

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA¹

Giovanni Orlandini

Universidad de Siena

1. La paradoja de los derechos fundamentales de los trabajadores en la Unión Europea. 2. La doble función de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. 3. Función “positiva” de los derechos sociales fundamentales. 4. Función negativa de los derechos sociales fundamentales y su balance con las libertades económicas. 5. Las otras fuentes de Derecho internacional; su relevancia en el ordenamiento de la Unión Europea. 6 Conclusiones.

1. LA PARADOJA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES EN LA UNIÓN EUROPEA

Hablar de la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales de los trabajadores en el ordenamiento de la Unión Europea significa ante todo enfrentarse con una enorme contradicción, si no con una suerte de paradoja. Sobre el plano formal de su reconocimiento, si confrontamos el cuadro de fuentes del Derecho de la actual Unión Europea con el de la originaria Comunidad Europea, se podría entender concluida la “fatigosa marcha” de los derechos de los trabajadores en el ordenamiento euro-unitario². La Unión Europea no puede considerarse afectada de “frigidez social”³ si todos los derechos que en los ordenamientos nacionales constituyen la base del denominado Modelo Social Europeo, están reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales (en adelante “Carta”), a la que el artículo 6.1 TUE atribuye la misma fuerza jurídica de los Tratados. Enumerados en el título IV, rotulado “Solidaridad”, los derechos sociales y del trabajo se ubican junto a los derechos civiles y políticos; y es la primera vez que semejante equiparación se lleva a cabo en una fuente de Derecho internacional, en nombre del principio de “indivisibilidad” de los derechos fundamentales. Por otra parte, el mismo artículo 6.3 TUE confirma lo que el Tribunal de Justicia reconoce desde hace tiempo, esto es, que los derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes entre los Estados miembros (y por tanto también los de los trabajadores) forman parte del Derecho de la Unión Europea en cuanto “principios generales”.

¹ Traducción del italiano a cargo de Nora María Martínez Yáñez (Universidad de Vigo).

² VENEZIANI 2000.

³ MANCINI 1988.

Y sin embargo, cuanto más solemnemente las fuentes primarias de la Unión reconocen y proclaman los derechos fundamentales de los trabajadores, más se ponen en entredicho por los hechos, al ser objeto de procesos que reducen su alcance y erosionan su contenido en los ordenamientos nacionales. Aunque estos procesos afectan a todos los Estados miembros, se manifiestan con la máxima evidencia en los Estados del sur de Europa que se enfrentan con la crisis de deuda soberana; hasta el punto de que el Presidente del Banco Central Europeo, entrevistado por el *Wall Street Journal* en noviembre de 2012 ha sido capaz de afirmar cándidamente que “el Modelo Social Europeo ha muerto”, ratificando así, evidentemente, también la muerte de los derechos que lo caracterizan⁴.

El Tribunal de Justicia, como supremo órgano jurisdiccional garante del respeto de las fuentes primarias de la Unión Europea por parte de los Estados miembros y de las mismas instituciones europeas, debería poner freno a semejante proceso de desestructuración de los derechos fundamentales de los trabajadores. Pero no es así: el desmantelamiento del Modelo Social Europeo se está consumando ante el sustancial silencio de los jueces de Luxemburgo, que muy raramente han intervenido para tutelar los derechos fundamentales de los trabajadores en su reciente jurisprudencia. Del último informe anual sobre la aplicación de la Carta⁵ resulta que ésta se encuentra cada vez más presente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, pero los artículos a los que se ha recurrido con mayor frecuencia son los relativos al acceso a la justicia (art. 47), a la protección de los datos personales (art. 41), a la no discriminación (art. 21) y al derecho de propiedad (art. 17); incluso la disposición que reconoce la libertad de empresa (art. 16) es más utilizada que todos los derechos contenidos en el Título IV en su conjunto, que encuentran reflejo sólo en el 3% de las decisiones del Tribunal fundadas en la Carta. Esta es la imagen más elocuente de la paradoja a la que se ha hecho referencia al inicio: la crisis económico-financiera ha desencadenado un proceso de difuso y progresivo desconocimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores reconocidos en las más altas fuentes del Derecho euro-unitario, pero el órgano jurisdiccional encargado de garantizarlos se muestra impotente e incapaz de manifestarse al respecto.

La razón de ello reside en el hecho de que el Tribunal de Justicia opera (también) como tribunal de los derechos, pero de una manera completamente distinta –como es obvio– a los Tribunales Constitucionales nacionales, e incluso a otros organismos que, por distintos motivos, supervisan el respeto de los estándares internacionales de tutela de los derechos fundamentales. Para que un derecho reconocido en la Carta pueda ser invocado ante el Tribunal de Justicia –o eventualmente ante un juez nacional– es necesario que haya surgido una controversia relativa a la aplicación de una norma de Derecho de la Unión Europea, pues la Carta (según lo dispuesto en el artículo 51) no “crea ninguna competencia o

4 Draghi, entrevista en el *Wall Street Journal* del 24.2.2012.

5 Report on the application of the EU Charter, 14.4.2014.

misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados” y vincula a los Estados “únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión”. La controversia que legitima la intervención de los jueces europeos naturalmente debe referirse a fuentes de *hard law*, esto es, producidas por el poder legislativo y generadoras de efectos directos en los ordenamientos nacionales; sin que pueda considerarse Derecho de la Unión Europea en sentido estricto el denominado *soft law*, consistente en meros actos de dirección y coordinación de las políticas nacionales. Por este motivo el Tribunal de Justicia no puede enjuiciar las políticas de austeridad que representan el “frente” en el que se juega buena parte de los derechos fundamentales de los trabajadores; tanto si aquellas políticas han sido impuestas por la Troika con los *Memoranda of Understanding* (como en el caso de Grecia y Portugal), como si han sido promovidas a través de los nuevos instrumentos de la gobernanza económica, o mediante las recomendaciones adoptadas por el Consejo en el marco del Semestre Europeo (como en el caso de Italia o España). En efecto, los actos con los cuales las instituciones europeas promueven las políticas de austeridad no forman parte de las fuentes “jurídicamente” vinculantes del Derecho de la Unión Europea⁶.

Por consiguiente, a los sindicatos y a los trabajadores de los Estados más afectados por las medidas de austeridad no les ha sido posible contrastar dichas medidas sobre el plano judicial, invocando ante el Tribunal de Justicia la Carta o los principios generales del Derecho euro-unitario. Cuando lo han hecho, el Tribunal no ha podido hacer otra cosa que negar su propia jurisdicción, declarándose incompetente⁷. Para encontrar una voz en defensa de los derechos de los trabajadores ha sido necesario invocar otras fuentes internacionales del trabajo (los Convenios de la OIT y la Carta Social Europea), o los principios constitucionales nacionales. Frente al silencio de los jueces de Luxemburgo, ha correspondido a los expertos del Comité Europeo de los Derechos Sociales recordar al Gobierno griego que las reformas adoptadas para implementar el MoU no son compatibles con los estándares mínimos de tutela de los derechos sociales de la Carta Social⁸; como por otra parte ya había señalado la “Misión de alto nivel” llevada a cabo en ese país en 2011 por los expertos de la OIT⁹. Mientras, en Portugal, ha sido el Tribunal Constitucional el que ha puesto freno, aunque sea parcial, al desconocimiento de los derechos sociales reclamado por la Troika¹⁰.

6 Como ha aclarado el Tribunal de Justicia en la sentencia C-370/12, *Pringle*.

7 SSTJUE, C-128/12, *Sindicatos dos Bancarios do Norte*; C-264/12, *Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros*; C-134/12, *Corpul National al Politistilor*.

8 ECSR, *General federation of employees of the national electric power corporation (GENOP-DEI) and Confederation of Greek Civil Servants' Trade Unions (ADEDY) v. Greece*, rec. n. 65 y 66/2011, decisión de 23 mayo 2012; ECSR, *Federation of employed pensioners of Greece (IKA- ETAM) v. Greece*, Complaint n.76/2012, decisión de 7 diciembre 2012. Sobre todo ello, Yannacourou, 2014.

9 ILO, *Report on the High-Level Mission to Greece*, Athens 19-23 septiembre 2011.

10 Tribunal Constitucional, sentencia n. 187/2013 que ha declarado parcialmente inconstitucional la Ley de Presupuestos de 2013 (66-B/2012) que transponía el MoU de la Troika. Sobre esta cuestión, Cisotta- Gallo 2014.

2. LA DOBLE FUNCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

El paradójico escenario que se acaba de describir nos lleva a abordar el discurso sobre los derechos fundamentales de los trabajadores en la Unión Europea siendo conscientes que de ellos es más fácil decir lo que “no son” que lo que “son”. Tales derechos no dan lugar a una “ciudadanía social europea” que se suma a la nacional, enriqueciéndola; su reconocimiento no implica la atribución de su titularidad a los ciudadanos y a los trabajadores europeos, sino, más modestamente, proporciona al Tribunal de Justicia un instrumento de valoración acerca de la legitimidad del Derecho de la Unión Europea y del Derecho nacional que lo aplica.

Para entender de qué forma opera semejante función, y por tanto para qué sirven realmente los derechos fundamentales de los trabajadores en la Unión Europea, es necesario enfrentarse al artículo 51 de la Carta y aclarar cuándo éstos se colocan dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea. Y a esta pregunta sólo puede responderse adoptando un enfoque “positivista” que tenga en cuenta todo cuanto emerge de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, por lo que es preciso analizar en las páginas siguientes los (pocos) casos en los cuales el Tribunal ha reconocido expresamente un derecho fundamental de los trabajadores (esto es, calificándolo como tal) y lo ha utilizado en su argumentación.

La jurisprudencia del Tribunal corrobora la tradicional distinción entre función “positiva” (o “promocional”) y “negativa” (o “defensiva”) desarrollada respecto a los derechos fundamentales del ordenamiento de la Unión Europea. Se trata de una distinción inevitablemente esquemática, pero que describe y comprende todos los casos que hasta hoy han sido objeto de las decisiones de los jueces europeos.

La primera función (positiva/promocional) concierne en primer lugar a las instituciones políticas de la Unión Europea, en el sentido de que el derecho fundamental queda dentro de la jurisdicción del Tribunal de Justicia si la acción legislativa de la Unión Europea incide en su ejercicio. Corresponde al Tribunal de Justicia, primero, interpretar la fuente de derecho euro-unitario (reglamento o directiva) conforme al contenido del derecho fundamental, y segundo, valorar si la normativa nacional de recepción lo ha respetado. Desde este segundo punto de vista, el Tribunal manifiesta una cierta elasticidad al considerar la existencia de un vínculo (“*real link*”) entre la normativa nacional y el Derecho de la Unión Europea, capaz de justificar la atracción de la primera al ámbito de aplicación del segundo¹¹. Sin embargo, como confirma la reciente sentencia *Hernández*¹², para que tal conexión pueda considerarse existente no es suficiente ni la mera “proximidad de las materias consideradas o a las incidencias indirectas de una

11 Respecto de los derechos de los trabajadores, cfr. ampliamente Bronzini 2012.

12 STJUE, C-198/13, *Hernández*.

de ellas en la otra”; y tampoco “el solo hecho de que una medida nacional guarde relación con un ámbito en el que la Unión dispone de competencias”¹³, si tal competencia no ha sido ejercitada.

Naturalmente un acto de Derecho de la Unión Europea puede violar un derecho fundamental, y en tal caso el Tribunal podrá declarar su ilegalidad. Así ha sucedido en el conocido caso *Test Achats*, relativo a la igualdad de género en el acceso a bienes y servicios¹⁴ y, más recientemente, en la sentencia *Digital Rights Irland*, con respecto a la tutela de la intimidad¹⁵; pero nunca, hasta hoy, se ha dado un supuesto semejante con relación a un derecho social o del trabajo. En la mayor parte de las ocasiones el problema del respeto de los derechos fundamentales se ha planteado en relación con el Derecho nacional que aplica el Derecho euro-unitario; y esto ha sucedido también en el ámbito de los derechos de los trabajadores.

La segunda función (negativa/defensiva) concierne a los ordenamientos nacionales, y sólo indirectamente al de la Unión Europea. Con ella se identifica el uso que de los derechos fundamentales se puede hacer ante el Tribunal de Justicia para justificar excepciones a la aplicación del Derecho euro-unitario. El fin es la defensa del Derecho nacional y su “prevalencia” sobre el Derecho de la Unión Europea en caso de que la aplicación de este último comporte la lesión de un derecho fundamental. El ámbito privilegiado en el que los derechos de los trabajadores entran en juego con su función “defensiva” es el del mercado único y las reglas sobre la concurrencia, pese a que en teoría un conflicto entre aquellos derechos y los vínculos impuestos por la integración europea puede manifestarse respecto a cualquier materia en que la Unión Europea tenga competencias.

Si en su función positiva los derechos fundamentales sirven para promover estándares de tutela más altos que los reconocidos por los ordenamientos nacionales (tienen, por así decirlo, un valor añadido respecto del modo en que éstos son tutelados en los Estados miembros), en su función negativa, en cambio, solo sirven para preservar los estándares existentes; o bien adquieren relevancia jurídica solo si, y en la medida en que, un Estado nacional “ya” los garantice y (por esto) reclama a los supremos jueces europeos que no sean limitados o negados por la actuación del Derecho euro-unitario.

13 Como aclara posteriormente el Tribunal, para comprobar si existe una conexión entre el Derecho de la Unión Europea “se ha de comprobar, entre otros aspectos, si la finalidad de la normativa nacional considerada es aplicar una disposición del Derecho de la Unión, el carácter de esa normativa, si ésta persigue objetivos distintos de los previstos por el Derecho de la Unión, aun cuando pueda afectar indirectamente a este último, y si existe una normativa específica del Derecho de la Unión en la materia o que la pueda afectar” (apartado 37).

14 STJUE C-236/09, *Test-Achats*, en la cual la directiva 2004/113 sobre discriminaciones en el acceso a bienes y servicios, ha sido juzgada contraria a los artículos 21 y 23 CDFUE relativos al derecho a no discriminación por razón de sexo.

15 STJUE C-293/12 e 594/12, *Digital Rights Irland* en la cual la Directiva 2006/24 sobre los bancos de datos electrónicos y la conservación y tratamiento de los datos personales ha sido juzgada contraria al derecho a la tutela de datos personales y al respeto a la vida privada reconocido por los artículos 7 y 8 de la CDFUE.

3. FUNCIÓN “POSITIVA” DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES

La posibilidad de que el Tribunal de Justicia reconozca un derecho fundamental de los trabajadores en su función “positiva” está condicionada por la existencia de una norma de derecho derivado que regule la materia a la que aquel derecho es reconducible. Lo cual explica por ejemplo que el artículo 30 de la Carta (que reconoce el derecho a no ser despedido sin justificación) no haya sido utilizado nunca por el Tribunal de Justicia. Desde el momento en que no existen Directivas en materia de despido individual, ni siquiera una ley que en hipótesis introdujese en un Estado miembro el principio del *employment at will* (esto es, la plena libertad de despido) podría ser impugnada ante los jueces europeos por violación del artículo 30, no siendo competente el Tribunal de Justicia en esta materia¹⁶.

Por otro lado, los recientes casos *Hernandez y Z.* señalan la tendencia del Tribunal a aplicar de forma rígida y formalista el criterio de la “conexión” entre el Derecho nacional y el Derecho de la Unión Europea precisamente cuando la controversia concierne a un derecho social o del trabajo. En otras palabras, el Tribunal se considera competente para valorar el respeto de los derechos sancionados por el Título IV de la Carta, solo cuando la fuente de Derecho nacional impugnada a la luz de la misma sea claramente encuadrable como norma de trasposición de una Directiva¹⁷.

Sobre las materias que escapan a la competencia normativa de la Unión Europea *ex* artículo 153.5 TFUE (retribución, derecho de asociación y sindicación, y huel-

16 La sentencia del Tribunal de Justicia C-323/08, *Ovidio Rodríguez Mayor* es ejemplificativa a estos efectos. La cuestión versaba sobre la legislación española que no tutela al trabajador en caso de despido por cese de actividad tras el deceso del empleador; los jueces europeos se han declarado incompetentes para valorar tal legislación a la luz del artículo 30 CDFUE, no entrando la cuestión en el ámbito de aplicación de la Directiva 98/59 que, como se sabe, se refiere solo a los despidos colectivos.

17 En la sentencia del Tribunal de Justicia C-198/13, *Hernández*, el Tribunal ha negado la posibilidad de censurar como discriminatoria, sobre la base del artículo 20 CDFUE, la norma española que reconoce el derecho a pedir al Estado el pago de las retribuciones generadas tras el sexagésimo día laborable posterior a la fecha de inicio del proceso de impugnación del despido improcedente, negándolo en el caso del despido nulo; efectivamente, las disposiciones impugnadas no entran en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/94, relativa a la tutela del trabajador en caso de insolvencia del empleador, en cuanto ésta se refiere a la tutela de los créditos reclamados por el trabajador frente al empresario, mientras que la normativa española impugnada se refiere a una eventual subrogación *ex lege* del trabajador en un derecho atribuido al empleador frente al Estado, en caso de excesiva duración del proceso.

En la precedente sentencia del Tribunal de Justicia C-363/12, *Z.*, la cuestión versaba en cambio sobre la posible contradicción con diversos artículos de la Carta (art.21 en materia de discriminación; art. 23 relativo a la igualdad entre hombres y mujeres; art. 33 sobre la protección de la vida familiar; art. 34 sobre el derecho a la seguridad social) de la normativa irlandesa que niega a las trabajadoras el permiso de maternidad en caso de maternidad subrogada (o asistida). La presencia de las Directivas 2006/54 (igualdad entre sexos), 2000/78 (discriminaciones distintas al género) y 92/85 (permisos) parecería sugerir la existencia de un vínculo entre tal materia y el Derecho de la Unión Europea; pero el Tribunal ha opinado lo contrario, y ello, de nuevo, gracias a una lectura formalista del criterio de la “conexión”. La sentencia *Z.* se empareja con la coetánea sentencia C-167/12, *D.*, en la que el Tribunal de Justicia ha negado que la Directiva 92/87 garantice el derecho al descanso en caso de maternidad subrogada; de ahí la afirmación de que ser privados del descanso en tal caso no constituya ni siquiera un “tratamiento menos favorable” en el sentido del art.2.2.c) de la Directiva 2006/54 (apartados 58-59).

ga), la posibilidad del Tribunal de pronunciarse está excluida *a priori*. Por más que puedan reducirse las retribuciones en los Estados miembros y por más que puedan preverse límites para el ejercicio del derecho de huelga, ningún derecho fundamental se considerará violado por los jueces de Luxemburgo.

No sorprende por tanto que la mayor parte de las sentencias del Tribunal de Justicia en las que ha sido reconocido un derecho fundamental de los trabajadores estén referidas al derecho a vacaciones anuales retribuidas, plasmado en el artículo 31 de la Carta y objeto del artículo 7 de la Directiva 2003/88 en materia de horario y tiempo de trabajo¹⁸. En estos casos la Carta ha sido invocada por el Tribunal para reforzar su argumentación: esto es, el derecho fundamental ha servido para subrayar su importancia y centralidad en el ordenamiento de la Unión Europea, a fin de dar mayor fuerza vinculante a lo prescrito por la Directiva¹⁹. A través de esta jurisprudencia el Tribunal ha afirmado que el límite de las cuatro semanas anuales de vacaciones previstas por el artículo 7.1 de la Directiva 2003/88 debe considerarse inderogable, en cuanto expresión de un derecho fundamental; y por este motivo no puede ser ilimitado el poder discrecional que el mismo artículo 7.2 reconoce a los Estados miembros en la definición de las “condiciones de disfrute y concesión”. Sin embargo, no se puede dejar de destacar que el Tribunal ha llegado a estas mismas conclusiones en otras sentencias sin hacer ninguna referencia a la Carta de Derechos Fundamentales²⁰. Ello demuestra que el derecho fundamental ha sido utilizado por los jueces europeos como una suerte de “cláusula de estilo”, es decir, al solo fin de confirmar lo que ya se deduce del texto de la Directiva. Lo que predomina en la argumentación del Tribunal en esta jurisprudencia son las disposiciones de la Directiva 2003/88, más que el derecho afirmado en el artículo 31 de la Carta. Y esta es la inevitable consecuencia del hecho de que el derecho fundamental adquiere relevancia jurídica solo a través de la fuente del derecho derivado que lo aplica.

A la luz de la jurisprudencia traída a colación parece que hay que concluir que el reconocimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores no aporta ningún valor añadido al ordenamiento de la Unión Europea, sobre lo que ya se desprende de las Directivas de armonización. No obstante, el escenario podría cambiar por efecto de la célebre sentencia *Kücükdeveci*²¹, con la cual, sobre la estela de la precedente sentencia *Mangold*²², el Tribunal ha reconocido la eficacia directa horizontal del derecho a no sufrir discriminaciones por razones de

18 El derecho a “vacaciones anuales retribuidas”, reconocido por el artículo 31.2 CDFUE, ha sido el primero en ser reclamado en las conclusiones de un Abogado General, en el caso *BECTU* (Conclusiones del Abogado General Bot, en el asunto C-173/99).

19 Sentencias TJUE C-337/10, *Neidal*; C- 229/11 y 230/11, *Heiman*; C-214/10, *KHS*; C-78/11, *ANGED*; C-539/12, *Lock*; en todas se lee que el derecho a las vacaciones retribuidas es “un principio particularmente importante en el Derecho Social de la Unión”.

20 Así en la sentencia TJUE C-350/06 y C-520/06, *Shultz-Hoff* y en la reciente C-118/13 *Gülray Bollacke*.

21 Sentencia TJUE C-555/07, *Kücükdeveci*.

22 Sentencias TJUE C- 144/04, *Mangold*.

edad, admitiendo su exigibilidad procesal frente al empleador en caso de defectuosa o errónea transposición de la Directiva 78/2000 por parte del Estado. El pasaje clave de la argumentación del Tribunal se encuentra en el reconocimiento de que el derecho a no ser discriminados es un “principio general” del ordenamiento de la Unión Europea, además de un derecho fundamental sancionado por el art. 21 de la Carta. Al imponer a los Estados la adopción de medidas para contrastar las discriminaciones por razones diferentes al género, la Directiva 78/2000 procede a especificar y concretar tal principio, que sin embargo encuentra su fundamento constitutivo en las fuentes primarias de la Unión Europea, y no en la Directiva. Una afirmación, esta última, que permite superar los límites puestos por el mismo Tribunal a la aplicación directa de las Directivas en las relaciones entre privados, deviniendo inaplicables las normas de derecho interno lesivas del derecho fundamental “concretado” por la Directiva²³. Si el mismo enfoque se extendiese a las Directivas en materia de trabajo, se deduciría de él la posibilidad de reivindicar en juicio los derechos fundamentales de los trabajadores sancionados en la Carta en todos los casos en que tales Directivas no hayan sido correctamente traspuestas.

Esta perspectiva ha sido parcialmente acogida por el Abogado General Cruz Villalón en las conclusiones al caso *Association de médiation sociale (AMS)*, en el cual el Tribunal ha sido llamado a pronunciarse respecto a la posibilidad de invocar en una controversia entre privados el artículo 27 de la Carta (relativo al derecho de información y consulta sindical)²⁴. El reconocimiento de tal posibilidad por parte del Abogado General ha sido solo “parcial”, ya que se funda sobre la distinción entre “derechos” y “principios” y sobre la reconducción del derecho del artículo 27 a estos últimos. Como se sabe, la distinción en cuestión se encuentra avalada por el artículo 6 TUE y por la misma Carta de Derechos Fundamentales, cuyo artículo 52.2 impone por una parte “respetar” los derechos, y por otra invita a los Estados a “observar” los principios “a los únicos fines de la interpretación y del control de legalidad”²⁵. El Abogado General ha tenido sin embargo el mérito de aclarar cuál deba ser, a su juicio, el significado de la con-

23 Como es sabido, según la consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las Directivas solo vinculan a los Estados y a las autoridades públicas, por lo que, en caso de su defectuosa o ausente actuación en el ordenamiento nacional, ellas no permiten a los jueces nacionales proceder a la inaplicación del Derecho interno en las controversias entre privados; queda, en su caso, la única vía de la interpretación conforme o del resarcimiento del daño por parte del Estado por incumplimiento de las obligaciones comunitarias (entre todas, sentencia TJUE C-92/91, *Faccini Dori*).

24 Sentencia TJUE. C-176/12, *AMS*; en particular, la cuestión se refería a la posibilidad de utilizar el art.27 CDFUE para inaplicar la norma francesa que excluye a los trabajadores contratados mediante un contrato especial de inserción para jóvenes de la base de cálculo para constituir representantes sindicales titulares de los derechos de información previstos en la Directiva 2002/14.

25 El art. 6.1 TUE, cuando se remite a las Explicaciones y a las disposiciones generales de la Carta para su “aplicación e interpretación”, especifica que ésta enuncia “derechos”, “libertades” y “principios”. Pues bien, en las Explicaciones a la Carta se lee que “los principios pueden aplicarse mediante actos legislativos o ejecutivos [...]; por consiguiente, son importantes para los tribunales sólo cuando se trata de la interpretación o revisión de dichos actos. Sin embargo, no dan lugar a derechos inmediatos de acciones positivas de las instituciones de la Unión o de las autoridades de los Estados miembros”.

trovertida disposición de la Carta, leyéndola de manera que quede preservado el “efecto útil” de los “principios” enunciados por la misma. Por consiguiente, en la línea de la sentencia *Kücükdecevi*, ha admitido que también un principio puede ser invocado en controversias entre privados si existen normas de Derecho derivado que lo apliquen de manera suficientemente específica “concretando en modo esencial e inmediato el contenido”²⁶.

No obstante, las expectativas abiertas por el Abogado General Cruz Villalón han sido cerradas por la sentencia del Tribunal, que ha negado la eficacia horizontal del artículo 27 a la luz de su tenor literal. Para excluir la relevancia de la doctrina *Kücükdecevi* en este caso, el Tribunal se ha apoyado en que el derecho a no ser discriminado (“de por sí suficiente para conferir a los particulares un derecho subjetivo invocable en cuanto tal”) no sería equiparable con los derechos cuya identificación, según la Carta, depende de las “disposiciones del Derecho de la Unión o del Derecho nacional” (como precisamente sucede en el caso del derecho del art. 27)²⁷. De este modo, el Tribunal ha hecho suya de forma implícita la distinción entre “derechos” (entre los que incluye el de no ser discriminado) y “principios” (entre los cuales incluye el derecho sindical a la información) antes propuesta por el Abogado General; pero al contrario que este último, ha atribuido *sic et simpliciter* solo a los primeros el estatuto “pleno” de derecho fundamental invocable también en las relaciones entre privados.

Queda por aclarar si cuanto ha afirmado el Tribunal de Justicia a propósito del derecho de información y consulta vale para todos los derechos enumerados en el título IV de la Carta; es decir, si todos los derechos de los trabajadores deben ser considerados “principios” para aplicarse y no “derechos” para respetar, y por tanto si su enunciación vincula solo a los Estados y a la Unión Europea y no, “directamente”, también a los empleadores.

Considerando el “tenor literal” de las diversas disposiciones de la Carta, habría que concluir que no todos los derechos de los trabajadores tienen la eficacia limitada que el Tribunal atribuye al derecho de información sindical. En efecto, no faltan artículos que (al contrario que el art. 27) atribuyen al trabajador un derecho no condicionado por la existencia de normas que lo apliquen. Entre ellos se encuentra precisamente el artículo 31, relativo a las condiciones de trabajo justas y equitativas, que, como se ha visto, en su párrafo segundo reconoce a “todo trabajador” el “derecho [...] a un período de vacaciones anuales retribuidas”, sin ninguna precisión adicional.

Sin embargo, cuando en el caso *Domínguez* el Tribunal de Justicia tuvo la ocasión de afrontar el problema de la eficacia del artículo 31, prefirió evitarlo, a pesar de que la Abogada General Trstenjack desarrolló todas sus conclusiones

26 Abogado General Pedro Cruz Villalón, conclusiones del asunto C-176/12, punto 70. En este caso la norma que “concreta” el principio del art. 27 se identifica en el art. 3.1 de la Directiva 2002/14, relativa a su campo de aplicación.

27 STJUE C-176/12, AMS, puntos 45-47.

precisamente sobre el problema del posible efecto directo horizontal del derecho “fundamental” a las vacaciones²⁸. La cuestión versaba sobre la compatibilidad con el artículo 7.1 de la Directiva 2003/88 de una norma del Código del Trabajo francés que no tomaba en cuenta las ausencias por accidente *in itinere* en el cómputo del periodo de trabajo mínimo para generar el derecho a las vacaciones. El Tribunal sencillamente ignoró el problema de la posible relevancia de la Carta en este asunto, limitándose a confirmar su propia y consolidada doctrina a tenor la cual la Directiva no produce efectos directos entre el trabajador y el empleador privado. De ahí se extrae la conclusión de que, incluso en caso de violación del derecho a las vacaciones garantizado por la Directiva 2003/88, el juez no puede inaplicar el Derecho nacional, sino solo interpretarlo (si fuese posible) conforme al Derecho de la Unión Europea o, eventualmente, reconocer el derecho al resarcimiento del daño por parte del Estado a causa del incumplimiento de los deberes impuestos por el Derecho derivado²⁹.

La Abogada General Trstenjak, por otra parte, ha llegado a las mismas conclusiones que el Tribunal, a pesar de reconocer que el derecho a las vacaciones retribuidas no solo es un derecho fundamental sancionado por la Carta, sino también un “principio general” del Derecho de la Unión Europea, como demuestra el conjunto de las fuentes internacionales y nacionales que lo reconocen. No obstante, según la Abogada General ello no sería suficiente para atribuir al artículo 31 la misma eficacia que corresponde al principio de no discriminación, porque los Estados dispondrían de un margen de discrecionalidad al aplicar “todos” los derechos de los trabajadores enunciados en el título IV. En efecto, el contenido de estos últimos puede depender (legítimamente) “de las condiciones económicas y sociales vigentes”, mientras ello no se admite cuando se trata de valorar limitaciones a las libertades y derechos civiles (como es, por ejemplo, el de no sufrir discriminaciones)³⁰. De ahí la conclusión de que los derechos fundamentales de los trabajadores, incluso cuando no son calificados como “principios”, no son directamente invocables en juicio por los trabajadores³¹.

Las argumentaciones del Tribunal de Justicia y de los Abogados Generales son obviamente opinables y la comparación entre los casos *Dominguez* y *AMS* evidencia divergencias significativas de opiniones también entre los Abogados Generales. De todos modos, los casos a los que se ha hecho referencia demuestran cómo en la jurisprudencia se está consolidando una distinción “jerárquica” entre derechos fundamentales que penaliza los derechos sociales o del trabajo³².

28 Abogada General Trstenjak, Conclusiones del asunto C-282/10, *Domínguez*.

29 STJUE C-282/12, *Dominguez*, puntos 31-33.

30 Cfr., entre otras, STJUE C-542/09, *Comisión c. Países Bajos*, punto 58 en relación con la admisibilidad de justificaciones fundadas sobre razones de orden financiero o económico para limitar el ejercicio de la libertad de circulación de los trabajadores (al que se encuentra asociado el derecho a no sufrir discriminaciones por nacionalidad).

31 Abogada General Trstenjak, Conclusiones del asunto C-282/12, en especial puntos 159 y 163.

32 A las mismas conclusiones llegan últimamente Caruso y Papa, 2014.

Pese a su reconocimiento, los derechos fundamentales de los trabajadores raramente entran en la jurisdicción del Tribunal de Justicia, estando ésta condicionada a la existencia de una fuente de Derecho derivado que imponga el respeto de los mismos en los ordenamientos de los Estados miembros; e incluso cuando esto sucede, aquéllos no gozan de un estatuto que consienta su invocación ante los tribunales nacionales, como en cambio sucede con el derecho a no ser discriminados. En efecto, la doctrina *Küçükdeveci* no parece utilizable para convertir en exigibles ante los tribunales los derechos de los trabajadores frente a los de los empleadores, ni para inaplicar las normas nacionales que no los respeten.

Si para el Tribunal de Justicia el único derecho judicialmente exigible de manera directa por un trabajador frente al empleador es el de no discriminación (en sus diversas manifestaciones)³³, habría que detenerse a examinar (más de lo que es posible en esta sede) los efectos que semejante enfoque de los derechos fundamentales están produciendo en los sistemas nacionales de bienestar y de derecho del trabajo. Por ahora, baste observar como el derecho a no ser discriminados no es un derecho social, sino civil (el “primero” de los derechos civiles); es decir, que la tutela del trabajador, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se funda exclusivamente sobre el ejercicio de un derecho que no tiene en cuenta la “desigualdad” sustancial y material que caracteriza la condición socio-económica del trabajador. Por este motivo no falta quien, con razón, encuentra en la jurisprudencia europea en materia antidiscriminatoria, si no una causa, sí un decisivo factor de legitimación del proceso de transformación (y desestructuración) de los Estados nacionales. Tal transformación se sustancia en una nueva idea de ciudadanía social “de mercado”, ya no fundada sobre la idea de justicia “sustancial” (según la tradición, precisamente, de los sistemas de bienestar nacionales), esto es, sobre derechos calificables como “sociales” en tanto presuponen la adopción de políticas solidarias y redistributivas; sino más bien sobre la idea (propia de la cultura político-jurídica norteamericana) de “*access justice*” y sobre los derechos “formales/procedimentales”, que atribuyen al individuo la posibilidad de reivindicar los derechos garantizados en un Estado miembro, sin sufrir discriminaciones a causa del propio estatus³⁴. Es cierto que entre estos derechos pueden englobarse los derechos sociales y del trabajo; pero el derecho a ejercitarlos en condiciones de igualdad no dice nada de su contenido sustancial y, por tanto, del nivel de protección que corresponde a su titular³⁵.

33 La sentencia *Küçükdeveci* se refiere a la discriminación por edad, pero evidentemente lo que se ha afirmado en ella vale para todas las otras causas de discriminación recogidas en las Directivas n. 78 y n. 43 del 2000. El estatuto “pleno” de derecho fundamental pertenece por tanto a la prohibición de discriminación por género (a partir de TJCE C-96/80, *Defrenne II*) y por nacionalidad, esta última corolario del principio de libre circulación que se encuentra en la base del proceso de integración europea y del cual se benefician no solo los trabajadores sino también todos los “ciudadanos” de la Unión Europea (por todos, Giubboni 2012).

34 MICKLITZ, 2010; en términos similares también Menéndez 2009 y Giubboni 2014.

35 La ciudadanía “social” europea fundada sobre la lógica individualista del “*access justice*” corre el riesgo de producir efectos de solidaridad a la inversa, precisamente porque el acceso al derecho no refleja opciones políticas “redistributivas” de los Estados (y aún menos de la Unión Europea, carente de un sistema propio

4. FUNCIÓN NEGATIVA DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES Y SU BALANCE CON LAS LIBERTADES ECONÓMICAS

Si los derechos de los trabajadores en el ordenamiento de la Unión Europea encuentran plena tutela solo indirectamente, esto es, a través del derecho antidiscriminatorio, las libertades económicas se benefician en cambio de un estatuto jurídico que las garantiza al máximo nivel. Su naturaleza de “libertades fundamentales” no deriva de la Carta de los Derechos Fundamentales (que sin embargo reconoce la libertad de empresa en el artículo 16) sino de las normas del TFUE que supervisan el funcionamiento del mercado interior. El distinto fundamento jurídico de las libertades de mercado respecto a los derechos sociales y del trabajo explica cómo a la “formal” equiparación entre derechos operada por la Carta no corresponde una identidad de estatuto jurídico en el ordenamiento de la Unión Europea. En cuanto fuentes de Derecho primario de aplicación directa en los ordenamientos nacionales, las normas que reconocen las libertades económicas fundamentales son interpretadas por el Tribunal de Justicia para garantizar su “máxima efectividad”³⁶. Como es sabido, esto ha llevado a los jueces europeos a superar la lógica antidiscriminatoria y a asumir el principio del “mutuo reconocimiento” (o del “país de origen”) como fundamento del proceso de integración del mercado: los Estados miembros no solo no deben tratar de forma desventajosa a los operadores económicos extranjeros respecto de los nacionales, sino que deben reconocerles el derecho de ejercitar la libertad económica en las mismas condiciones previstas en el Estado de origen³⁷. Un principio que, en el ámbito del mercado de servicios tiene su variante en el denominado “*market access test*”, a tenor del cual deben considerarse lesivas de la libertad de prestación de servicios las medidas que obstaculizan o hacen más dificultoso su ejercicio por parte de quien está establecido en otro Estado miembro³⁸.

Precisamente el principio del mutuo reconocimiento constituye el presupuesto teórico que explica la función “negativa” atribuida a los derechos fundamentales de los trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En un contexto de reglas de mercado “favorables” a los procesos desreguladores de competencia a la baja jugada a costa del trabajo, los derechos fundamentales son necesarios para justificar derogaciones a la aplicación de las reglas del mercado

de bienestar), sino estrategias judiciales empleadas por los sujetos más capaces de usarlas, probablemente en detrimento de los trabajadores más débiles que sufragan el coste de sus derechos. Estos efectos son evidentes sobre todo en el ámbito de la jurisprudencia sobre la ciudadanía europea, que ha abierto los sistemas de bienestar nacionales a los ciudadanos de los otros Estados miembros en nombre de “un cierto grado de solidaridad entre los Estados Miembros” (STJCE C-184/99, *Grzelczyk*) con el efecto de alimentar impulsos xenófobos y nacionalistas, precisamente en aquellos países caracterizados por las formas más universales y solidarias de Estado social (como Francia, Reino Unido y los países escandinavos).

36 Por todos, ampliamente, Barnard, 2010.

37 Como es conocido, los *leading cases* son representados por las sentencias del Tribunal de Justicia C-8/74, *Dassonville* y C-120/78, *Cassis de Dijon*, en materia de libre circulación de las mercancías.

38 Con la STJCE C-76/90, *Säger* el principio del “mutuo reconocimiento” se extiende al mercado de los servicios.

interior, o bien para consentir a los Estados miembros la adopción de medidas que limiten el ejercicio de las libertades económicas, y que de otra manera serían inadmisibles.

Pero, a decir verdad, el Tribunal de Justicia ha resuelto el problema de la relación entre reglas de mercado y derechos de los trabajadores también sin recurrir al argumento basado en los derechos fundamentales. Ello ha sucedido así en la notoria sentencia *Albany*, en la cual la no aplicabilidad de las reglas de competencia a fondos de pensiones de naturaleza convencional ha sido reconocida por los jueces europeos considerando la función atribuida por el entonces Tratado de la Comunidad Europea a la autonomía de las partes sociales y al convenio colectivo³⁹. Hay que esperar a los célebres casos *Viking* y *Laval* para que el Tribunal invoque en su argumentación la naturaleza “fundamental” de un derecho de los trabajadores para justificar (en línea de principio) restricciones a la libertad de empresa, invocando la Carta de Derechos Fundamentales antes de que el Tratado de Lisboa la asumiese entre las fuentes primarias del Derecho de la Unión Europea⁴⁰.

Las dos sentencias son totalmente conocidas y no es necesario detenerse en su contenido. Baste aquí evidenciar cómo la referencia al derecho “fundamental” de huelga (reconocido por el art. 28 de la Carta) en el *iter* lógico-jurídico seguido por el Tribunal, constituye el presupuesto para que éste pueda realizar el balance con la libertad económica (de establecimiento en la sentencia *Viking* y de prestación de servicios en la sentencia *Laval*). En otras palabras, el derecho de huelga es reconocido en el plano del ordenamiento de la Unión Europea en cuanto resulta necesario para contraponerlo a una libertad económica fundamental y, en consecuencia, limitarlo.

Por lo demás, en las sentencias *Viking* y *Laval*, la Carta de los Derechos es invocada, junto a otras fuentes de Derecho internacional, en el ámbito de una controversia sindical, esto es, entre sujetos “privados”. El Tribunal en este caso no ha dudado en reconocer la eficacia horizontal del artículo 28 de la Carta, pese a que esta aún no había adquirido valor jurídico; y ello no por que la norma tenga por sí misma tal “eficacia”, sino como reflejo de la eficacia horizontal de las disposiciones del TFUE que reconocen las libertades económicas. En otras palabras, para los jueces supremos europeos los derechos de los trabajadores son invocables en una controversia entre privados solo en respuesta a una acción judicial del empleador, esto es, solo en función “defensiva”. Lo cual es la lógica consecuencia de que sean los empleadores, y no los trabajadores, los titulares de un derecho fundamental plenamente “accionable”, es decir, tutelado tanto frente a los poderes públicos como frente a los sujetos privados.

39 STJUE C-67/96, *Albany*.

40 STJUE C-438/05, *Viking* y C-341/05, *Laval*.

De todo lo que se ha dicho se deduce que el reconocimiento de un derecho fundamental en el ordenamiento de la Unión Europea no preserva el nivel de protección que a tal derecho le garantizan los ordenamientos nacionales, porque no comporta la “inmunidad” de las obligaciones impuestas por el Derecho de la Unión Europea. Lo confirma *a contrario* justamente el caso *Albany*, en el cual para reconocer la inmunidad del convenio colectivo frente a las reglas de la competencia, el Tribunal no ha usado el “lenguaje” de los derechos. Más bien, el reconocimiento del derecho fundamental conduce a una ponderación con otros valores tutelados por el ordenamiento de la Unión Europea, que (obviamente) no tiene que concluir necesariamente con la salvaguarda del derecho. El grado de tutela reconocido a los trabajadores titulares del derecho fundamental depende de la manera en que se aplica el meta-principio de proporcionalidad: la tutela del derecho fundamental se admite si no incide de manera “desproporcionada” en las dinámicas del mercado interior⁴¹. Así, en los casos *Viking* y *Laval*, el derecho de huelga, aunque legalmente ejercitado en base al derecho nacional, ha podido ser sometido a una valoración dirigida a comprobar su legitimidad a la luz de las finalidades perseguidas con el mismo y de los efectos producidos sobre la contraparte⁴².

Es verdad que el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia no considera ponderable con las libertades económicas cualquier derecho, ni utiliza siempre de la misma manera el test de proporcionalidad para llevar a cabo la ponderación. En las sentencias *Omega*⁴³ y *Dynamic Medien*⁴⁴, por ejemplo, la exigencia de tutelar la “dignidad humana” y los derechos de los “menores” ha conducido a los jueces europeos a justificar la imposición de límites al ejercicio de las libertades económicas⁴⁵; y en el caso *Schmidberger*⁴⁶ la libertad de manifestación de un grupo de ambientalistas ha prevalecido sobre la de circulación de las mercancías. Precisamente estos casos son frecuentemente reclamados por quienes sostienen que “otra ponderación” es posible en el ordenamiento de la Unión Europea y que el Tribunal de Justicia, mostrando no tener un enfoque jurisprudencial unívoco en la materia, podría revisar la “doctrina *Laval*” en el futuro⁴⁷.

En mi opinión, sin embargo, los casos indicados no evidencian contradicciones o contrastes internos en la jurisprudencia de los jueces de Luxemburgo, sino que

41 Sobre el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, véase por todos, TRIDIMAS, 2006.

42 Ello ha llevado en la sentencia *Viking* a subordinar la legitimidad de la huelga al principio de la *extrema ratio*, y en la sentencia *Laval* a considerarlo ilegítimo en cuanto se dirija a garantizar condiciones de trabajo superiores a los estándares mínimos fijados en la Directiva 96/71 relativa al desplazamiento de trabajadores.

43 STJCE C-36/02, *Omega*.

44 STJCE C-244/06, *Dynamic Medien*.

45 La distinta postura del Tribunal en los dos casos resueltos en las sentencias *Viking* y *Laval* es evidenciada por Lo Faro 2010.

46 STJCE C-112/00, *Schmidberger*.

47 Entre estos se encuentra también la Abogada General Trstenjak, que en sus conclusiones al caso C-271/08, *Commissione c. Germania* confronta los diversos enfoques del Tribunal de Justicia.

más bien confirman que a los derechos fundamentales se les atribuye un diverso estatuto jurídico según su naturaleza; y confirman que en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia los derechos fundamentales sociales se colocan en un plano de “inferioridad” respecto a los civiles. En efecto, no se puede ignorar que ninguna de las sentencias en cuestión se refería a los derechos de los trabajadores. En el caso *Omega*, como se ha dicho, estaba en juego incluso el valor de la “dignidad de la persona”⁴⁸, que se encuentra en la base de la Constitución alemana y se consagra en el artículo 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales. Y ello explica el diverso éxito de la ponderación con las libertades de mercado.

5. LAS OTRAS FUENTES DE DERECHO INTERNACIONAL; SU RELEVANCIA EN EL ORDENAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA

Las sentencias *Viking* y *Laval* han sacado a la luz el problema de la relación entre el ordenamiento de la Unión Europea y las fuentes internacionales del trabajo, abriendo inéditos escenarios de confrontación y diálogo entre el Tribunal de Justicia y los organismos internacionales encargados de velar por el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores. El problema concierne en primer lugar a los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo y, en el plano regional, a la Carta Social Europea, revisada en 1996 (CSE).

Tanto el Comité de expertos para la aplicación de los Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR) como el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) se han manifestado acerca de la ley que ha adecuado el ordenamiento sueco a la sentencia *Laval* (la denominada *Lex Laval*⁴⁹). Pese a no entrar en el juicio del Tribunal⁵⁰, ambos organismos han considerado la ley sueca contraria a los estándares internacionales en materia de huelga⁵¹. Si el CEACR ha subrayado que el Convenio 87 de la OIT obliga a los Estados que lo han ratificado a garantizar el derecho de huelga y de representación de los trabajadores extranjeros desplazados sobre su territorio, el CEDS ha apreciado una violación de los artículos 6.4 (derecho de huelga) y 19 (tutela de los trabajadores migrantes) de la Carta Social Europea en los obstáculos puestos por la *Lex Laval* a la posibilidad de garantizar

48 El caso *Omega* se refería a la compatibilidad con las reglas de la competencia de una resolución que prohibía practicar en un local un juego de homicidio simulado con pistolas láser.

49 Se trata de la ley 228/2010, que entró en vigor el 15 de abril de 2010.

50 Tanto el CEACR (International Labour Conference, 102nd Session, 2013, *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, Part II, pp. 176–180) como el CEDS (*Swedish Trade Union Confederation (LO) and Swedish Confederation of Professional Employees (TCO) v. Sweden*, recurso 85/2012, decisión del 3 julio 2013) confirman que no entra en sus competencias pronunciarse sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ni en general sobre los vínculos puestos por el Derecho de la Unión Europea, sino solo sobre el respeto de los estándares internacionales por parte de los Estados que han ratificado los Convenios.

51 El CEACR de la OIT se ha pronunciado también sobre los efectos de la sentencia *Viking* en una controversia entre British Airways y el sindicato del personal de vuelo inglés (Balpa), mostrando su preocupación por los efectos que la sentencia del Tribunal puede producir en los ordenamientos nacionales (*Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (2010)*, *ilolex nr 062010GBR087*).

a través de la acción sindical la igualdad de trato entre los trabajadores desplazados y los nacionales.

Se configura, pues, un potencial contraste entre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y las decisiones de los Comités de expertos en materia de huelga, que sin embargo no está necesariamente destinado a desembocar en una revisión de la orientación del primero. Ni el Comité de la OIT ni el CEDS son órganos jurisdiccionales (estando compuestos por “expertos” y no por “jueces”); no por casualidad los jueces de Luxemburgo en las sentencias *Viking* y *Laval* se limitaron a invocar el Convenio n. 87 OIT y la Carta Social Europea, pero no la jurisprudencia de sus respectivos organismos de vigilancia⁵². Y no contribuye a modificar este cuadro la actual ofensiva de la composición empresarial de la OIT contra el derecho de huelga, fundada precisamente sobre la discusión de la consolidada jurisprudencia de los comités de expertos⁵³; una ofensiva que amenaza con desarticular el completo sistema de control que hasta hoy ha permitido la definición de los estándares internacionales del trabajo.

Bien distinto es el peso “jurídico” que el Derecho de la Unión Europea atribuye al Convenio Europeo de Derechos Humanos. En efecto, la Carta de Derechos Fundamentales hace referencia a él para identificar el nivel de protección que habría que garantizar a los derechos fundamentales en el ordenamiento de la Unión Europea (art. 53), y el artículo 6.3 TUE lo invoca explícitamente para precisar que los derechos fundamentales que aquél reconoce “forman parte del derecho de la Unión Europea en cuanto principios generales”. De ello se deduce que el Tribunal de Justicia no puede ignorar la fuente del Consejo de Europa ni prescindir de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como órgano jurisdiccional competente para interpretarla. El Tribunal de Estrasburgo, por otra parte, podría incluso convertirse en el juez de última instancia para valorar el respeto de los derechos en el ordenamiento euro-unitario, si se cumple el proceso de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos prevista por el artículo 6.2 TUE.

Como es conocido, el Convenio Europeo de Derechos Humanos se ocupa de los derechos civiles y políticos, pero el Tribunal de Estrasburgo ha reconocido como derechos humanos también algunos derechos de los trabajadores entendidos como expresiones de los derechos civiles. Esto ha sucedido con los derechos de huelga y negociación colectiva, considerados parte de la libertad de asociación sancionada en el artículo 11 del Convenio y en las conocidas sentencias “turcas”

52 STJUE C-438/05 *Viking*, punto 43 y C-341/05, *Laval*, punto 90.

53 En la 102ª Sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo (2013) la parte empresarial ha discutido la consolidada posición del CEACR y del Comité de expertos sobre la libertad de asociación (CFA) que deduce el reconocimiento del derecho de huelga del Convenio 87, relativo a la libertad de asociación sindical; ello a causa de la supuesta ausencia de competencia de los comités para interpretar los Convenios de la OIT (competencia que correspondería solo al Comité sobre la aplicación de los standard y a la Conferencia). Esta intransigente posición de la parte empresarial ha abierto una crisis del sistema de control de la OIT que aún continúa.

Demir y Baykara y *Enerij Yapi*⁵⁴. Las sentencias son importantes también (y sobre todo) en el plano metodológico, porque el Tribunal ha llegado a esta conclusión a base de una interpretación evolutiva del derecho internacional que le ha llevado a leer el artículo 11 del Convenio a la luz de las fuentes de la OIT y de la Carta Social Europea, tal y como son interpretadas por los respectivos organismos de control. Gracias a esta jurisprudencia, las fuentes del Derecho internacional del trabajo parecen adquirir “indirectamente” valor vinculante en el ordenamiento de la Unión Europea, en cuanto son relevantes para interpretar el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por este motivo parte de la doctrina sostiene que las sentencias “turcas”, configurando un contraste entre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y la del Tribunal de Estrasburgo en materia de derecho de huelga, pueden inducir a los jueces de Luxemburgo a modificar su posición⁵⁵.

Sin embargo, a mi modo de ver este escenario no es previsible, porque no tiene en cuenta la naturaleza completamente peculiar de los casos objeto de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. En particular, en la sentencia *Enerji Yapi* el Tribunal ha considerado lesiva del artículo 11 del Convenio la posibilidad admitida por el ordenamiento turco de prohibir el ejercicio del derecho de huelga para enteras categorías de empleados públicos. No es posible por tanto extraer de tal sentencia indicaciones respecto del distinto problema afrontado por el Tribunal de Justicia en las sentencias *Viking* y *Laval*. Y de otra parte, ni siquiera es sostenible que la jurisprudencia de los comités de expertos de la OIT y de la Carta Social Europea vincule el juicio de los jueces de Estrasburgo; lo confirma la reciente sentencia *RMT*⁵⁶, en la cual la prohibición impuesta a las huelgas de solidaridad por la legislación británica ha sido considerada compatible con el artículo 11 del Convenio, pese a que esa misma legislación haya sido censurada en varias ocasiones por la OIT. Precisamente en esta sentencia el Tribunal Europeo ha aclarado que los Estados gozan de una amplia discrecionalidad al regular el ejercicio de la huelga y que el artículo 11 admite limitaciones también para tutelar intereses económicos de las empresas y, en términos más generales, para perseguir objetivos de política económica⁵⁷.

Todo ello lleva a concluir que el problema de la relación entre el Derecho de la Unión Europea y las otras fuentes de Derecho Internacional queda abierto, y que en la actualidad estas últimas no aportan bases jurídicas sólidas para reforzar el estatuto de los derechos fundamentales de los trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Ciertamente, al Convenio Europeo de Derechos Huma-

54 STEDH de 12.11.2008, *Demir e Baykara c. Turchia* (relativa al derecho a la negociación colectiva) y STEDH de 21.4.2009, *Enerij Japi- Yol Sen c. Turchia* (relativa al derecho de huelga).

55 En este sentido, entre otros, Ewing-Hendy 2010 y De Stefano 2014. Sin embargo, se muestra abierta a acoger los aspectos positivos de la “hibridación entre fuentes supranacionales” Sciarra 2013, 92 ss.

56 STEDH de 8.4.2014, *National Trade Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. Reino Unido*

57 Por otra parte, ello era ya deducible de la precedente jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo sobre el artículo 11 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, en relación con la cual véase Dorssemont, 2013.

nos y a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo se le ha atribuido una relevancia jurídica que no corresponde a los convenios internacionales de Derecho del Trabajo (incluida la Carta Social Europea), y menos a las decisiones de los respectivos organismos encargados de controlar su aplicación. Solo el primero es una referencia ineludible para el Tribunal de Justicia respecto a la determinación del contenido y el nivel de tutela de los derechos fundamentales. Pero el Convenio Europeo de Derechos Humanos por una parte ofrece protección a los derechos de los trabajadores solo si pueden configurarse (también) como expresiones de derechos civiles, y por otra parte admite limitaciones a su ejercicio que se muestran incluso más incisivas que las configuradas por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia sobre el mercado interior.

6. CONCLUSIONES

El análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia conduce a la paradoja con la cual se ha iniciado este trabajo. El estatuto jurídico de los derechos “fundamentales” de los trabajadores en la Unión Europea sigue siendo débil, a pesar de los progresos realizados en los últimos años en el plano de su reconocimiento “formal”. La causa de todo ello radica en la asimetría que aún caracteriza al ordenamiento de la Unión Europea entre dimensión económica y dimensión social: la primera fundada sobre normas directamente exigibles ante los tribunales y exceptuables solo ocasionalmente; la segunda fundada sobre normas no directamente exigibles ante los tribunales y que para adquirir relevancia jurídica necesitan ser desarrolladas por el legislador europeo o nacional. Esta asimetría explica por qué los derechos de los trabajadores, incluso cuando son atraídos por la competencia jurisdiccional del Tribunal de Justicia, no son invocables frente al empleador; y explica también por qué la calificación de un derecho de los trabajadores como “fundamental” puede servir no para una ampliación de su estatuto protector, sino, al contrario, para una limitación que haga su ejercicio compatible con el correcto funcionamiento del mercado.

El advenimiento de la crisis económico-financiera ha ampliado de forma desmedida el ámbito de influencia de las instituciones políticas de la Unión Europea (ellas solas o en concurrencia con el BCE y el FMI) en sectores del Derecho del trabajo y de la protección social de los Estados miembros que están excluidos de las competencias legislativas de la Unión. Ello ha puesto de manifiesto una vez más la fragilidad del sistema de tutela de los derechos fundamentales en el sistema institucional de la Unión Europea, desde el momento en que los jueces europeos no pueden pronunciarse sobre el impacto que las reformas del mercado de trabajo promovidas por la nueva gobernanza económica están produciendo en el nivel de tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores.

Para que el Tribunal de Justicia sea verdaderamente juez de los derechos (también) de los trabajadores y para dar sustancia a los derechos recogidos en el título

IV de la Carta, es necesario reformar la ordenación existente de las instituciones, tarea que concierne a los órganos políticos de la Unión Europea y a los gobiernos de los Estados miembros que determinan sus orientaciones. De todos modos, en el marco de la ordenación existente de las instituciones (*de iure condito*, podría decirse) es posible para el Tribunal abandonar el enfoque que hasta hoy le ha llevado a negar la eficacia directa horizontal de los derechos fundamentales de los trabajadores, impidiendo su plena justiciabilidad. Ciertamente, no se trataría de forzar la letra de la Carta, sino más bien de una revalorización del principio de “indivisibilidad” de los derechos reconocido por la propia Carta. Por otro lado, ello permitiría atenuar en parte los efectos irrazonables producidos por la falta de eficacia directa de las Directivas, que si no son correctamente traspuestas pueden ser exigidas ante los tribunales sólo por los empleados públicos, y no por los trabajadores privados.

Es también posible para el Tribunal de Justicia reconfigurar la relación entre libertades económicas y derechos de los trabajadores (en particular los colectivos), de manera más acorde con las tradiciones nacionales y con las fuentes internacionales del trabajo. Pero para hacer esto no es necesario invocar los derechos fundamentales, también porque, como se ha visto, ello siempre da paso a su “ponderación” con las libertades del mercado y por tanto a su limitación. Más bien es preciso repensar el estatuto jurídico de las libertades de mercado, reforzado por el Tribunal de Justicia bastante más allá de los límites deducibles de las normas de Derecho primario que las reconocen. En particular, es la atribución a tales normas de una “eficacia directa horizontal” la que las convierte en un instrumento del que se hace uso en las controversias sindicales, justificando la ponderación con los derechos. Por tanto, más que reforzar el estatuto de los derechos fundamentales de los trabajadores, sería necesario debilitar el de las libertades económicas, negando a las empresas la posibilidad de invocarlas para limitar la autonomía colectiva de la contraparte contractual y considerando las normas del Tratado que las tutelan como dirigidas exclusivamente a los Estados y a los poderes públicos⁵⁸.

Semejante cambio en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia abriría mayores espacios para el ejercicio de la acción sindical en el ordenamiento de la Unión Europea, pero evidentemente no sería suficiente para preservar el Modelo Social Europeo de los efectos desestructuradores de las políticas de austeridad. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia muestra claramente cómo para garantizar una tutela efectiva de los derechos de los trabajadores no basta su reconocimiento formal. Es necesario un cambio de las políticas económicas europeas, asociado a un reforzamiento del papel y de la participación de los actores socia-

58 Sobre esta perspectiva, cfr. ampliamente Orlandini– Dorssemont 2013, donde se sugiere admitir el uso de las libertades económicas fundamentales en controversias entre sujetos privados solo para preservarles de acciones y comportamientos de naturaleza discriminatoria (en sintonía con los principios acogidos en la sentencia *Kücükdeveci*).

les, cada vez más llamados a repensar la lógica de su acción colectiva adoptando una perspectiva transnacional impuesta por el contexto de un mercado abierto y en libre competencia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Barnard C., *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford, 2010
- Bronzini G., *I diritti dei lavoratori nelle Carte europee dei diritti fondamentali: il ruolo della Corte di giustizia*, Borelli S., Guazzarotti A., Lorenzon S., (a cura di), *I diritti dei lavoratori nelle Carte europee dei diritti fondamentali*, Napoli, 2012
- Caruso B.– Papa V., *I percorsi accidentati della Carta dei diritti fondamentali dell'UE...eppur la talpa scava*, Rivista giuridica del lavoro, 2014, 185
- Cisotta R. – Gallo D., *The Portuguese Constitutional Court Case on Austerity Measures: A Reappraisal*, Kilpatrick C. – De Witte B. (eds.), *Social Rights in Times of Crisis in Eurozone: the Role of Fundamental Rights' Challenges*, EUI WP LAW 2014/05
- De Stefano V., *La protezione del diritto di sciopero nella dialettica tra corti e organi di supervisione internazionali*, Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali, 2014, 461
- Dorssemont F., *The Right to Take Collective Action under Article 11 ECHR*, in Dorssemont F.– Lörcher K. – Schömann I. (eds), *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation*, Oxford and Portland, Oregon, 2013
- Ewing K.– Hendy J., *The Dramatic Implication of Demir and Baykara*, Industrial Law Journal, 2010, 2
- Giubboni S., *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2012
- Giubboni S., *I diritti sociali nell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, Cinelli M.– Giubboni S., *Cittadinanza, lavoro, diritti sociali*, Torino, 2014
- Lo Faro A., *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione*, Rassegna di diritto pubblico europeo, 2010, 419
- Mancini G.F., *Principi fondamentali di diritto del lavoro nell'ordinamento delle Comunità europee*, AA.VV., *Il lavoro nel diritto comunitario e l'ordinamento italiano*, Padova, 1988
- Menéndez A. J. *European Citizenship after Martínez Sala and Baumbast. Has European Union become More Human but Less Social?*, RECON WP 2009/05
- Micklitz H.–W., *Judicial Activism of the European Court of Justice and the Develo-*

ment of the European Social Model in Anti-Discrimination and Consumer Law, Neegard U.- Nielsen R.- Roseberry L. (eds.), *The Role of Courts in Developing a European Social Model*, Copenhagen, 2010

Orlandini G.- Dorssemont F., *Market rules and the right to strike: a different approach*, Rigaux M.- Buelens J.- Latinne A. (eds.), *From Labour Law to Social Competition Law?*, Cambridge- Antwerp- Portland, 2013

Sciarra S., *L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempi di crisi*, Bari, 2013

Tridimas T., *The General Principles of EU Law*, Oxford, 2006

Veneziani B., *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, *Rivista giuridica del lavoro*, 2000, 779

Yannacourou M., *Challenging Austerity Measures Affecting Works Rights at Domestic and International Level. The Case of Greece*, in Kilpatrick C. - De Witte B. (eds.), *Social Rights in Times of Crisis in Eurozone: the Role of Fundamental Rights' Challenges*, EUI WP LAW 2014/05

