

Nunzia Castelli

Sumario: 1. Introducción; 2. Antecedentes; 3. Las soluciones que se ventilan en el ámbito europeo: las propuestas sindicales; 3.1. ... y de la UE. El “informe Monti” y el diagnóstico sobre la situación del mercado único; 3.2. La deficiente protección del derecho de huelga en las propuestas europeas; 3.2.1. El mecanismo de alerta y la operatividad de la “cláusula Monti”; 4. ¿Dificultad de coordinación o incompatibilidad de los modelos de constitución económica europeo y nacional?; 5. El final feliz ... De momento.

1. Introducción

Objetivo principal de este trabajo es comentar las recientes propuestas que dan solución normativa a las hipótesis cada vez más frecuentes de conflicto entre libertades económicas y principios de liberalización del mercado interior y derechos sociales fundamentales (entre ellos, el derecho de huelga) en el espacio europeo, así como sus posibles repercusiones sobre el ordenamiento español.

En los orígenes de estas propuestas está la constatación de la existencia de un proceso de “erosión del apoyo político y social a la integración del mercado en Europa” - un mercado que “es hoy menos popular que nunca” - y por tanto la toma de conciencia de necesidad de elaborar nuevas estrategias “para proteger el mercado único frente al riesgo del nacionalismo económico, para ampliarlo a nuevas áreas de crecimientos de Europa y para lograr un nivel de consenso adecuado en torno al mismo”¹.

El reto se presenta especialmente complejo en un contexto de conflictividad social en alza, en gran medida consecuencia de la reacción ciudadana a las estrategias y respuestas a la grave crisis económica y social actual que (elaboradas desde Europa e impuestas a los Estados miembros), no solo no escatiman en descargar sobre las clases trabajadoras los costes económicos y sociales de la misma², sino que parecen orientadas hacia el sustancial desmantelamiento de los tradicionales mecanismos de equilibrio y compensación de las desigualdades sociales. La crisis ha transcurrido en efecto por distintas fases – financiera, económico-productiva, social, del euro – llegando a alcanzar, sobre todo en los países más sometidos a las tensiones de los mercados derivadas de las deudas soberanas, al propio modelo de Estado social y del bienestar y más en general al modelo de sociedad correspondiente al constitucionalismo social sobre el que se sustenta un ya agonizante modelo social europeo. Ello evidentemente no solo no apunta en la dirección de paliar la creciente desafección de los ciudadanos hacia una Europa claramente alineada con los poderes fuertes, sino que ha contribuido a hacer cada vez más manifiesta la reorientación de las políticas europeas hacia la más estricta ortodoxia neoliberal, acelerando el proceso de despoltización

¹ MONTI, M., *Una nueva estrategia para el mercado único al servicio de la economía y de la sociedad de Europa*, Informe al Presidente de la Comisión Europea José Manuel Barroso, 9 de mayo 2010, pp. 6 y 7.

² ZUFIAUR, J. M., “Las consecuencias sociales de las políticas europeas”, *RL*, n.11/2012, pp. 59 y ss.

de los derechos socio-laborales y de los servicios públicos como paso previo a su desmantelamiento generalizado y su entrega al mercado³.

En esta perspectiva de análisis se ponen en relación varias cuestiones de especial importancia que, si bien han estado más o menos presentes en el debate científico, político, social y sindical nacional y europeo desde los mismos momentos de arranque de aquel proceso de integración en el que se cifra el proyecto europeo, en este momento histórico-político adquieren una especial relevancia puesto que de las soluciones que se ofrezcan a las mismas depende en buena medida la posibilidad de relanzar y relegitimar socialmente un proyecto – el de la construcción europea – que parece cada vez más incapaz de responder y reflejar las reales necesidades y aspiraciones de los ciudadanos que está llamado a representar, mediante la garantía de su participación democrática, asegurando el disfrute de aquellos derechos indispensables para la consecución de una vida digna, así como de ofrecer respuestas políticas e institucionales a la salida de la crisis y la recuperación económica y del empleo. Ésta a su vez, ha puesto de manifiesto no solo la insuficiencia de un modelo de integración incapaz de asegurar solidaridad y unidad entre los pueblos, sino que está haciendo estallar viejas y nuevas tensiones y pulsiones especulativo-proteccionistas.

En este panorama, las principales contradicciones que han ido caracterizando el proceso de integración europea vuelven a manifestarse con toda su virtualidad destructiva. En juego está no solo la pretendida autonomía de los sistemas nacionales de derecho del trabajo y de protección social cada vez más diversificados, claramente eclipsada por la irrefrenable capacidad de *infiltración*⁴ de las reglas supranacionales del mercado y de la competencia, por el proceso de competición regulativa que se legitima y promociona desde Europa⁵ y por los condicionamientos derivados a las políticas macroeconómicas estatal-nacionales del necesario respecto de límites cada vez más rigurosos impuestos desde Europa al déficit y a la deuda pública; en juego está pues la misma viabilidad de un proyecto europeo que constatamos hoy más que nunca especialmente frágil e insuficiente, además de ideológicamente orientado.

Hablar de derecho de huelga en este contexto significa por tanto reivindicar el significado político y democrático del reconocimiento de los derechos sociales y el papel de dinamización democrática del conflicto que no puede ser reducido a la consideración de manifestación de funcionamiento patológico de la sociedad; significa relanzar la necesidad de legitimación social de un sistema político (nacional y europeo) y de un orden económico internacional que han demostrado con creces su inadecuación y su vocación autodestructiva; implica reivindicar un modelo de sociedad inclusivo, plural y democráticamente participado que habrá que reconstruir sobre las cenizas de un modelo social europeo que yace en la cuneta⁶. Eso es así

³ Véase a este propósito las preocupaciones expresadas por la CES en Resolución sobre “Un nuevo impulso social par la estrategia del mercado interior 2010-2015”, aprobada por el Comité Ejecutivo en su reunión de 9-10 de marzo 2010, disponible en la página web: http://www.ccoo.es/comunes/recursos/1/doc19844_Resolucion_de_la_CES_sobre_un_nuevo_impulso_social_para_la_estrategia_del_mercado_interior_2010-2015.pdf.

⁴ Expresión ya clásica fue acuñada por primera vez por LYON-CAEN, G., “L’infiltration du droit du travail par le droit de la concurrence”, *Droit Ouvrier*, 1992, pp. 313 y ss.

⁵ Para una visión general sobre este problema se renvía a: BELLAVISTA A., *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto del lavoro*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” .INT – 47/2006, disponible en la página web: http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/int/bellavista_n47-2006int.pdf.

⁶ Así el título del artículo de ZUFIAUR J. M., “El modelo social europeo en la cuneta”, RL, n. 2/2008, pp. 513 y ss. al que se renvía también para la reconstrucción de los problemas fundamentales que afectan a la construcción de un espacio europeo de protección eficaz de los derechos sociales. Véase también, SCIARRA, S., “Diritto del lavoro e Diritto sociale europeo. Un’analisi delle fonti”, en SCIARRA, S., CARUSO, B., *Il lavoro subordinato*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 1 y ss.

también porque es justamente sobre el ejercicio del derecho de huelga y más en general sobre los derechos de acción sindical cómo de manera más evidente se ha manifestado la radicalidad del planteamiento mercantilista europeo más reciente. Y no es una casualidad.

1. Los antecedentes.

Es de sobra conocido que, en lo relativo a la protección de los derechos colectivos - y del derecho de huelga en especial - en el ordenamiento europeo, buena parte del disenso social, político y sindical se ha manifestado a raíz de los recientes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que han resuelto en sentido favorable a las empresas y a las exigencias de libre acceso al mercado de éstas el conflicto entre ejercicio de los derechos de acción sindical y de huelga y libertad de establecimiento y libre prestación de servicios transnacionales consagradas al más alto nivel del ordenamiento jurídico europeo. La referencia es obviamente a las sentencias emitidas por el TJUE entre 2007 y 2008 en los asuntos Viking⁷, Laval⁸ y Rűfert⁹, fundamentalmente. La notoriedad de los contenidos de estos pronunciamientos judiciales nos exime de un estudio pormenorizado de las mismas, ya llevado acabo magistralmente por otros¹⁰. Se procederá por tanto a recordar brevemente solo los problemas principales y las soluciones jurídicas ofrecidas a los mismos por el Tribunal europeo.

En todas las sentencias mencionadas, las cuestiones principales a resolver eran fundamentalmente dos. Por un lado, se trataba de aclarar si era legítimo que la empresa obtuviera ventajas en la elaboración de sus estrategias de competitividad basadas en la distinta intensidad de la protección de los derechos laborales en la Unión ampliada. Así en el primer caso, se trataba de juzgar la legitimidad de la decisión de una naviera finlandesa de cambiar de abanderamiento a un trasbordador (en ejercicio de la libertad de establecimiento del actual art. 49 TFUE) para aprovecharse de los menores costes salariales derivados de la aplicación de la legislación laboral de Estonia. En los otros casos, se trataba sin embargo de juzgar la legitimidad de la ventaja competitiva obtenida sobre la base de las condiciones de trabajo de un prestador de servicios establecido en un Estado miembro con legislación laboral menos protectora que la aplicable en el país de destino de su actividad económica. En juego estaba por tanto la definición del alcance de la libre prestación de servicios transnacionales (o transfronterizos) del actual art. 56 TFUE, así como los criterios de interpretación y aplicación de la Directiva 96/71/CE, de 16 de diciembre *sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de la libre prestación de servicios* que regula las condiciones de su ejercicio en el espacio europeo¹¹.

⁷ C-438/05, 11 de diciembre de 2007.

⁸ C-341/05, 18 de diciembre de 2007.

⁹ C- 319/06, 3 de abril de 2008.

¹⁰ Véase a este propósito, ORLANDINI G., "Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza", *GDLRI*, n. 2/2008, pp. 237 y ss.; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER M., "Libre prestación de servicios y derecho colectivo del trabajo", *TL*, n. 100/2009, pp. 517 y ss.; En términos más generales y amplios, GOERLICH PESET J. M. (Dir.), *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia*, CES, Madrid, 2011; GUAMÁN HERNÁNDEZ A., *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia*, CES, Madrid, 2011; Gottardi D., "Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione Europea", *GDLRI*, n. 4/2010, pp. 509 y ss.

¹¹ En especial la interpretación y aplicación del art. 3 de la Directiva cuya finalidad es la de hacer compatible el ejercicio de la prestación de servicios transnacional con las exigencias de protección (mínima) de los trabajadores desplazados. A estos efectos, el citado precepto impone la necesaria aplicación a estos trabajadores - durante el tiempo que dure su desplazamiento - de las disposiciones de

La otra cuestión debatida era la relativa a la legitimidad y conformidad al derecho europeo de la acción de los sindicatos que, en defensa de los trabajadores afectados y con el fin de prevenir el efecto de *dumping* social derivado, emprenden acciones colectivas para eliminar, o cuanto menos reducir, la ventaja competitiva mencionada. Lo que se pretendía por parte sindical era evitar la simultánea presencia en el mercado laboral de trabajadores procedentes de otros Estados miembros con condiciones de empleo y trabajo inferiores a las aplicables a los trabajadores autóctonos por los efectos distorsivos de la competencia y debilitadores de intensidad de la protección del trabajo que de ello pudieran derivar. Por eso, con las acciones colectivas emprendidas, los sindicatos convocantes pretendían imponer a la empresa de servicios la aplicación del convenio colectivo vigente en el lugar de prestación de la actividad laboral, unificando así el régimen jurídico-laboral aplicable.

El razonamiento en el que se fundan las decisiones judiciales mencionadas, en buena medida ya elaborado en pronunciamientos anteriores, parte del presupuesto del carácter fundamental tanto de la libertad de establecimiento del art. 49 TFUE, como de la libre prestación de servicios del art. 56 TFUE; carácter fundamental por tanto de las libertades económicas consagradas en los Tratados del que se hacen derivar las siguientes consecuencias:

- En primer lugar, la *eficacia directa horizontal* de las libertades económicas, es decir su capacidad de imponerse, al margen del desarrollo en el derecho derivado de la Unión y de su incorporación al derecho interno, no sólo a las instituciones públicas de los países miembros, sino también a la actividad de sujetos privados (sindicatos de los trabajadores incluidos) que operen en el mercado unificado.
- El carácter necesariamente restrictivo de las limitaciones aplicables a su ejercicio. De ahí que para que los condicionamientos sean conformes al derecho europeo se requiera la demostración de que las restricciones introducidas cumplan con los requisitos de necesidad (restricciones necesarias a la protección del interés general – incluida la protección de los trabajadores), adecuación (restricciones adecuadas para la consecución del fin legítimo compatible con los Tratados) y proporcionalidad (restricciones que no vayan más allá de lo estrictamente necesario a la consecución del objetivo buscado) y que además no supongan una discriminación de los agentes económicos fundamentada en la nacionalidad de los mismos. La aplicación combinada de este principio con el anterior (eficacia directa horizontal de las libertades económicas) lleva al TJUE a extender vínculos y restricciones que el derecho de la Unión impone expresamente solo a los Estados miembros, también a la actividad desempeñada por sujetos privados (sindicatos).
- La necesidad de asegurarse que el interés general que se pretende proteger con las restricciones puestas a las libertades económicas no esté ya suficientemente tutelado por la aplicación al operador económico de la normativa vigente en el país en donde está establecido (en aplicación del principio del reconocimiento mutuo), puesto que, al entender del TJUE, la sujeción de los agentes económicos no sólo a la normativa aplicable en su país de establecimiento (país de origen), sino también de la regulación del país de destino de su actividad económica (incluida por tanto también la relativa a las relaciones y derechos laborales) es, *per se* y al margen de cualquier perfil discriminatorio, idónea para impedir, obstaculizar o *hacer menos interesante* el

protección mínima vigentes en el país de destino de la prestación de servicios y relativas a determinadas condiciones de empleo y trabajo específicamente identificadas. En las sentencias mencionadas, el TJUE se acoge a una interpretación fuertemente restrictiva de este núcleo de disposiciones imperativas de protección mínima, así como de la posibilidad de extender la tutela más allá de los mínimos establecidos (art. 3.10 Directiva). En el mismo sentido, poco después se pronunció el TJUE en la sentencia Comisión Europea *contra* Luxemburgo (Causa C- 319/06), de 19 de junio 2008.

ejercicio de las libertades económicas. De ahí que la regla general aplicable será la de la sujeción del agente económico a la “ley” de su país de origen (país de establecimiento), mientras que la simultánea aplicación de la “ley” del país de destino de su actividad (incluida la normativa de protección del trabajo) se considere meramente excepcional y posible solo si está adecuadamente justificada sobre la base de los mencionados principios de necesidad, adecuación y proporcionalidad. Lo que ahora resulta relevante es que se produzca una restricción del acceso al mercado interior de las empresas, aunque la restricción sea igualmente aplicable a todos los sujetos económicos que operan en el mismo territorio. De esta forma, el TJUE se dispone a juzgar la conformidad al derecho de la Unión de las eventuales restricciones impuestas al ejercicio de las libertades económicas yendo más allá de la tradicional aplicación del test antidiscriminatorio, sustituido por el criterio de libre acceso al mercado¹².

Son éstos los criterios a los que se ajusta la actividad interpretativa del TJUE a la hora de verificar la conformidad al derecho de la Unión de la acción sindical emprendida contra las actuaciones empresariales y es aquí donde más se han concentrado las críticas doctrinales, sociales y sindicales a la solución ofrecida por el TJUE.

Éste interviene en la materia consciente de la falta de competencias de las instituciones europeas¹³ en materia de acción sindical y de huelga¹⁴. Aun así considera su intervención

¹² Así, expresamente, GIUBBONI S., “Libertà di circolazione dei lavoratori e libera prestazione dei servizi nell’ordinamento comunitario”, *Urge Working Paper*, n. 1/2009 disponible en la página web: http://www.urge.it/files/papers/2_wpurge1_2009.pdf.

¹³ La delimitación de los ámbitos sobre los que la Unión está legitimada a intervenir se rige por el “principio de atribución” recogido en el art. 5 TUE en virtud del cual “la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que les atribuyen los Estados Miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinan”. De ahí que “Toda competencia no atribuida a la Unión en los tratados corresponde a los estados miembros”. Para una reconstrucción general de los mecanismos de articulación entre derecho europeo y sistemas nacionales, APARICIO TOVAR J., *Introducción al derecho social de la Unión europea*, Bomarzo, Albacete, 2005.

¹⁴ Ello es así en razón de la tradicional resistencia a la atracción hacia el derecho europeo de las relaciones colectivas de trabajo, consecuencia fundamentalmente de la amplia heterogeneidad de las soluciones regulativas ofrecidas por los distintos ordenamientos nacionales difícilmente reconducibles a unidad, pero también de la arraigada desconfianza y cautela de los agentes sociales hacia posibles intervenciones reguladoras heterónomas sobre materias, como la huelga, que pertenecen quizás más estrechamente que otras, al ámbito de la autonomía colectiva históricamente construida sobre la base de las tradiciones sindicales nacionales. A la mencionada especial sensibilidad del tema se añade un proceso íntimamente contradictorio de rearticulación de la esfera de la acción sindical en el ordenamiento europeo que ha optado por excluir los derechos laborales colectivos de auto-organización y de autotutela de cualquier regulación comunitaria sobre los mismos (art. 153.5 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea -TFUE -, antiguo 37.5 Tratado de la Comunidad Europea - TCE). Contradicción, exaltada por el reconocimiento de la huelga como derecho fundamental de los ciudadanos europeos (art. 28 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea - CDFUE), que deriva tanto de la inconsistencia de un sistema que opta por regular solo algunos de los derechos fundamentales que reconoce, como de la inevitable proyección de los efectos de la huelga sobre el espacio europeo y sobre las libertades económicas fundamentales reconocidas en este ámbito, que implica evidentemente la necesidad de su regulación en este nivel. En este sentido, entre otros, BAYLOS A., “Derechos fundamentales y ciudadanía social en la Unión europea: los derechos colectivos”, en ORTEGA, L., DE LA SIERRA, S., *Estudios de la Unión Europea*, Centro de Estudios Europeos, 2011, pp. 685 y ss. que relaciona esta contradicción con “la incapacidad de construir a nivel europeo los contenidos básicos del constitucionalismo democrático y social tal como se ha ido desarrollando en la gran mayoría de los ordenamientos de la Europa occidental tras la derrota de los fascismos y durante los años 60 y 70 del pasado siglo”, p. 708.

legítima sobre la base del presupuesto según el cual los Estados miembros, a la hora de regular el ejercicio de los derechos fundamentales, han de ajustar su normativa interna y su actuaciones al derecho de la Unión y al necesario respeto de los derechos reconocidos en este nivel, incluso en las materias reservadas a su competencia normativa exclusiva. Recuérdese que a la fecha de emisión de los pronunciamientos comentados todavía no había entrado en vigor el Tratado de Lisboa que, entre otras cosas, incorporó a los Tratados la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) elaborada en Niza en febrero de 2001, dotándola por tanto de aquella eficacia vinculante de la que adolecía hasta entonces. Ello no obstante, el TJUE no tuvo dificultad en reconocer el carácter fundamental del derecho de huelga en cuanto parte de los Principios Generales del Derecho de la Unión que las Cortes europeas están obligadas a garantizar, aunque, como se aclarará enseguida, la solución de los casos concretos no parece coherente con tal reconocimiento. Hay que señalar también que si bien, a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, los derechos de negociación y acción colectiva gozan de reconocimiento expreso en el espacio europeo, su alcance se configura en términos distintos (y más limitados) con respecto a lo que ocurre en los ordenamientos nacionales y en el español en especial. Ello es así no solo porque se condiciona su reconocimiento y posibilidad de ejercicio a la “conformidad con el derecho de la Unión” (art. 28 CDFUE)¹⁵ lo cual puede traducirse en la posibilidad de introducir limitaciones derivadas del necesario respeto de las libertades económicas fundamentales. A este requerimiento se añade una concepción restrictiva de la legitimidad de la acción colectiva que se limita a los casos de conflicto de intereses y de la funcionalidad de la huelga como estrictamente vinculada a las exigencias derivadas de la negociación colectiva.

En cuanto a la legitimidad de la acción colectiva emprendida por los sindicatos, sostiene el Tribunal de Luxemburgo, se trata de actividad que afecta a los derechos económicos reconocidos en el nivel europeo a las empresas de los países miembros en la medida en que, al pretender eliminar la ventaja competitiva buscada por éstas con el ejercicio de las libertades económicas de establecimiento y prestación de servicios transfronterizos, termina por desincentivar el ejercicio de las mismas, anulando los beneficios económicos buscados. Para que ello no se traduzca en una vulneración del derecho europeo es por tanto necesario, al entender del TJUE, verificar que la acción emprendida por los sindicatos persiga un objetivo legítimo compatible con los Tratados – se admite en principio la legitimidad de la acción orientada a la protección de los trabajadores en cuanto considerada razón imperiosa de interés general –, sea necesaria y adecuada para el logro de este objetivo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo. Es esta una de las novedades principales que introduce la jurisprudencia del TJUE: el discutible tránsito mecánico de los límites y vínculos impuestos por los Tratados a la normativa heterónoma (pública) que si extiende también a la autónoma, al margen de cualquier previsión en tal sentido en el derecho originario de la UE. Es justamente la adopción de este “salto lógico” que permite la atracción de los derechos colectivos al mercado y determina la necesidad de someterlos al prioritario respeto de sus reglas de funcionamiento.

Ello explica porque, a la hora de buscar una solución que consiga conciliar el respeto tanto de los derechos fundamentales de trabajadores y sindicatos como de las libertades económicas de los Tratados, estableciendo un sistema de límites recíprocos de los derechos en juego, la solución elaborada por el TJUE termina por imponer una consideración muy restrictiva del derecho de huelga, como medida de último recurso, ejercible sólo en la medida en que se haya

¹⁵ Este condicionamiento se establece también, en términos más generales, en el art. 52.2 CDFUE que expresamente establece la sujeción de todos los derechos reconocidos en la Carta a los límites derivados de la aplicación de los Tratados. Sobre este último aspecto, se renvía a: VENEZIANI, B., “La Corte di giustizia e il trauma del cavallo di Troia”, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 2008, pp. 295 y ss.

comprobado previamente la inexistencia o ineficacia de medios de acción menos invasivos de las libertades económicas. El TJUE entra por tanto no sólo a valorar la oportunidad y adecuación de la medida de conflicto, actividad sin embargo necesariamente reservada a la discrecionalidad de los sindicatos convocantes la huelga en ejercicio de su derecho a la autotutela colectiva, sino que llega incluso a calificar ésta última como medida desproporcionada e incluso inadecuada al conseguimiento de la tutela de los intereses de los trabajadores, en cuanto tal lesiva de la libertad económica fundamental. No se procede por tanto a ponderar los derechos en conflicto buscando un equilibrio entre los límites derivados del necesario respecto de unos y otro, sino que se termina por configurar las libertades económicas como límites internos/externos al derecho de huelga; límites por tanto que condicionan tanto las finalidades perseguidas con la acción colectiva, como las modalidades de ejercicio de la misma ambas sometidas a deber de justificarse.

No sorprende por tanto la alarma social suscitada por estos pronunciamientos¹⁶; alarma justificada en razón de la legitimación por parte del ordenamiento europeo de prácticas y estrategias empresariales orientadas a potenciar su posición competitiva en el mercado a través del aprovechamiento de las distintas intensidades de protección de los derechos laborales en el espacio europeo (a través pues del *dumping* social como estrategia de competitividad empresarial que termina por generar fenómenos de competición a la baja entre sistemas nacionales de derecho del trabajo) y por la visión restrictiva y mercantilista de los derechos laborales, y en especial de los derechos colectivos, reconducidos a la categoría de obstáculos y por tanto de costes y rigideces que es legítimo (y conveniente) querer aligerar en aras a fomentar la liberalización del mercado interior. Alarma derivada también por los efectos devastadores que estas formas de entender el derecho de huelga y el conflicto producen tanto sobre la configuración de un “sindicalismo europeo que busca una dimensión global a su acción de tutela de los trabajadores” como sobre la actividad interpretativa de los jueces y tribunales nacionales¹⁷. Volveremos sobre este aspecto más adelante.

2. Las soluciones que se ventilan en el ámbito europeo: las propuestas sindicales.

Frente a la postura mantenida por el TJUE en estos pronunciamientos, tanto desde la misma Unión Europea como desde el ámbito social y sindical, se han desarrollado propuestas de solución de distinto alcance y procedencia a los problemas e inquietudes planteados.

Por parte sindical, la Confederación Europea de Sindicatos (CES) ha expresado su preocupación por los efectos de la jurisprudencia sentada con estos pronunciamientos y se ha reafirmado en la necesidad de dotar de un “nuevo impulso social” al proyecto de integración europeo que consiga reforzar la protección de los trabajadores frente a la competencia a la baja de salarios

¹⁶ En junio de 2009 más de un centenar de juristas y profesores especializados en Derecho laboral de toda Europa dirigieron una carta abierta a los Jefes de Estado o de Gobierno para expresar su gran inquietud ante el deterioro de los derechos sociales fundamentales y las repercusiones de las recientes sentencias dictadas por el TJUE sobre los derechos de los trabajadores y sus organizaciones. Subrayaban el hecho de que los derechos sociales fundamentales no debían estar subordinados a las libertades del mercado interior y al derecho de la competencia, sino que antes bien debían reconocerse plenamente como condición necesaria para el desarrollo sostenible, económico y social, de la Unión Europea. Documento disponible en la página web: <http://www.etui.org/en/Headline-issues/Viking-Laval-Rueffert-Luxembourg>.

¹⁷ En este sentido, se expresa BAYLOS A., “Derechos fundamentales y ciudadanía social en la Unión europea...”, ob. cit. p. 721. Sobre las consecuencias sobre los ordenamientos nacionales de la doctrina mantenida por el TJUE en los casos mencionados, véase el n. 131/2011 de la Revista *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*.

y condiciones laborales y “equilibrar la circulación de trabajadores y servicios, los derechos fundamentales y las normas sobre competencia”. Por eso, se insiste desde esta instancia en la propuesta de introducir una cláusula o “protocolo de progreso social” en los Tratados y en el derecho derivado de la Unión que obligue a “inmunizar” los derechos fundamentales, así como reconocidos en los ordenamientos nacionales (y entre ellos el derecho de huelga) frente al impacto del mercado único y de las normas sobre competencia¹⁸. Lo que se pretende, en definitiva, es que la actividad interpretativa de los Tribunales nacionales y europeos se ajuste a los siguientes principios:

- el mercado único no puede ser considerado un fin en sí mismo, sino que se ha establecido para lograr progresos sociales para los residentes de la Unión; si así no fuera, la modificación de los objetivos de la Unión realizada con el Tratado de Lisboa confirmaría su contenido meramente “cosmético”;
- las libertades económicas y las reglas de la competencia no pueden tener prioridad sobre los derechos sociales fundamentales y el progreso social¹⁹. En caso de conflicto, los derechos sociales deberán por tanto tener prioridad (tutela preferente);
- las libertades económicas no pueden ser interpretadas como elementos que permitan a las empresas esquivar o eludir las leyes y prácticas laborales y sociales nacionales, o con el propósito de llevar a cabo una competencia desleal sobre salarios y condiciones de trabajo²⁰.

En el mismo sentido y con idéntica finalidad, la CES propone también la revisión de la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores en el sentido de añadir una referencia expresa al principio de «salario igual a trabajo igual» y permitir que el Estado miembro de acogida pueda aplicar condiciones más favorables que las condiciones de trabajo y empleo fundamentales establecidas en el artículo 3, apartado 1, de la mencionada Directiva²¹. No cabe duda de que, si bien se trata de un principio que no consigue emancipar del todo el derecho de libre circulación de trabajadores de su estricta funcionalización a las exigencias derivadas de la tutela preferente otorgada por la Directiva a la prestación de servicios transfronterizos²², su introducción permitiría al menos atenuar los efectos desreguladores más graves generados por la consagración del principio de competencia como criterio ordenador fundamental de las

¹⁸ Resolución de la CES sobre “un nuevo impulso social para la estrategia del mercado interior 2010-2015, disponible en la página web <http://www.etuc.org/>.

¹⁹ En este sentido también se ha expresado el Parlamento Europeo, Resolución legislativa de 22 de octubre de 2008 sobre «*Los retos a los convenios colectivos en la Unión Europea*» (2008/2085(INI)).

²⁰ Resolución “Conseguir el progreso social en el mercado único: propuestas para la protección de los derechos sociales fundamentales y el desplazamiento de trabajadores”, de 7/8 de diciembre de 2011, disponible en la página web: <http://www.ccoo.es/comunes/temp/recursos/99999/1145179.pdf>.

²¹ Actividad ésta que, según la interpretación del TJUE, ha de estar sometidas a límites estrictos y rigurosos. En este sentido se ha manifestado el Tribunal europeo en la sentencia Comisión Europea contra Luxemburgo ya mencionada.

²² No hay que olvidar que los destinatarios de la regulación contenida en la Directiva no solo son los trabajadores desplazados, sino las empresas – en este sentido la Directiva responde a la necesidad de asegurar el ejercicio de la libertad económica reconocidas en el actual art. 56 TFUE y no de el derecho a la libre circulación de los trabajadores del art. 45 TFUE – y que por tanto la Directiva opera en la dirección de asegurar la garantía del reconocimiento del derecho a la libre prestación de servicios, aunque busque al mismo tiempo soluciones de compromiso que permitan conciliar el ejercicio de la libertad económicas, con un mínimo de protección que hay que asegurar también a los trabajadores desplazados.

relaciones entre todos los agentes que operan en el mercado. Lo que se pretende es por tanto emancipar al trabajo de aquella consideración funcionalista y subordinada al ejercicio de las libertades económicas en donde la interpretación mantenida por el TJUE pretende relegarlo.

Para reforzar su planteamiento, la CES recuerda por un lado, la condena por parte del Comité de expertos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de la doctrina mantenida por el TJUE en las sentencias mencionadas por el “efecto restrictivo significativo en el ejercicio del derecho de huelga en la práctica” que de ellas puede derivarse, en abierto contraste con el Convenio C-87 OIT²³. Al mismo tiempo, renvían al art. 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos y a la interpretación del mismo ofrecida recientemente por el Tribunal Europeo de Derechos humanos que se pone en claro contraste con la doctrina mantenida por el TJUE²⁴.

Las propuestas de la CES si por un lado han encontrado el apoyo y el respaldo de distintos grupos políticos en el Parlamento Europeo (S&D, Izquierda y los Verdes), así como en buena medida del Comité Económico y Social²⁵, se han enfrentado a la oposición de la patronal BusinessEurope que, acogiendo favorablemente la interpretación mantenida por las mencionadas sentencias del TJUE, considera sin embargo innecesario proceder a revisar la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores aunque permanezca abierta a la posibilidad de intervenir sobre la misma para aclarar determinados aspectos relativos a la garantía de su adecuado cumplimiento.

3. ... y de la UE. El “informe Monti” y el diagnóstico sobre la situación del mercado único.

Desde las instituciones europeas, las propuestas elaboradas toman como punto de partida el diagnóstico de la situación del mercado único elaborado a partir del ya famoso “informe Monti” de 2010²⁶. Parece necesario por tanto empezar por ahí.

El informe no esconde su clara adhesión a las perspectivas de corte neoliberal según las cuales “aumentar la eficacia del mercado único es la mejor fuente endógena de creación de

²³ Conferencia Internacional del Trabajo, *Informe del Comité de Expertos sobre la Aplicación de los Convenios y Recomendaciones*, 99ª Reunión, 2010, p. 236.

²⁴ Véase las sentencias del TEDH Enezyi Yapi – Yol Sen contra Turquía (demanda 68959/01) de 21 de abril de 2009 y Demir y Baykara contra Turquía (demanda n. 34503/97) de 12 de noviembre de 2008, así como los comentarios de EWING K., HENDY J., “The dramatic implication of Demir and Baykara”, *Industrial Law Journal*, 2010, pp. 2 y ss. y de ORLANDINI G., “La proposta di regolamento Monti II ed il Diritto di sciopero nell’Europa post-Lisbona”, disponible en la página web http://www.europeanrights.eu/public/commenti/Monti_II_final.pdf.

²⁵ Véase, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (CESE) sobre «La dimensión social del mercado interior» (2011/C 44/15), aprobado el 5 de mayo de 2010 y publicado en el Diario Oficial de la UE con fecha de 11 de febrero de 2011. En él, el CESE no excluye la necesidad de “una revisión parcial de la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores a fin de aplicar el principio de lugar de trabajo de una manera coherente que permita establecer por ley que deben aplicarse siempre las mismas condiciones de trabajo y de remuneración para el mismo trabajo en el mismo lugar” y propone además “que se examine la idea de constituir una «Interpol europea de asuntos sociales» que respalde las actividades de las inspecciones laborales de los diferentes Estados miembros (punto 2.8).

²⁶ MONTI, M., *Una nueva estrategia para el mercado único...*, ob. cit. Véase también la Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, “Acta del Mercado Único. Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza. «Juntos por un nuevo crecimiento»”, de 13 de abril de 2011 - COM(2011) 206 final. especialmente punto 2.10 dedicado a la “Cohesión social”.

crecimiento y empleo con que cuenta Europa” (p. 10). Leída al revés esta afirmación se traduce en la siguiente: para asegurar mayores márgenes de crecimiento económico y del empleo es necesario culminar el proceso de liberalización del mercado, removiendo las “múltiple barreras y obstáculos normativos” que “fragmentan el comercio en el interior de la UE y obstaculizan la innovación y la iniciativa económica”, pero también remediando a “la falta de infraestructura física y jurídica” y “de dialogo entre los sistemas administrativos” y abriendo el mercado a “sectores que no existían cuando se concibió inicialmente el mercado único como el comercio electrónico, los servicios innovadores y las ecoindustrias”. Dicho de otro modo, los desajustes registrados en el funcionamiento del mercado único se deben en buena medida, según la visión del actual Presidente del Gobierno italiano, a que “el mercado único”, pese a ser “la idea inicial de Europa” sigue configurándose como “su obra inacabada” (p. 38). De ahí que la solución propuesta apunte – no sin cierta paradoja - por lograr más mercado a través de operaciones de re-regulación que aseguren su centralidad y su pleno despliegue. Lo que se propone es por tanto la elaboración de una nueva “estrategia” que, neutralizando la tentación de una vuelta al nacionalismo económico, especialmente fuerte en el contexto de la grave crisis que azota a Europa, consiga “lograr la plena realización del mercado único” y su supervisión eficaz²⁷.

Es cierto que se admite que parte del problema deriva también de la existencia de ciertas “asimetrías internas entre la integración del mercado a nivel supranacional y la protección social a nivel nacional”; desequilibrios que hay que solucionar en cuanto generadores de “fricciones y (...) fuente de desencanto y hostilidad hacia la apertura del mercado” (p. 70). Sin embargo, según este diagnóstico, fricciones, desencanto y hostilidad serían en gran medida el producto de una *percepción* social que el informe no duda en considerar equivocada, puesto que termina por olvidar la inestimable contribución del mercado único a la mejora, en términos absolutos y relativos, de la situación de los Estados miembros y del empleo²⁸. De ahí que se considere necesario llevar a cabo “una defensa enérgica de los beneficios de la integración del mercado y de una competencia vigorosa, así como diversas iniciativas políticas dirigidas a abordar las preocupaciones más graves y los puntos de tensión entre el mercado único y otros objetivos políticos” (p. 32). En efecto, afirma el informe, si “en la época del Libro Blanco de 1985²⁹, y durante los veinte años siguientes, eran los que se *oponían* a los progresos del mercado, la competencia y la integración, los que debían justificarse”, ahora, y “probablemente durante varios años más, son los que quieren *promover* más mercado, más competencia y más integración (económica), los que tendrán que soportar la «carga de la prueba» frente a la opinión pública y los medios políticos” (p. 24). Y falta les hace, podría añadirse.

²⁷ Así, Carta de misión del Presidente de la Comisión Europea José Manuel Barroso a Mario Monti que acompaña el Informe por éste elaborado.

²⁸ En efecto, a la hora de abordar las “preocupaciones sociales” en torno al mercado único, el informe afirma que la “percepción generalizada (...) de que las reestructuraciones y la deslocalización de las empresas se debe en cierta manera a la insuficiente protección que otorga la UE respecto el resto del mundo, o a la incitación efectiva a la deslocalización en el interior de la UE generada por el mercado único” es “normalmente errónea”, puesto que olvida que “el mercado único ha contribuido considerablemente tanto a la creación de empleo como a la mejora de las condiciones absolutas y relativas de los Estados miembros y de las regiones menos avanzadas”. MONTI, M., *Una nueva estrategia para el mercado único...*, ob. cit. p. 26.

²⁹ La referencia es al Libro Blanco elaborado por el entonces Presidente de la Comisión, Jacques Delors, y el Comisario Lord Cockfield, publicado el 14 de junio de 1985, en el que se expuso por primera vez una lista exhaustiva de los pasos necesarios para suprimir las fronteras en Europa y se fijó el 31 de diciembre de 1992 como plazo para su realización.

A la hora de ofrecer soluciones a la “división entre quienes abogan por una mayor integración del mercado y quienes piensan que la defensa de las libertades económicas y la supresión de las barreras es una forma subrepticia de dismantelar los derechos sociales protegidos a nivel nacional”, el informe descarta radicalmente la viabilidad “a corto plazo” de cualquier modificación del Tratado tanto en el sentido de la introducción de la cláusula para el progreso social propuesta desde la CES, como en el sentido de llegar a la atribución expresa de competencias normativas en materia de huelga a las instituciones europeas. Se propone pues una “tercera estrategia” consistente en la elaboración de dos medidas distintas aunque estrechamente interrelacionadas.

Por un lado, se apunta a la necesidad de “una intervención orientada a coordinar mejor la interacción entre los derechos sociales y las libertades económicas en el sistema de la UE”, de tal forma que se consiga “garantizar un ámbito de acción adecuado para que los sindicatos y los trabajadores defiendan sus intereses y protejan sus derechos con acciones sindicales sin sentirse limitados indebidamente por las normas del mercado único” (p. 73). Para ello, la referencia es a la solución ofrecida por el Reglamento (CE) n. 2679/98 del Consejo de 7 de diciembre de 1998, *sobre el funcionamiento del mercado interior en relación con la libre circulación de mercancías entre los Estados miembros* (conocido como “Reglamento Monti”) que se asume como posible modelo de la futura regulación. La idea es por tanto introducir en el derecho europeo una disposición que garantice que la prestación transfronteriza de servicios “no afecte al derecho a tomar medidas sindicales y al derecho de huelga, protegidos por la Carta Europea de Derechos Fundamentales y las prácticas nacionales conformes al Derecho comunitario”. Es lo que se conoce como “cláusula Monti”. Volveremos sobre la misma.

Además, afirma el informe, “dicha disposición podría complementarse con un sistema de resolución informal de litigios referentes a la aplicación de la Directiva sobre desplazamiento e los trabajadores cuando aquellos supongan el riesgo de causar un impedimento significativo par el funcionamiento del mercado único. En estas situaciones, los interlocutores sociales deberán remitir el asunto al Estado miembro de acogida. El Estado miembro deberá buscar una solución informal, informando a la Comisión así como al Estado miembro de origen de los trabajadores desplazados y de las empresas interesadas. Si las partes rechazan la propuesta, podrán defender libremente sus derechos ante los tribunales” (p. 74). Es evidente que de esta forma, lo que se pretende es subordinar la posibilidad de realizar acciones de conflicto a procedimientos de resolución preventiva del mismo.

Por otra parte, se considera necesario también intervenir sobre la Directiva en materia de desplazamiento de trabajadores³⁰ en función de la necesidad de resolver las ambigüedades que aún afectan a su interpretación y aplicación, “facilitando el acceso a la información, reforzando la cooperación entre las administraciones nacionales y sancionando mejor los abusos” (p. 72). Lo que se pretende en este caso no es por tanto introducir modificaciones en la regulación vigente, sino establecer “un marco común general de disposiciones, medidas y mecanismos de control apropiados” que aseguren su correcta interpretación y aplicación, prevengan y sancionen los abusos y garanticen “un nivel apropiado de protección mínima de los derechos de los trabajadores”, al mismo tiempo que faciliten la libre prestaciones de servicios transfronterizos en el ámbito de una competencia leal³¹.

³⁰ Directiva 96/71/CE ya mencionada, transpuesta al ordenamiento interno español con Ley 45/1999, de 29 de noviembre, *sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacionales*.

³¹ En este sentido se expresa el art. 1 de la Propuesta de Directiva de la que se hablará a continuación en el texto.

3.2. La deficiente protección del derecho de huelga en las propuestas europeas.

Como es sabido, las propuestas contenidas en el Informe Monti han encontrado traducción normativa en la presentación por parte del Consejo de un Reglamento³², – a adoptar sobre la base del art. 352 TFUE –, así como de una nueva Directiva del Parlamento y del Consejo³³.

Se trata de normativas estrictamente interrelacionadas que se autocomplementan recíprocamente³⁴. El objetivo común es establecer un marco normativo adecuado que permita conciliar el ejercicio de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios transnacionales de las empresas con el respecto de los derechos fundamentales al conflicto y a la huelga de los trabajadores y sus organizaciones de representación a través del establecimiento de normas que no solo aseguren que “el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en el contexto de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios” (art. 1 propuesta de Reglamento), sino que además garanticen el efectivo y correcto cumplimiento de la Directiva 96/71/CE y prevengan y sancionen eficazmente los posibles abusos y elusión de las normas vigentes (art. 1 de la propuesta de Directiva).

Es este el sentido que se pretende otorgar a la introducción de la llamada “cláusula Monti”, presente en términos casi idénticos³⁵ en ambas propuestas europeas, que debería servir, en las intenciones de sus promotores, para “inmunizar” el ejercicio del derecho de huelga y de los demás derechos fundamentales – individuales y colectivos - de los trabajadores, así como los reconocidos por sus normativas nacionales, de los efectos derivados de la aplicación de las regulaciones propuestas. El objetivo es por tanto asegurar más amplios márgenes de autonomía a los sistemas nacionales de protección del derecho de huelga, sustrayéndolos a la competencia regulativa entre ordenamientos, bajo el presupuesto de que no existe primacía o derecho de tutela preferente de las libertades económicas reconocidas en los Tratados sobre el ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores. Es este el mensaje que pretende ofrecernos también el art. 2 de la Propuesta de Reglamento cuando afirma que “El ejercicio de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios consagradas en el Tratado respetará el derecho fundamental a adoptar medidas de conflicto colectivo,

³² COM (2012) 130 final de 21 de marzo. Conocido también como “Reglamento Monti II”, puesto que se trata de la versión modificada de una primera propuesta normativa anunciada por la Comisión en la Comunicación de 13 de abril de 2011 “Acta del Mercado Único. Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza” - COM(2011) 206 final - y formalizada

³³ COM (2012) 131 final, de 21 de marzo 2012.

³⁴ Así lo reconoce la misma Exposición de Motivos de la propuesta de Reglamento (punto 3.1)

³⁵ Art.1.2 de la Directiva: “La presente Directiva no afectará en modo alguno al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros y por la legislación de la Unión, en particular el derecho o la libertad de huelga o de emprender otras acciones contempladas en los sistemas de relaciones laborales específicos de los Estados miembros, de acuerdo con la legislación y las prácticas nacionales. Tampoco afecta al derecho a negociar, celebrar y hacer cumplir convenios colectivos y a tomar medidas de conflicto colectivo de acuerdo con la legislación y las prácticas nacionales”. Art. 1.2 del Reglamento: “El presente Reglamento no afectará en modo alguno al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros, incluidos el derecho o la libertad de hacer huelga o de adoptar otras medidas contempladas en los sistemas específicos de relaciones laborales de los Estados miembros de conformidad con las legislaciones y prácticas nacionales. Tampoco afectará al derecho a negociar, celebrar y garantizar el cumplimiento de convenios colectivos y a adoptar medidas de conflicto colectivo de acuerdo con las legislaciones y prácticas nacionales.

incluidos el derecho o la libertad de huelga, y, a la inversa, el ejercicio del derecho fundamental a adoptar medidas de conflicto colectivo, incluidos el derecho o la libertad de huelga, respetará esas libertades económicas”.

Sin embargo, inmediatamente se desvela la contradicción. Tras un precepto aparentemente garantista se esconde el verdadero propósito de la regulación que pretende consagrar en el derecho derivado una interpretación – admisible según cierta lectura del art. 28 CDFUE - realmente poco favorable a la efectiva protección de los derechos sociales en el espacio europeo. En efecto, en la medida en que se establece una aparente relación de equivalencia y de necesario respeto recíproco entre las libertades económicas reconocidas en el nivel europeo y los derechos al conflicto consagrados en el nivel nacional se termina por confirmar – y consagrar en el derecho derivado de la Unión - la virtualidad de las libertades económicas en la determinación los márgenes de admisibilidad del conflicto que pretenda condicionarlas. Se termina pues por acoger expresamente aquella misma interpretación jurisprudencial que era necesario corregir; interpretación tendente a equiparar el efecto restrictivo de las libertades económicas sobre la acción sindical como derivado del que se predica de la indebida intervención pública. El presupuesto ideológico-político de referencia sigue siendo el mismo dogma (neo)liberal que ha inspirado la construcción europea desde sus orígenes: la fe en las capacidades de autorregulación del mercado como condición previa imprescindible para asegurar no solo desarrollo económico, sino también bienestar social, con respecto a la cual cualquier intromisión - pública o privada – que pretenda condicionar al mercado es susceptible de configurarse en términos de verdadera incompatibilidad lógica.

La equiparación entre las acciones directas de los trabajadores (y sus representantes) y los actos de los poderes públicos, ya practicada por el TJUE en las sentencias mencionadas aunque – parece importante recordarlo - no estaba expresamente prevista en los Tratados, confirma la atracción del conflicto sindical al ámbito de las reglas del mercado y legitima la necesidad de una ponderación entre éste y aquellas. Más aún, si el marco de referencia es el de una “economía de mercado abierta y en libre competencia” (art. 119 TFUE), la ponderación se llevará a cabo de forma asimétrica puesto que siempre serán los que pretenden condicionar el mercado (desde la heteronomía y el ejercicio del poder público o desde la autonomía sindical) los que estarán obligados necesariamente a justificarse. Dicho de otra forma y por lo que más interesa a los efectos de estas reflexiones, es la acción sindical que incide sobre las reglas del mercado unificada la que está sujeta a un juicio de valoración tendiente a verificar su legitimidad, con evidentes efectos restrictivos a su ejercicio en concreto³⁶. La finalidad claramente sindical de la actividad emprendida no es en sí suficiente en el espacio europeo para acreditar la legitimidad de los efectos restrictivos derivados de la misma y el juicio de valoración sobre los fines y los medios de la acción sindical se confía a un sujeto tercero (juez), ignorando el principio fundamental de la libertad sindical consistente en el derecho de los trabajadores y de sus organizaciones representativas de elaborar autónomamente (al margen de interferencias externas tanto públicas como privadas) sus estrategias y medios de acción.

Por eso no sorprende que a la hora de identificar los parámetros a los que ha de ajustarse el juicio de ponderación entre los derechos al conflicto y la libertad de mercado, la solución que se ofrece desde Europa recupere el mismo principio de proporcionalidad al que apeló el TJUE a la hora de dar solución jurídica a los conflictos planteados. Dicho de otra forma, la propuesta de Reglamento del Consejo Europeo, al igual de lo ocurrido en las sentencias comentadas, pone en la base de los criterios que han de orientar la solución del caso concreto la necesidad que tanto los Tribunales nacionales como los de la Unión controlen que la acción colectiva emprendida por los trabajadores sea adecuada y coherente con el fin legítimo perseguido y en todo caso proporcionada al mismo (no vaya más allá en la limitación de las libertades

³⁶ Así, eficazmente, ORLANDINI G., “La proposta di regolamento Monti II ...”, ob. cit. p. 9.

económicas de lo estrictamente necesario para alcanzar el objetivo de la protección de los trabajadores desplazados). Es este el sentido de párrafo 4 del art. 3 de la propuesta de Reglamento que insta a los Tribunales nacionales, llamados a dar solución a las controversias que puedan plantearse, a verificar si la medida de conflicto colectivo emprendida por los trabajadores que entre en conflicto con la libertad económica, “no exced(a) de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos, sin perjuicio de la función y las competencias del Tribunal de Justicia, y si lo hace, en qué medida”. Es evidente pues que, de esta forma, se pretende consagrar en el derecho derivado de la Unión lo que hasta ahora es únicamente un criterio jurisprudencial de interpretación, potenciando su capacidad de penetración en los sistemas jurídicos nacionales (obligados a adoptarlo en aplicación del principio de primacía del derecho europeo) y dificultando su eventual futura modificación³⁷.

La propuesta de Reglamento vuelve por tanto a configurar la huelga en el espacio del mercado, como derecho que solo podrá ejercerse dentro, nunca contra el mismo (no es un derecho desmercantilizado). La atracción de la huelga al ámbito del mercado justifica y legitima así su protección subordinada y funcional al respeto preferente otorgado a las libertades económicas que vuelven por tanto a configurarse como derechos sustancialmente absolutos. No hay pues garantía de autonomía de los sistemas nacionales de protección del trabajo, sino que en un acto normativo vinculante y directamente aplicable en los ordenamientos internos de los Estados miembros se cristaliza su reorientación al mercado y a las exigencias de liberalización del mismo, socavando al mismo tiempo toda posibilidad de asegurar niveles de protección más intensos desde el ámbito nacional.

Tampoco parece que la normativa propuesta vaya en la dirección de ofrecer respuestas satisfactorias a los problemas derivados de la inseguridad jurídica derivada de los pronunciamientos del TJUE, puesto que se limita a reiterar la necesaria aplicación del test de proporcionalidad, sin concretar las condiciones y los criterios que han de orientar su manejo. A su vez, la consagración de este principio en el derecho derivado confirma la legitimidad de la transferencia de la titularidad del juicio de oportunidad de la medida de conflicto emprendida desde los sindicatos convocantes al juez investido de la cuestión. Ello si no excluye el riesgo de la elaboración de soluciones divergentes por parte de los jueces nacionales, confirma el escaso respeto del principio de autonomía colectiva y del derecho de autónoma definición de los programas y estrategias sindicales de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores por parte del sistema europeo.

A las perplejidades señaladas se añaden las relativas a la propuesta de reforzar los mecanismos no jurisdiccionales de solución de las controversias laborales en el nivel estatal-nacional para de esta forma intentar reducir el número de cuestiones prejudiciales planteadas frente al TJUE.

A este propósito parece necesario recordar que el Reglamento se ha finalmente desmarcado de la propuesta contenida en el informe Monti de incluir mecanismos de resolución informal de conflictos laborales relacionados con la aplicación de la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores a nivel nacional. Como se lee en la exposición de motivo de la propuesta de Reglamento, ello ha sido consecuencia de la constatación de que “este mecanismo introduciría algún tipo de control prejurisdiccional de las acciones de los sindicatos, que no solo podría crear o constituir un obstáculo adicional al ejercicio efectivo del derecho de huelga, sino que además resultaría incompatible con el artículo 153, apartado 5, del TFUE, que excluye explícitamente las competencias legislativas de la UE en este ámbito”³⁸. También ha desaparecido la invitación a los Estados miembros a constituir mecanismos extrajudiciales de

³⁷ Es esta una preocupación que la CES hace suya en el análisis que realiza del borrador de Reglamento “Monti II”, ETUC, Draft Monti 2 Regulation – Preliminary analysis, de 19 de enero 2012.

³⁸ Así, punto 3.4.3 de la Exposición de Motivos de la propuesta de Reglamento.

solución de las controversias sindicales de relevancia supranacional. El texto definitivo de la propuesta de Reglamento, ha optado más modestamente por imponer a los Estados miembros que ya dispongan de mecanismos extrajudiciales alternativos de resolución de conflictos laborales la obligación de velar “por la igualdad de acceso a tales mecanismos cuando los conflictos alcancen dimensiones transnacionales o transfronterizas (art. 3.1 propuesta de Reglamento), renviando a los interlocutores sociales para que se activen para celebrar “acuerdos a nivel de la Unión” o, en todo caso, “establecer directrices” que orienten el funcionamiento de los sistemas de mediación, conciliación u otros mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos en situaciones transnacionales o transfronterizas (art. 3.2 propuesta de Reglamento).

Lo que se pretende es por tanto asegurar la igualdad de acceso a esos mecanismos por parte de sujetos extranjeros aunque no resulte claro si la activación de los mismos haya que ser obligatoria en todo caso de conflicto con estas características. En este sentido parece apuntar el apartado 3 del mismo precepto cuando aclara que la predisposición de estos procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos no incidirá (y no podía ser de otra forma) sobre el derecho de las partes interesadas a “recurrir a soluciones judiciales para resolver sus litigios o conflictos” que sin embargo parecen activables solo cuando se compruebe que “los mecanismos mencionados en el apartado 1 no permiten resolverlos en un plazo de tiempo razonable”.

Al margen de ello, incluso en el caso, como el español, en donde por un lado los mecanismos de resolución extrajudicial de los conflictos se regulan fundamentalmente desde la autonomía colectiva y se configuran como meramente voluntarios en todo supuesto de huelga, la aplicación del principio de proporcionalidad como criterio de valoración de la legitimidad de la huelga podría suponer que el acceso directo a la huelga por parte sindical se configure como mecanismo siempre desproporcionado si no se ha previamente verificado – a través de la activación del mecanismo alternativo de resolución del conflicto - la existencia de *otros medios*, menos restrictivos de las libertades económicas, para lograr el fin legítimo perseguido.

Nótese además que en la propuesta definitiva de Reglamento ha desaparecido también la referencia a una regla procesal de especial relevancia que identificaba el juez competente para la resolución del conflicto en el Tribunal del país en donde la “acción colectiva se ha iniciado o ha sido organizada”, lo cual hubiera podido funcionar como mecanismo capaz de evitar el llamado “fórum shopping”, hecho posible sin embargo por las normas en la materia contenidas en el Reglamento Bruselas I³⁹ (del que se había servido la empresa en el caso Viking).

3.2.1. El mecanismo de alerta y la operatividad de la “cláusula Monti”.

Finalmente la propuesta de Reglamento establece la predisposición de un especial “mecanismo de alerta” para el caso en que “se produzcan actos o circunstancias graves que afecten a ejercicio efectivo de la libertad de establecimiento o la libre prestación de servicios” que “puedan perturbar seriamente el buen funcionamiento del mercado interior, causar un grave perjuicio a su sistema de relaciones laborales o crear una profunda agitación social en su territorio o en el territorio de otros Estado miembros”. En todos estos casos, el art. 4 de la propuesta de Reglamento obliga a los Estados miembros a informar además del Estado miembro de establecimiento o de origen del prestador de servicios y a los otros eventualmente afectados, también a la misma Comisión, que ve reforzado aun más su papel

³⁹ Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, 22 de diciembre del 2000, *relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, objeto de propuestas de modifica.

de guardiana y protectora del modelo. Al margen de los ulteriores elementos de incertidumbre que produce la no especificación del objeto de la información debida, la similitud con el mecanismo diseñado por los arts. 3 y ss. del Reglamento Monti ya mencionado (Reglamento n. 2679/1998) plantea ulteriores motivos de preocupación.

La finalidad de estos preceptos, elaborados a partir de la jurisprudencia sentada en el caso *Comisión Europea contra República francesa* por el TJUE⁴⁰, era la de establecer una obligación de intervención activa de los Estados miembros a tutela de los principios de libre circulación de las mercancías en el mercado europeo frente a posible acciones obstaculizadoras emprendidas por particulares, de forma tal que la eventual falta de adopción de “todas las medidas necesarias y proporcionadas para eliminar dicho obstáculo” pudiese redundar en una responsabilidad directa del Estado miembro por los daños y perjuicios eventualmente ocasionados. No se establecían sin embargo, responsabilidades directas de los particulares. El presupuesto del que se partía para hacer responsables a los Estados miembros era el según el cual el correcto “cumplimiento de las obligaciones derivadas del Tratado y en particular el buen funcionamiento del mercado interior” supone no solo la obligación para los Estados miembros de “abstenerse de adoptar medidas o conductas que puedan constituir un obstáculo comercial”, sino también la necesidad de “adoptar todas las medidas necesarias y proporcionadas con el fin de facilitar la libre circulación de mercancías en su territorio” (Considerando 3 Reglamento Monti); medidas que la Comisión está legitimada a valorar⁴¹.

Las preocupaciones derivan del hecho que si bien es cierto que el mecanismo de alerta diseñado en la propuesta de Reglamento Monti II difiere del previsto en el Reglamento Monti vigente, puesto que solo se limita a establecer obligaciones de intercambio de información, también es verdad que la omisión de la referencia a obligaciones de intervención directa de los Estados miembros no necesariamente ha de interpretarse en el sentido de que tales obligaciones no existan. La introducción de un mecanismo de alerta que recuerda el del primer Reglamento Monti podría pues responder a la voluntad de establecer, a lado de la responsabilidad directa de los sindicatos que el Reglamento mismo no duda en confirmar, una responsabilidad *indirecta* de los Estados por los daños eventualmente derivados a la libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios del ejercicio considerado injustificado, inadecuado o desproporcionado de la acción colectiva de los trabajadores. Es lo que parece desprenderse de la misma Exposición de motivos de la propuesta de Reglamento, que expresamente identifica la finalidad del mecanismo de alerta del art. 4 justamente en la necesidad de “prevenir y limitar en la medida de lo posible los eventuales daños”⁴² producidos a las libertades económicas. A pesar de que la capacidad de intervención de los Estados miembros sobre el conflicto está en buena medida predeterminada por la configuración del sistema normativo nacional que delimita las competencias y funciones de las instituciones públicas en la materia, la definitiva aprobación de la regulación propuesta podría impulsar revisiones tanto en el marco normativo nacional como en la interpretación que de ello puedan

⁴⁰ Causa C-265/95 de 9 de diciembre de 1997. Es la famosa sentencia a través de la cual el TJUE condena tanto las acciones de protestas contra la importación de fruta y hortalizas desde España protagonizadas por grupos de agricultores franceses por los efectos obstaculizadores producidos sobre el pleno funcionamiento de la libertad de circulación de mercancías, como la insuficiente respuesta del Estado francés para hacer cesar las protestas que ponen en peligro sobre su territorio la libre circulación de determinados productos agrícolas originarios de otros Estados miembros e impedir que se reproduzcan dichos actos.

⁴¹ Para un detenido análisis de la misma en relación con el ejercicio del derecho de huelga, ORLANDINI G., *Sciopero e servizi pubblici essenziali nel processo di integrazione europea*, Giappichelli, Torino, 2003, especialmente pp. 245 y ss.

⁴² Así punto 3.4.5 de la Exposición de Motivos.

dar los tribunales nacionales, con ulteriores efectos restrictivos sobre el ejercicio de los derechos colectivos.

A partir de los problemas puestos de manifiesto, se puede volver a valorar el significado de la introducción de la llamada “cláusula Monti” como mecanismo que permitiría, en las intenciones de su promotor y de la UE, poner a salvo los derechos fundamentales de los trabajadores (entre ellos, el derecho de huelga) tal como están reconocidos en sus ordenamientos nacionales, de los efectos desreguladores derivados de la aplicación de las libertades económicas. Las perplejidades conciernen tanto la configuración de la protección de los derechos colectivos de los trabajadores en el espacio europeo no como “una aplicación del derecho comunitario” sino como “una suerte de «derogación singular» de la constitución económica supranacional, una «excepción» a la misma, configurada en los términos de «inmunidad» como en el derecho británico la huelga respecto del *Common Law*”⁴³, como su efectiva capacidad de “inmunización” del ejercicio del derecho de huelga. No se entiende en efecto como sea posible hacer compatible la configuración de la huelga y de los derechos colectivos como obstáculos potenciales a la liberalización del mercado y por tanto susceptibles de venir condicionados (es decir limitados y restringidos) por el necesario respecto debido a las libertades económicas consagradas en los Tratados (contenido en el art. 2 de la propuesta de Reglamento) y al mismo tiempo afirmar la existencia de un espacio de inmunidad de los mismos frente al ejercicio de las libertades económicas. Dicho de otra forma, o el “ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros, incluido el derecho o la libertad de hacer huelga o de adoptar otras medidas contempladas en los sistemas específicos de relaciones laborales de los Estados miembros de conformidad con las legislaciones y prácticas nacionales”, queda exento de los posibles condicionamientos derivados del reconocimiento de las libertades económicas en el espacio europeo (como pretende el art. 1.2 de la propuesta de Reglamento) o, por el contrario, “el ejercicio del derecho fundamental a adoptar medidas de conflicto colectivo, incluidos el derecho o la libertad de huelga respetará esas libertades económicas” (como impone el art. 2 de la propuesta de Reglamento), no siendo admisible la simultánea aplicación de ambos supuestos⁴⁴.

4. ¿Dificultad de coordinación o incompatibilidad de los modelos de constitución económica europeo y nacional?

Se manifiesta aquí en todo su alcance la fundamental gran contradicción que ha marcado el proceso de integración europeo al menos desde finales de los años 80 del siglo pasado y que sigue sustancialmente sin resolverse. La referencia es a la cada vez más problemática coordinación con los valores dominantes en la Constitución económica europea, entendida ésta como el conjunto de principios fundamentales que gobiernan y definen los márgenes de actuación e intervención gubernativa en materia económica⁴⁵, así como el papel de las

⁴³ Así, BAYLOS A., “Derechos fundamentales y ciudadanía social ...”, ob. cit., p. 714 que subraya el contraste de esta perspectiva con la asunción por parte de las tradiciones constitucionales nacionales

⁴⁴ En este sentido, ORLANDINI G., *La proposta di regolamento Monti II ed il diritto di sciopero nell'Europa post-Lisbona*, comentario disponible en la página web http://www.europeanrights.eu/public/commenti/Monti_II_final.pdf que subraya también la diferente operatividad de dicha cláusula en el Reglamento Monti cuyo objetivo es aquí el de evitar que el mecanismo de alerta que introduce pueda ser activado en presencia de acciones sindicales, siendo sin embargo aplicable a otro tipo de acciones colectivas (como manifestaciones y protestas). Lo mismo no es predicable sin embargo para el Reglamento Monti II que se elabora justamente para el caso de conflictos de naturaleza propiamente sindical.

⁴⁵ Así, GIUBBONI, S., *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 27.

instituciones públicas en el mercado, sobre todo a partir del viraje en sentido claramente neoliberal de las políticas europeas definitivamente emprendido a partir, fundamentalmente, de la firma del Tratado de Maastricht en 1992⁴⁶. Constitución económica europea marcada por el tardío e inacabado reconocimiento a los derechos sociales de la misma relevancia constitucional otorgada sin embargo a las libertades económicas y por tanto por un ya crónico desequilibrio entre objetivos de integración económica (entendida ésta fundamentalmente en términos de liberalización de los mercados y remoción de los obstáculos, legales, administrativos y materiales al ejercicio de las libertades económicas – integración negativa -) y objetivos de integración (armonización) en campo más propiamente social. A ello hay que añadir el creciente activismo de las instituciones europeas - con el TJUE, BCE y la Comisión en la cabeza – en la asunción de cada vez más rigurosas y penetrantes funciones de control del respecto por parte de los países miembros de la centralidad asignada al mercado y a la tutela preferente de las libertades económicas en el espacio europeo; activismo dirigido a controlar la actuación pública en el mercado en función de la necesidad de que ésta no se traduzca en una alteración de las reglas de su funcionamiento y en la asignación de una centralidad indiscutida al principio de reconocimiento mutuo que exacerba la competencias entre ordenamientos y fortalece la lógica del mercado⁴⁷; activismo finalmente que, empezado en Maastricht, se ha reforzado ulteriormente a partir de la crisis griega y de las políticas y medidas llevadas a cabo desde Europa a partir de entonces.

La priorización de los objetivos de integración negativa en el proyecto de construcción europea, así como la condena de cualquier actuación (pública o privada) procedente del nivel estatal-nacional - aunque justificada por la necesidad de asegurar protección a los trabajadores - que pueda suponer un entorpecimiento aunque sólo potencial a la liberalización

⁴⁶ Al margen de las innovaciones introducidas en el plan institucional, relativas fundamentalmente a la creación de la Unión Europea, es con el Tratado de Maastricht que se institucionaliza el objetivo de la creación de una Unión no sólo Económica sino también Monetaria (UEM), a través de un proceso de carácter progresivo que, empezado en 1990, tenía que terminar, el 1 de enero de 1999 con la implantación del euro como moneda única europea. Para ello se pone en marcha el proyecto de constitución del Banco Central Europeo, dentro del Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC), como órgano técnico, independiente del poder político, hacia el cual, sin embargo, se desplaza la función de definir las grandes líneas de las políticas económicas y monetarias europeas. También en Maastricht se ponen las bases para la definición de las condiciones y presupuestos de obligado cumplimiento para aquellos Estados miembros que quisieran integrarse en la UEM. Son lo que se conocen como “criterios de convergencia”, una serie de parámetros económicos y monetarios que fijan límites al déficit público, a la deuda pública y a los tipos de cambio nacionales en función de la exigencias de asegurar la estabilidad de los precios y por tanto el mantenimiento del poder adquisitivo de la moneda única, objeto de sucesivas reformas. Para un análisis de las transformaciones derivadas del Tratado de Maastricht sobre el modelo de constitución económica europea, MAESTRO BUELGA, G., “Constitución económica y modelo social europeo”, Boletín de la Academia Vasca de Derecho, n. 15/2008, pp. 49 y ss. que las interpreta en términos de sustancial continuidad con el ordoliberalismo de la primera fase de la integración europea.

⁴⁷ Se habla a este propósito de la paradoja entre el establecimiento de mecanismos débiles de gobierno económico, hechos aun más necesarios a partir del establecimiento de la UEM, que sin embargo se configuran en términos de meras competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros (“gobierno débil” que prefigura un intervencionismo débil de las instituciones públicas en el mercado, en línea por otra parte con la centralidad y autonomía otorgada al mercado) al margen de la elaboración eficaces instrumentos que permitan realizar las orientaciones generales de políticas económicas elaboradas en el nivel europeo, y la necesidad de su compensación a través del establecimiento de mecanismos fuertes de control – ligados al necesario respecto de las políticas monetarias y a los límites derivados de la disciplina presupuestaria – que redundan en una evidente condicionamiento de los instrumentos de intervención social nacional. Así MAESTRO BUELGA G., “El sistema de competencias en la Constitución económica europea: Unión y Estados miembros”, *ReDCE*, n. 5/2006, p. 65 y ss.

del mercado interior termina por ofrecer, desde la óptica europea, una representación distorsionada de la función asignada a los derechos socio-laborales y entre ellos a los derechos colectivos, que ensombrece su virtualidad para funcionar como mecanismos imprescindibles de redistribución de recursos y poder en un sistema – el de mercado – que por su propia naturaleza tiende sin embargo a concentrarlos. No hace falta recordar como los derechos socio-laborales se han erigido en el presupuesto básico sobre el que ha fundamentado históricamente del pacto social subyacente al modelo económico propio del Estado social: la aceptación del sistema de mercado como sistema fundamental de organización económica y social del Estado ha de acompañarse con su coordinación con los valores democráticos a los que se inspira el ordenamiento en su conjunto y por tanto con la necesaria intervención pública correctora del mercado que, en función de la necesidad de tutela de los sujetos más débiles, asegure la satisfacción de las necesidades sociales a través de su sustracción a las reglas del mercado.

En el modelo de constitución económica europea, la solidaridad “ya no responde a un modelo distributivo y a una lógica interventora de corrección del mercado, sino que se inserta en él” de forma tal que la intervención social se explica, legitima y permite en función de la necesidad de fomentar “la capacidad de competir de las personas en el mercado” en una lógica concurrencial (solidaridad competitiva) y remercantilizadora (*workfare*) que no encuentra cabida en el constitucionalismo social⁴⁸. No es sólo que se demora desde siempre la efectiva introducción de un vínculo social al mercado análogo al que caracteriza a la mayoría de las Constituciones democráticas europeas, sino que son las políticas sociales y los derechos socio-laborales reconocidos tanto en el nivel estatal-nacional, como en el mismo nivel europeo que resultan condicionados *ab origine* por el prioritario respecto de las reglas que ordenan la competencia en el mercado interior. Es lo que se ha llamado “síndrome del vínculo externo” para resaltar la existencia de “un virtual conflicto entre valores sociales propios de las Constituciones nacionales y las concretas modalidades de ejercicio de la soberanía cedida a los centros de regulación supranacionales, que se mueven en un marco constitucional distinto, basado en los acuerdos y en los Tratados constitutivos”⁴⁹. Y ello sin que el modelo pueda considerarse realmente modificado ni por la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, ni menos aun por el renovado protagonismo de políticas interventoras propiciadas por la crisis del euro que siguen enmarcándose en la misma “relación subordinada del poder político al mercado”⁵⁰.

No sorprende por tanto que el TJUE lleve a cabo una interpretación de la operatividad del derecho de huelga más asimilable a su reconstrucción en términos de mera libertad, en cuanto tal, condicionada por la necesidad de ejercerse dentro de los límites derivados del necesario respecto de las libertades de los demás (operadores económicos). Subyace aquí una visión remercantilizadora del significado del trabajo, reconstruido en términos de empleo y por tanto de mercado, de mero factor de la producción, y despojado de su significación política de instrumento y puerta de acceso a aquel conjunto de derechos que conforman la ciudadanía social.

⁴⁸ Así, profusamente, MAESTRO BUELGA G., “Constitución económica y modelo social...”, ob. cit. especialmente pp. 77-78.

⁴⁹ D’ANTONA, M., “Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi d’identità?”, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 1/1998, pp. 311 y ss y también en, CARUSO, B., SCIARRA, S. (a cura di), *Massimo D’Antona. Opere*, tomo I Giuffrè, Milano, 2000, pp. 221 y ss.

⁵⁰ Así MAESTRO BUELGA, G., “El Tratado de Lisboa y la constitución económica”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.9/2008, pp. 37 y ss. que habla a este propósito de “keynesianismo perverso” (p.40). En el mismo sentido, LASA LÓPEZ, A., “Derechos de conflicto y razones del mercado: caracterización jurídica de la huelga en el derecho comunitario europeo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 13/2010, pp. 291 y ss.

El problema, como ya se ha adelantado, es solo en parte nuevo. Lo que pasa es que lo que antes se reconstruía en términos de mera dificultad de coordinación entre modelos constitucionales distintos, ahora se presenta en los términos de una real contraposición, tan peligrosa en cuanto tendiente a socavar los presupuestos básicos sobre los que se ha construido el constitucionalismo a nivel estatal-nacional. Ya no se trata pues de evidenciar el contraste, incluso la contraposición entre modelos constitucionales distintos y por muchos aspectos antitéticos, sino de denunciar los efectos desreguladores que esta contraposición produce sobre los sistemas nacionales de protección social y del trabajo, obligados a reorientarse hacia lo imperativos economicistas del modelo supra-ordenado. Un modelo que no solo ha pretendido prescindir de formas democráticas de legitimación social y política, sino que, aprovechando el actual contexto de crisis económica, social y político-institucional, tiende cada vez más a considerar la legitimación social y democrática como algo innecesario y hasta inconveniente. De ahí el menosprecio a la actividad y acción sindical y a su consideración de medio a través del cual se canaliza la participación democrática de los ciudadanos desiguales; de ahí la falta de consideración de la autonomía colectiva y del papel del sindicato como agente económico y social portador de un proyecto político alternativo de sociedad.

5. El final feliz...de momento.

Este sistema de construcción política del espacio europeo parece haber agotado sus posibilidades de desarrollo. Así como admite el mismo Informe Monti y la distintas instituciones europeas, para poder seguir prosperando el proyecto europeo necesita repensar y reconstruir su base de legitimación social y política; necesita recuperar el consenso de la ciudadanía renovando las bases del pacto social subyacente.

Buena muestra de ello la encontramos analizando justamente los efectos de la masiva respuesta social de rechazo a aquellas mismas propuestas de regulación objeto de estas reflexiones que ha obligado a la Comisión europea a retirar, casi al final del año (el 12 de septiembre de 2012), su propuesta de Reglamento (Monti II). La respuesta social y sindical a la misma había impulsado a muchos Parlamentos nacionales⁵¹ a activar, por primera vez desde su introducción con el Tratado de Lisboa, el llamado “procedimiento de tarjeta amarilla” (*yellow card procedure*) que permite contestar iniciativas legislativas europeas cuando se consideren lesivas del principio de subsidiariedad y por tanto de su soberanía nacional⁵².

A pesar de que la decisión ha sido tomada no tanto sobre la base de que la Comisión acogiera las razones alegadas por las cámaras legislativas nacionales, sino por la evidente dificultad de alcanzar el consenso político necesario para su concreta aprobación por parte del Parlamento y del Consejo europeo, lo cierto es que lo ocurrido contribuye a confirmar la importancia del papel del sindicato europeo como actor social internacional capaz de poner freno a la lógica mercantilizadora que subyace al proceso de integración europea e inspira las intervenciones de las instituciones europeas, así como la necesidad de legitimación social de las políticas europeas. No es esta la primera vez que ello ocurre. Hay precedentes significativos.

⁵¹ Se trata de los Parlamentos de Bélgica, Dinamarca, Francia, Holanda, Letonia, Luxemburgo, Malta, Polonia, Portugal, Reino Unido y Suecia que el 22 de mayo pasado, en el respecto del plazo de 8 semanas fijado, han presentado sus discrepancias a las instituciones europeas. Según el sistema de votos establecido en Lisboa, estos Parlamentos representan 19 de los 54 votos totales, es decir, más de 1/3 de los mismos. A destacar sin embargo la ausencia del parlamento español en esa lista.

⁵² Véase, Protocolo n. 2 del Tratado de Lisboa en donde se establece que si al menos una tercera parte de los Parlamentos nacionales presentan opiniones razonadas sobre la no conformidad de las propuestas legislativa europeas al principio de subsidiariedad, las instituciones europeas tendrán que revisarlas, pudiendo elegir entre confirmarlas, modificarlas o retirarlas.

Especialmente famoso ha sido el rechazo social canalizados por el sindicalismo europeo contra la propuesta de Directiva relativa a los servicios en el mercado interior (conocida como Directiva *Bolkestein* por el nombre del Comisario europeo para el mercado interno proponente Frits Bolkestein) que ha conseguido su reformulación en el sentido de eliminar cualquier referencia a la pretendida generalización de la aplicación de las regla de la sujeción del prestador de servicios a la regulación aplicable únicamente en su país de establecimiento⁵³. Otra experiencia significativa en este sentido ha sido la que ha llevado a renunciar a la propuesta de reformulación de la normativa europea en materia de tiempo de trabajo (y fundamentalmente de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 4 de noviembre, *relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo*) para autorizar jornadas laborales de hasta 65 horas semanales⁵⁴.

Es cierto que la renuncia a la aprobación del Reglamento Monti II no modifica el cuadro ideológico de referencia ni contribuye a resolver todos los problemas derivados de las insuficiencias del modelo social europeo y de la protección de los derechos fundamentales en este espacio que solo pueden ser atajados modificando el cuadro de valores que presiden a la construcción europea y por tanto interviniendo sobre el derecho originario y no solo sobre el derivado. A pesar de ello, parece posible afirmar que quizás estas experiencias contribuyen a demostrar la inviabilidad de proyectos políticos elaborados al margen del consenso y de la participación democrática de todos los ciudadanos y con ello la persistencia de la necesidad de dotar de legitimación social, política y democrática al Gobierno nacional y europeo. Lo que sí ponen de manifiesto es la evidente impopularidad de políticas y medidas que se apoyen en los postulados neoliberales del capitalismo actual, contradiciendo así su pretendida configuración como el sistema que más y mejor asegura libertad (y bienestar social).

⁵³ El texto finalmente aprobado ha dado lugar a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento europeo y del Consejo del 12 de diciembre, *relativa a los servicios en el mercado interior*. Para su análisis, se renvía a LLOBERA VILA M., "La liberalización de los servicios en el mercado interior: la «Directiva Bolkestein», subcontratación y movilidad transnacional de trabajadores", *RDS*, n. 36/2006, pp. 59 y ss.

⁵⁴ Para un análisis crítico de la misma se renvía a: TRILLO PÁRRAGA F. J., "65 horas. ¿Hacia donde camina Europa", *La Factoría*, n. 35/2008, pp. 30 y ss. Véase también la publicación n. 69 de junio de 2008 del Observatorio Sociolaboral de la Fundación Sindical de Estudios de Comisiones Obreras dedicado monográficamente a este tema.