasión de valorar, una estructura argumentativa común, compartida tanto por la jurisprudencia internacional, como por nuestra jurisprudencia constitucional. Ante la imposibilidad metodológica de alcanzar una solución única y definitiva, son tales instrumentos los que permiten al juzgador inferir qué se entiende por interés general, cuáles son los bienes jurídicos protegidos, qué medios son necesarios, qué objetivos socio-económicos son deseables o hasta qué punto puede justificarse la aplicación de medidas particularmente gravosas para los particulares. El contexto actual de crisis económica —y de interdependencia de los sistemas económicos y jurídicos— plantea nuevos retos al constitucionalismo, cuyo papel es fundamental en la consecución de un nuevo equilibrio social que compatibilice el crecimiento económico y unas finanzas públicas viables con el respeto a los derechos fundamentales.

Algunos autores apuntan a la necesidad de una evolución de las instituciones laborales hacia un “constitucionalismo de la ciudadanía” de

³⁴ El proyecto de Acuerdo de Adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Derechos Fundamentales se adoptó el 5 de abril de 2013. Vid. Draft revised agreement on the accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Strasbourg, 5 April 2013.

[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accesion/Meeting_reports/47_1\(2013\)008rev2_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accesion/Meeting_reports/47_1(2013)008rev2_EN.pdf)

³⁵ Convenio de 4 de noviembre 1950, ratificado por Instrumento de 26 de septiembre 1979, BOE 10 octubre 1979, núm. 243, p. 23564.

³⁶ Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980, de la Carta Social Europea, hecha en Turín de 18 de octubre de 1961, BOE 26 junio 1980, núm. 153, p. 14533. Protocolo Adicional de 5 de mayo 1988, Instrumento de 7 de enero 2000, BOE 25 abril 2000, núm. 99, p. 16074.

corte europeísta, que permita superar el obsoleto constitucionalismo de la soberanía³⁷. Se pretende así dejar atrás el dogma de la soberanía que ha situado en el ámbito estatal la normatividad constitucional del trabajo. Dicha normatividad ha entroncado tradicionalmente con la función garantista del derecho laboral como sede de integración del conflicto social³⁸ y con la función integradora del Estado como garante del *bonum commune*, que en el último siglo ha desplegado los cuatro pilares en los que se apoya la “lucha de clases democrática”: el Estado del Bienestar, la democracia política y económica, la consolidación del sindicalismo y la institucionalización del sistema de relaciones laborales, así como la extensión de la educación como factor de movilidad social ascendente³⁹.

Es cierto que nuestros tribunales no están aún habituados a utilizar las fuentes internacionales del derecho español. Sin embargo, el papel central que ocupa la protección de los derechos fundamentales en nuestro sistema constitucional hace que éstos se esfuercen por dar cumplimiento a la jurisprudencia internacional cuando lo que está en juego es la protección de los derechos humanos —no tanto, por ejemplo en relación jurisprudencia interpretativa del derecho comunitario derivado, cuyo incumplimiento no es infrecuente.

Ello se traduce, normalmente, en una modificación de la doctrina preexistente si es contraria a la establecida por la jurisprudencia internacional, como ha ocurrido, recientemente, por ejemplo, en relación a la llamada “doctrina Parot” que ha llevado a la excarcelación de terroristas condenados por la Audiencia Nacional. Vale la pena reproducir aquí los argumentos de la Audiencia Nacional en relación al obligado respeto de los estándares internacionales en materia de derechos humanos (en este caso concreto, los fijados por el TEDH):

“En nuestro sistema constitucional la declaración por el Tribunal Europeo de que se ha violado el convenio europeo implica la constatación de la existencia de una violación del derecho fundamental concernido en nuestra Constitución [...]. [Esto ha conllevado] que el propio Tribunal Constitucional, en el ámbito de su espacio de control, y siempre que los tribunales competentes no hubieran dado cumplimiento a la sentencia del Tribunal Europeo, realice una labor de ajuste a los imperativos constitucionales, algo que acometerá cuando el TEDH haya declarado violado un derecho del Convenio que sea correlativo a un derecho

³⁷ Vid. CARUSO, B. (2008), “La integración de los derechos sociales en el espacio social supranacional y nacional; primeras reflexiones sobre los casos “Laval” y “Viking”, *Relaciones Laborales* n. 2/2008, [pp. 159-186].

³⁸ MONEREO PÉREZ, JL. (1996), *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social, [p. 27 y ss].

³⁹ ESPING-ANDERSEN (2000), *Los fundamentos sociales de las economías post-industriales*, Barcelona, Ariel.

fundamental constitucionalmente reconocido y susceptible de recurso de amparo”⁴⁰.

En este caso, la Audiencia Nacional, apoyándose en la doctrina del Tribunal Constitucional, resalta el carácter vinculante de la jurisprudencia emitida por los órganos establecidos para la interpretación de los tratados, con independencia de que éstos tengan o no carácter jurisdiccional —por ejemplo, ese sería el caso del Comité Europeo de Derechos Sociales o del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales— destacando su necesaria observancia en la fijación del contenido esencial de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución:

“Aunque el Convenio no hubiera introducido una instancia superior supranacional de revisión o control directo de las decisiones judiciales, ni obligase a dar efecto a las sentencias del TEDH mediante la anulación de la cosa juzgada y de la fuerza ejecutiva de la resolución judicial nacional [...] los poderes públicos, tienen la obligación de tutelar los derechos fundamentales y de reparar cualquier lesión contra los mismos, por lo que no pueden quedarse indiferentes ante la declaración que realice el Tribunal Europeo acerca de la violación de un derecho, ni puede reputarse conforme a nuestro sistema constitucional el mantenimiento de una situación que, aún amparada por la cosa juzgada, puede implicar la lesión actual de un derecho fundamental”.

[...] “El Convenio Europeo integra nuestro ordenamiento jurídico, según el art. 96.1 de la Constitución (CE, en adelante), y las normas relativas a derechos fundamentales y libertades públicas deben interpretarse de conformidad con los Tratados internacionales (art. 10.2 CE); el Tribunal Europeo es el órgano cualificado de interpretación del Convenio y sus decisiones son obligatorias y vinculantes para todo Estado parte. Los jueces y los tribunales están sometidos con exclusividad a la ley, única fuente de legitimidad de su actuación (art. 117 CE). Aquí, sujeción a la ley significa vinculación al Convenio y a las decisiones y doctrina de su órgano de garantía jurisdiccional”⁴¹.

Como ha señalado la doctrina más autorizada, la utilización del término jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales, es adecuada “(...) tanto de la emanada del sistema de informes como de la aparecida como resultado de la sustanciación de las reclamaciones colectivas”, puesto que “(...) en el sistema de reclamaciones colectivas, (...) actúa conforme a parámetros jurisdiccionales (fase de inadmisibilidad y fase de enjuiciamiento

⁴⁰ Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Pleno), Auto núm. 61/2013 de 22 octubre.

⁴¹ La Audiencia Nacional se sirve en este pronunciamiento de la doctrina constitucional contenida en la STCO 245/1991 [FDº 2 y 3º] y en la doctrina sobre ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos: STCO 96/2001 (caso Castillo Algar, STEDH 28.10.1998), STCO 240/2005 (caso Riera Blume), STCO 313/2005 (caso Perote Pellón) y STCO 197/2006 (caso Fuentes Bobo).

en cuanto al fondo) y dicta decisiones de fondo que presentan la misma estructura que las sentencias judiciales (...)⁴².

En este sentido, el Derecho español internacional del Trabajo se nutre de la interpretación auténtica de los órganos designados por los tratados para la interpretación auténtica de los instrumentos internacionales ratificados por nuestro país⁴³. Dicha jurisprudencia puede ser invocada directamente ante los tribunales jurisdiccionales nacionales, al igual que estos pueden resolver atendiendo a tales criterios interpretativos. En primer lugar, en virtud del art. 10.2 CE, en el que se establece la obligación de interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución española reconoce, de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Y en segundo lugar, por mor del art. 96 CE, en el que expresamente se reconoce a los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente, como normas que forman parte del ordenamiento interno.

En consecuencia, cuando el Estado ratifica un tratado internacional, sus jueces se encuentran sometidos a sus disposiciones, lo que les obliga a velar porque el efecto útil del tratado no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del poder judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad, *ex officio*, entre las normas internas y los tratados, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las normas procesales pertinentes⁴⁴.

De entre todos los instrumentos de protección internacional de los derechos sociales fundamentales merece ser especialmente destacada la Carta Social Europea, a partir de las interpretaciones que de la misma está realizando el CEDS. Como ha puesto de manifiesto SALCEDO BELTRÁN (2014), actualmente un referente doctrinal imprescindible en esta materia,

⁴² JIMENA QUESADA, L. (2007), *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales, Sistema de reclamaciones colectivas. Vol I: 1998-2005*, Valencia, Tirant lo Blanch, [pp. 31 y 32].

⁴³ En lo que respecta a los Convenios Internacionales del Trabajo debe reseñarse que en virtud del art. 37.1 de la Constitución de la OIT, la Corte Internacional de Justicia es el único organismo competente para dar una interpretación autorizada de los convenios y recomendaciones. Hasta el momento, sólo ha habido una interpretación oficial: la opinión consultativa que se reproduce en el Boletín Oficial, vol. XVII, núm. 5 (1932), pp. 179-197. En los informes de la Comisión de Expertos, de la Comisión de Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Conferencia, de las comisiones de encuesta nombradas en virtud del artículo 26 de la Constitución, del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración y de la Comisión de Investigación y Conciliación en Materia de Libertad Sindical pueden encontrarse explicaciones sobre el alcance y el significado de cláusulas de los convenios. Aunque siempre con la reserva de que no éstos no están especialmente facultados en virtud de la Constitución para interpretar convenios y recomendaciones.

⁴⁴ Vid. JIMENA QUESADA, L. (2013), *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad: a propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi.

“ésta se ha convertido en el primer instrumento que ha reconocido la vulneración de los derechos sociales que se está produciendo por las reformas laborales que están aprobando algunos países para hacer frente a la crisis económica”⁴⁵. Los magistrales estudios de dicha autora dan buena cuenta de los límites derivados de la Carta Social Europea (CSE), a raíz de los recientes pronunciamientos del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS). Así, además de la necesaria incorporación de estándares socio-económicos supranacionales vinculantes a la labor interpretativa de nuestros tribunales, en especial los establecidos por la CSE, es también acuciante la necesidad de utilizar instrumentos hermenéuticos más adaptados a la realidad histórica y a los retos que debe enfrentar nuestro orden jurídico en el contexto globalizado.

La defensa de la Constitución posiblemente no consiste en petrificar el sistema de protección de los derechos sociales impidiendo que éste pueda dotarse de los instrumentos necesarios para su defensa en el marco constitucional. Sin duda, culpabilizar al Tribunal de Justicia o a las instituciones comunitarias de la involución de nuestras instituciones socioeconómicas tiene como telón de fondo un paradigma determinista que parte de la propia incapacidad para evitar que salten, uno tras otro, los anclajes institucionales del Estado social, dejando pasar pasivamente las ocasiones que se nos ofrecen para intervenir. Como ha señalado MAESTRO BUELGA (2002), el paradigma que caracteriza al Estado como un “Estado impotente”, y que da por superado el modelo fordista keynesiano, incorpora una componente de legitimación que permite estandarizar los comportamientos económicos. Estos comportamientos se presentan como inevitables e impuestos por el fenómeno globalizador, al cual se asocia un fenómeno de evasión del poder estatal. Sin embargo, posiblemente, sea el propio Estado el mayor globalizador, en la medida que éste adopta como principio de actuación la extensión del mercado⁴⁶.

⁴⁵ Entre las obras publicadas por SALCEDO BELTRÁN, C. en esta materia se encuentran *Negociación colectiva, conflicto laboral y Carta Social Europea*, Bomarzo, 2014; “Incumplimientos de la Carta Social Europea por España: Conclusiones xx-2 (2013)”, *Revista de Derecho Social* n. 66/2014, “Crisis económica, medidas laborales y vulneración Carta Social Europea”, *Revista Europea Derechos Fundamentales* n. 22/2013; “Carta Social Europea. Instrumento para la defensa en el ámbito nacional de los derechos sociales”, Informe 60 F1M, Mayo 2013; “El Consejo de Europa frente a la Unión Europea: Vulneración de la carta social europea por ‘Lex Laval’, Estudio 77 F1M, Enero 2014; “Aspectos conflictivos actuales (análisis de los últimos pronunciamientos del Comité Europeo de Derechos Sociales)”, *El Laboralista (Revista de la Asociación Nacional de Laboralistas)*, noviembre 2013; “Incumplimiento por España de los tratados internacionales: Carta Social Europea y período de prueba”, *Revista de Derecho Social* n. 64/2013; “Reformas Legislativas, incumplimientos de la Carta Social Europea y su invocación en los órganos jurisdiccionales”, *El Laboralista*, abril 2014; “La Carta Social Europea y la protección de los derechos sociales en el marco del Consejo de Europa”, en AA.VV, NOGUERA FERNÁNDEZ, A. et altri, *Lecciones sobre Estado social y derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

⁴⁶ MAESTRO BUELGA, G. (2002), “Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea”, *Revista de derecho comunitario europeo* n. 7 /2000, [p. 254-255].