

LA LIBERTAD ECONÓMICA DE MOVILIDAD TEMPORAL DE TRABAJADORES COMPATIBLE CON EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS SOCIALES COLECTIVOS

Milagros ALONSO BRAVO

*Profesora Contratada. Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Valladolid*

SUMARIO

I.-LA GARANTÍA DEL ORDEN PÚBLICO LABORAL EN LOS DESPLAZAMIENTOS TEMPORALES DE TRABAJADORES A ESPAÑA. A. Las obligaciones materiales de los prestadores de servicios en un marco transnacional; B. El entendimiento de las obligaciones formales del prestador del servicio compatible con las libertades económicas II.-EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS SOCIALES COLECTIVOS Y LAS LIBERTADES ECONÓMICAS EN LA UNIÓN EUROPEA. A. La adecuación del contenido material de la Ley 45/1999 al Derecho comunitario: los derechos sociales colectivos; B. El equilibrio ponderado de los derechos sociales colectivos y las libertades económicas en los desplazamientos temporales transnacionales de trabajadores; C. El derecho de libertad de empresa en el conjunto del sistema pluralista de relaciones laborales tras la Constitución Española de 1978: las claves para la solución del conflicto. III.-CONCLUSIÓN. IV.-BIBLIOGRAFÍA.

I. LA GARANTÍA DEL ORDEN PÚBLICO LABORAL EN LOS DESPLAZAMIENTOS TEMPORALES DE TRABAJADORES A ESPAÑA

A. LAS OBLIGACIONES MATERIALES DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS EN UN MARCO TRANSNACIONAL

La consecución del Mercado Único europeo, objetivo prioritario para el que se constituyen las Comunidades¹, se relanza y concreta desde el Acta Única Europea (1-VII-1987) en la creación de un espacio sin fronteras donde estén garantizadas, la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. Según esta concepción, la desaparición de obstáculos a las libertades de circulación comunitarias es requisito necesario para la realización del Mercado interior. En el marco del ejercicio de estas libertades, concretamente de la libertad de prestación de servicios, se plantea la necesidad de buscar soluciones a los desafíos planteados por la descentralización productiva transnacional. Fruto de la globalización económica, las empresas desplazan a sus trabajadores con carácter

¹ Así estaba previsto en el Art. 3 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea originario.

temporal para prestar un servicio en el territorio de un Estado miembro distinto a aquel en el que trabajan habitualmente. El auge de las prestaciones de servicios de carácter transnacional en el interior de la Comunidad Europea ha incidido en la circulación de los trabajadores. Así, la concepción originaria de la libre circulación de trabajadores tenía como finalidad que los trabajadores de un determinado Estado Miembro se desplazaran a otro Estado para acceder a un empleo. Las prestaciones transnacionales de servicios han dado lugar a una nueva circulación de trabajadores que consiste en el desplazamiento temporal de trabajadores por la empresa que tiene que prestar un servicio en otro Estado distinto de su país de establecimiento y lo hace acompañada de sus propios trabajadores, desplazándolos al territorio del país donde deben prestarse los servicios, por el tiempo de duración limitada y temporal de esa prestación.

Las divergencias existentes en las regulaciones jurídicas de los distintos Estados Miembros, hacen necesario determinar la norma aplicable con la finalidad de evitar la competencia desleal entre empresas a la vez que se proteja a los trabajadores desplazados. Este propósito, tal y como consta expresamente en su Exposición de Motivos, llevó a buscar soluciones a este fenómeno a través de la aplicación de la Directiva 96/71CE², del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, con fundamento jurídico en el art. 56 TFUE³.

La Directiva 96/71 no hace más que mediar en su momento en el conflicto entre los aspectos económicos y sociales que plantean este tipo de desplazamientos transnacionales⁴, en cuanto las empresas establecidas en países con niveles de protección laboral y social más bajos obtendrían una ventaja competitiva frente a empresas establecidas en Estados con niveles de protección social y costes laborales más elevados, en detrimento de los derechos de los trabajadores desplazados y de los propios trabajadores del país de destino. Esto es, se trata de evitar la competencia desleal entre las empresas por favorecer el *dumping social*. Dicho en otros términos, la aparición de esta norma específica va fundamentalmente dirigida a garantizar una ordenación del mercado interior de servicios al margen de cualquier práctica que, derivada de estos desplazamientos temporales de trabajadores, distorsione la competencia. Dicho esto, no debemos olvidar que la intervención comunitaria iba también dirigida a la consecución de otro objetivo, también económico, cual era garantizar la supervivencia de los

² Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento temporal de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

³ Las referencias al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y al Tratado de la Unión Europea (TUE) se hacen a las versiones consolidadas tal y como resultan del Tratado de Lisboa por el que se modifica el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y el Tratado de la Unión Europea (DOCE 17/12/2007). La entrada en vigor del Tratado de Lisboa se ha producido el 1 de diciembre de 2009.

⁴ En el intento de justificar el respeto por la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios del Mercado interior del equilibrio por el que optó la Directiva 96/71, vid. AA. VV., *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, CES CyL, 2010, pp. 715-745.

mercados de trabajo nacionales, fuertemente atacados en estos casos de prestación de servicios transnacionales de servicios⁵.

La norma, situada en el objetivo fundamental de garantizar la libre prestación de servicios, prevé una serie de garantías para evitar la competencia desleal, en un intento de proteger los mercados nacionales de trabajo así como a los trabajadores afectados. Así fija un núcleo duro de disposiciones que el proveedor de los servicios deberá observar, que se traduce en la obligatoriedad de respetar determinadas condiciones de trabajo reguladas en la normativa del país al que el trabajador es desplazado temporalmente en el marco de una prestación de servicios transnacional, con independencia de cual sea la legislación aplicable a la relación de trabajo. En la enumeración de tales condiciones laborales mínimas, y con excepción del salario, se incluyen aquellas sobre las que existe un mayor grado de armonización en el ámbito comunitario. Los ámbitos a los que se refieren tales condiciones laborales son los períodos máximos de trabajo así como los periodos mínimos de descanso; la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas; las cuantías del salario mínimo, incluidas las correspondientes a horas extraordinarias; la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo; las medidas de protección aplicables a las condiciones de trabajo y empleo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y de los jóvenes; la igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación.

Tras esta enumeración puede afirmarse que se opta por incluir aquellas cuestiones de orden público laboral que representan un estatuto básico del que no puede prescindirse en ninguna relación laboral celebrada en el marco de la Unión europea⁶. A través de la cláusula de salvaguarda del art. 3.10 de la norma comunitaria los Estados miembros tienen amplias posibilidades, no sólo para desarrollar el núcleo de normas mínimas, sino también para ampliar más allá de ese núcleo otras normas inderogables como orden público social impuestas a los contratos de trabajo de los trabajadores desplazados⁷. Las posibilidades para proteger a los trabajadores, tanto los desplazados como los propios nacionales del Estado de destino, serían amplias a tenor de la Directiva sobre desplazamiento transnacional, si no fuera porque el TJCE está girando en su interpretación de la noción de orden público hacia parámetros muy restrictivos. Si el Tribunal

⁵ Vid. MOLINA NAVARRETE, C. y ESTEBAN DE LA ROSA, G., «Mercados nacionales de trabajo, Libertad Comunitaria de prestación de servicios y defensa de la competencia». Comentario de la ley 45/1999, sobre desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios, *Revista del Centro de Estudios Financieros*, n.º 205, 2000, pp. 5-8.

⁶ Así, MOLINA NAVARRETE, C., «Unidad de Mercado, Libertad de circulación y de Prestación de Servicios: nuevas dimensiones para la «gestión del conflicto» entre «lo económico» y «lo social», AA. VV., *Unidad de Mercado y Relaciones Laborales, XXV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones laborales*, Mergablum, Sevilla, 2007, p. 304.

⁷ RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, « El caso Ruffert ¿una constitucionalización del dumping social?», *Relaciones Laborales (RL)*, n.ºs 15-16.

había venido admitiendo la protección de los trabajadores como razón de orden público, recientemente asume que la razón de orden público sólo puede invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad⁸. Este giro interpretativo reduce significativamente los márgenes para proteger a los trabajadores además de apuntar a que la Directiva, inicialmente concebida para ser una norma de mínimos, se puede terminar convirtiendo en una norma de protección máxima que no consiga cumplir su objetivo de impedir el dumping social estableciendo un entorno de competencia leal mediante la garantía de respeto de los derechos de los trabajadores que se desplazan en el marco de una prestación de servicios transnacional.

Esta norma comunitaria se transpone al Derecho español a través de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. La norma nacional nos sitúa en las condiciones mínimas de trabajo que los empresarios establecidos en los países de la Unión Europea y el EEE deben garantizar a los trabajadores que desplazan temporalmente para prestar servicios en España. Es el Capítulo segundo de la Ley el que regula tales obligaciones de los empresarios que desplacen trabajadores a España en el marco de una prestación de servicios transnacional y que consisten en garantizar, con independencia de cual sea la ley aplicable a la relación laboral, las condiciones de trabajo previstas en la legislación española referentes a determinadas materias y que, dado el sistema de fuentes del derecho español del trabajo, deberán buscarse en las disposiciones legales y reglamentarias y en los Convenios colectivos que resulten de aplicación. Aplicación que sólo será obligatoria cuando la protección que dispensen al trabajador desplazado las fuentes españolas sea más favorable que la que otorgue la legislación aplicable a su contrato de trabajo o el propio contrato de trabajo.

Las condiciones de trabajo a las que se aplica la ley vienen determinadas en el art. 3 de la Ley 45/99, donde se relacionan las siguientes materias:

- a) Tiempo de trabajo, en los términos previstos en los arts 34-38 ET.
- b) Cuantía del salario, en los términos previstos en el art. 4 de la ley. Es la condición de más relevancia y en realidad la que motivó la aprobación de la Directiva comunitaria sobre la materia. Luego volveremos sobre ello.
- c) Igualdad de trato y no discriminación directa o indirecta.
- d) El trabajo de menores, según establece el art. 6 ET.
- e) La prevención de riesgos laborales, incluidas las normas sobre protección de la maternidad y menores.
- f) La no discriminación de los trabajadores temporales y a tiempo parcial.

⁸ Vid., RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, «Libertad de prestación de servicios y acción sindical», RL, n.ºs 23-24, 2008, p. 5.

- g) El respeto a la intimidad y la consideración debida a la dignidad de los trabajadores, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual.
- h) La libre sindicación y los derechos de huelga y reunión.

La ley, dentro de las posibilidades permitidas por la Directiva, no ha limitado las actividades a las que se aplica, ha ampliado las condiciones laborales mínimas y ha declarado objeto de comparación, tanto las condiciones legales o reglamentarias, como las determinadas en los convenios colectivos o laudos arbitrales aplicables en el lugar y en el sector o rama de actividad de que se trate.

En una valoración de conjunto de las condiciones laborales aplicables a los trabajadores desplazados temporalmente a España por empresas establecidas en otro Estado miembro en el marco de una prestación de servicios transnacional, podemos hacer alguna matización. En primer término, y para aclarar las circunstancias que deben concurrir para situarnos en el supuesto de hecho que determine la aplicación de la ley, las condiciones laborales previstas por las fuentes españolas sólo se aplicarán si el trabajador desplazado es titular de una relación laboral, según resulte de la legislación española⁹, y ello con independencia de cual sea la legislación aplicable a la relación laboral. Además, es necesario que las condiciones laborales del trabajador desplazado según la legislación aplicable al contrato de trabajo o según resulten del propio contrato, sean menos favorables para el trabajador que las que resulten de la aplicación de las fuentes laborales españolas, en una comparación individualizada de las distintas condiciones de empleo. Llegado este caso, serán de aplicación las condiciones laborales del Estado de destino ya estén fijadas en fuentes legales o reglamentarias, ya en los convenios colectivos estatutarios sectoriales que resulten de aplicación en el lugar de prestación temporal de los servicios, por remisión material expresa del art. 3.3 de la Ley 45/1999. En cualquier caso y por lo que respecta a los Convenios colectivos de referencia, éstos habrán de ser de sector y estatutarios, y por tanto de aplicación general en todo su ámbito de aplicación, en una interpretación del art. 3.3 ET en el marco de la Directiva 96/71/CE.

B. EL ENTENDIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES FORMALES DEL PRESTADOR DEL SERVICIO COMPATIBLE CON LAS LIBERTADES ECONÓMICAS

Estas obligaciones materiales se completan a través de ciertas obligaciones accesorias, también previstas en la Ley nacional, que determinan la obligación para el empresario que desplace trabajadores a España en el marco de

⁹ En igual sentido, vid., GARCÍA NINET, J. I.; VICENTE PALACIO, A., «La ley 45/1999, de 29 de noviembre, relativa al desplazamiento (temporal y no permanente) de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional», Revista MTAS, n.º 27, 2000, pp. 22-23.

una prestación de servicios transnacional, de comunicar el desplazamiento a la Autoridad Laboral, así como de comparecer a requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a fin de aportar la documentación requerida para justificar el cumplimiento de la ley. Así se establece en los arts. 5 y 6 de la Ley 45/1999. Estos preceptos habrán de interpretarse en el marco de las *Orientaciones dadas por la Comisión en relación con el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios* con el fin de no lesionar la libre prestación de servicios, que se han elaborado teniendo en cuenta la jurisprudencia del TJCE sobre el ejercicio de la libre prestación de servicios¹⁰.

Dicho esto, hay que interpretar que, considerando la jurisprudencia existente, para que el Estado miembro de acogida pueda comprobar que se cumplen las condiciones de empleo establecidas en la Directiva debería poder exigir, respetando el principio de proporcionalidad, que el prestador de servicios efectúe una declaración, a más tardar al inicio de los trabajos, en la que figuren los datos sobre los trabajadores desplazados, la duración, el lugar y el tipo de servicio que prestan. La declaración podría contener la mención de que los trabajadores de terceros países desplazados se hallan en situación regular en el país de establecimiento del prestador de servicios, incluido en lo que respecta en materia de visado, y que están empleados legalmente en dicho país.

También en línea con la interpretación por la jurisprudencia del acervo comunitario, hay que entender estas obligaciones de verificación establecidas por la legislación española teniendo en cuenta la orientación de la Comisión que determina que para poder comprobar que se cumplen las condiciones de empleo establecidas en la Directiva, el Estado miembro de acogida debe poder exigir, respetando el principio de proporcionalidad, el establecimiento, en el lugar de trabajo, de documentos que, por su naturaleza, son creados en dicho lugar de trabajo, como las fichas horarias o los documentos relativos a las condiciones de salud y seguridad en el trabajo. Si los datos que figuran en los documentos exigidos por la normativa del Estado miembro de establecimiento son suficientes, en su conjunto, para permitir los controles necesarios en el Estado miembro de acogida, éste no podrá exigir una segunda serie de documentos.

Para facilitar el cumplimiento de las obligaciones por los empresarios que desplacen trabajadores es necesario, y así lo pide la Comisión a los Estados Miembros, que hagan esfuerzos para mejorar y facilitar el acceso a la información sobre los términos y las condiciones de empleo que deben aplicar los prestadores de servicios así como que adopten medidas para responder con eficacia a las solicitudes de información y cooperación transfronteriza formuladas por las autoridades competentes de los demás Estados miembros.

¹⁰ Comunicación de la Comisión. Orientaciones en relación con el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. De 4/4/2006. COM(2006) 159 final.

Dentro de la materia relativa a los desplazamientos transnacionales de trabajadores hemos abordado en este apartado la dimensión social del fenómeno en su aspecto individual, esto es, la garantía del orden público laboral del Estado de acogida a través del respeto por el prestador del servicio del núcleo duro de condiciones laborales, previstas en la Ley 45/1999 en el marco de la Directiva 96/71, ya estén fijadas en normas heterónomas o autónomas. Esta perspectiva no agota la trascendencia social del fenómeno del desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. En este sentido, no menos interesante resulta la dimensión social colectiva planteada por estos desplazamientos temporales de trabajadores, de vigorosa actualidad tras los recientes pronunciamientos del TJCE en los asuntos Viking¹¹, Laval¹² y Rüffert¹³. En definitiva, lo que pretendemos en estas líneas es poner de manifiesto que la dimensión social de la globalización es uno de los temas más complejos de esta etapa por la que atraviesa la construcción del proyecto europeo, preferentemente en lo que afecta a los derechos fundamentales colectivos de los trabajadores, signo de identidad de los ordenamientos jurídicos nacionales y que bien pueden considerarse parte del llamado «modelo social europeo», como en ocasiones se ha defendido desde las instancias comunitarias. Estas tensiones que laten en el modelo social europeo se han evidenciado en las sentencias del TJCE Viking, Laval y Rüffert que recientemente, al amparo de las libertades de establecimiento y prestación de servicios, permiten convertir las condiciones de trabajo menos protectoras en el país de origen en ventaja competitiva. A través de estos pronunciamientos el TJCE está marcando límites a la configuración de los derechos colectivos sociales por los derechos nacionales. A ello dedicamos el siguiente apartado del estudio.

II. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS SOCIALES COLECTIVOS Y LAS LIBERTADES ECONÓMICAS EN LA UNIÓN EUROPEA

A. LA ADECUACIÓN DEL CONTENIDO MATERIAL DE LA LEY 45/1999 AL DERECHO COMUNITARIO: LOS DERECHOS SOCIALES COLECTIVOS.

En el ámbito europeo las prestaciones transnacionales temporales de servicios con movilidad de trabajadores se han generalizado como fenómeno que resulta ser consecuencia lógica de la globalización económica. Los desplazamientos por el empleo se han sustituido por la movilidad en el empleo, donde el factor predominante no es la iniciativa del trabajador, sino el cumplimiento de una orden empresarial en el ejercicio de sus poderes ordinarios de dirección o

¹¹ STJCE de 11 de diciembre de 2007, Viking Line, C-438/05.

¹² STJCE de 18 de diciembre de 2007, Laval, C-341/05.

¹³ STJCE de 3 de abril de 2008, Rüffert, C-346/06.

extraordinarios de organización del trabajo en la empresa. El supuesto nos sitúa en una movilidad geográfica transnacional según la cual unos trabajadores son desplazados temporalmente por su empresa desde el Estado en el que ésta tiene su establecimiento a aquel otro en el que va a prestar un servicio¹⁴.

El fenómeno descrito es bien expresivo de la afectación de los derechos sociales por el ejercicio de las libertades económicas en el seno de la Unión Europea. Para mediar en el conflicto originado en estos desplazamientos por la existencia de diversos regímenes jurídicos aplicables y en el intento de satisfacer la necesidad de evitar la competencia desleal, a la vez que resulten protegidos los derechos de los trabajadores, en el espacio europeo se aprobó la Directiva 96/71CE. La Directiva, que no está exenta de problemas de aplicación, omite mencionar en su fundamentación jurídica, cualquier vinculación con la libre circulación de trabajadores, lo que ha permitido al TJCE seguir ubicando el fenómeno al margen de esta libertad comunitaria y de cualquier argumentación relacionada con el principio de igualdad de trato en las condiciones laborales por razón de la nacionalidad, que el propio Tribunal de Justicia ha vinculado a este principio y no al resto de las libertades comunitarias, pese a que no exista en el Derecho originario ningún impedimento expreso para ello. Situados en este planteamiento, y asumiendo la finalidad fundamentalmente económica en el origen de la Comunidad de constituir un «Mercado interior» en el que la libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales esté garantizada, la labor del TJCE ha ido orientada a situar este fenómeno en el marco de la libre prestación de servicios del art. 49 TFUE. La tendencia anterior ha significado la no aplicación de la libre circulación de trabajadores (art. 39 TFUE) a un fenómeno en el que precisamente la movilidad de trabajadores resulta esencial para la prestación del servicio. Por el contrario, el factor trabajo se considera como un factor de producción más predominando el componente económico frente al social, con la consecuencia de la inaplicación por el TJCE del principio de no discriminación en el trabajo por razón de nacionalidad del art. 45 TFUE sobre el que se construye su doctrina sobre la libre circulación de trabajadores.

Planteado el tema en otros términos, la Directiva de 1996 tiene por objeto conciliar el derecho de las empresas a prestar servicios transfronterizos con arreglo a la libre prestación de servicios del art. 56 TFUE, por una parte, y los derechos de los trabajadores desplazados temporalmente para prestar dichos servicios, por otra. La solución adoptada por esta norma comunitaria al intentar un equilibrio entre los aspectos económicos y sociales, ha sido respetada por la polémica Directiva de 2006¹⁵, que en su exposición de motivos declara expresamente no afectar «a las condiciones de trabajo, incluidos los periodos máximos

¹⁴ Así, MOLINA NAVARRETE, C.; ESTEBAN DE LA ROSA, G., «Mercados nacionales de trabajo...», op. cit., p. 10.

¹⁵ Directiva 2006/123/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (DOCE 27/12/2006).

de trabajo y periodos mínimos de descanso, la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas, las cuantías del salario mínimo, la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo, que los Estados miembros apliquen de acuerdo con el Derecho comunitario». La exclusión de la materia laboral se introduce en el articulado de la norma comunitaria, en el art. 1.6, al reconocer que «La presente directiva no afecta al Derecho Laboral, es decir, a cualquier disposición legal o contractual relativa a las condiciones de empleo o de trabajo, incluida la salud y seguridad en el trabajo, o en las relaciones entre empleadores y trabajadores, que los estados Miembros apliquen de acuerdo con la legislación nacional conforme al Derecho comunitario». Específicamente, se declaran excluidas las condiciones de trabajo y empleo que en aplicación de la Directiva 96/71 deben respetarse respecto de los trabajadores desplazados para prestar servicios en el territorio de otro Estado miembro por el prestador del servicio en una serie de ámbitos (Considerando 86).

La Directiva relativa a los servicios en el mercado interior, adoptada en el conjunto de acciones adoptadas en el entorno europeo para realizar la Estrategia de Lisboa dirigida fundamentalmente al logro de objetivos económicos, no opta por armonizar al alza los estándares sociales y laborales, permitiendo una carrera a la baja de las regulaciones sociales. Al igual que la Directiva sobre desplazamiento, la norma comunitaria sobre los servicios del mercado interior, en la órbita de la estrategia de Lisboa, vuelve a plantearse en el marco del conflicto entre los aspectos económicos y sociales respetando la conciliación que sobre los mismos intentó la Directiva 96/71 en materia de desplazamientos transfronterizos de trabajadores. En definitiva, una apuesta prioritaria por el objetivo económico vinculado a la competitividad de las empresas pero garantizando la cohesión social de manera que la calidad de vida de los trabajadores se configura como límite de los objetivos económicos.

La Directiva 96/71, sin llegar a la aplicación de la legislación del Estado de destino, sí ha previsto una consideración de la legislación del estado de acogida, al establecer «un núcleo de disposiciones imperativas de protección mínima» que deberán garantizar los empresarios que desplacen temporalmente trabajadores a otro Estado en el marco de una prestación de servicios transnacionales, al que además habilita para aplicar otras condiciones laborales y de empleo, siempre que se trate de disposiciones de orden público y respeten el Derecho comunitario (art. 3.10). Tal pronunciamiento se hace tras partir en el considerando 12 de que el Derecho comunitario no impide a los Estados miembros que amplíen el ámbito de aplicación de su legislación o convenios colectivos celebrados por los interlocutores sociales a toda persona que realice un trabajo por cuenta ajena, incluso de carácter temporal, en su territorio, aunque su empresario se halle establecido en otro Estado miembro, y que el Derecho comunitario no prohíbe a los Estados miembros garantizar el respeto de estas normas por los medios apropiados. El art. 3.10 es importante para los Estados miembros dado que les permite en cuenta diversas cuestiones relativas

a los mercados laborales, las políticas sociales, incluida la protección de los trabajadores, dentro del principio de igualdad de trato.

En el marco de las posibilidades abiertas por la normativa comunitaria para los Estados de destino, la norma española de transposición de la Directiva amplía en núcleo de disposiciones mínimas de la normativa del estado de desplazamiento que deberán respetarse en ese Estado por el prestador de servicios que desplace a sus trabajadores al incluir en este contenido materia de condiciones la libre sindicación y el derecho de huelga. En este caso, igual que en el conjunto de las condiciones laborales y de empleo enunciadas en el art. 3 de la Ley nacional, nos encontramos ante disposiciones de orden público, si entendemos por tal los principios de contenido social que reflejan los valores esenciales de las sociedades de los distintos Estados¹⁶ y que como tales se han asumido por las propias Instituciones de la Comunidad, de manera que el ejercicio de los derechos sociales colectivos han pasado a integrar el llamado «modelo social europeo». El ejercicio de los derechos sociales colectivos de libertad sindical, específicamente de negociación como parte de su contenido esencial, y huelga integran el orden público constitucional y por tanto son materia de orden público que la Unión debe respetar, según se desprende del art. 6 TUE.

Sentado el carácter de orden público de los derechos constitucionales colectivos, la siguiente cuestión a matizar para calibrar la transposición del legislador español en el marco de la Directiva comunitaria es si la llamada al respeto al derecho comunitario ha de venir referida a la interpretación de los derechos sociales colectivos a la luz de la libre circulación de servicios del art. 56 TUE¹⁷. Dicho de otro modo, la cuestión que planteamos es si existe en el derecho comunitario algún indicador que permita deducir que los derechos sociales colectivos son ajenos a la libertad económica de libre prestación de servicios de modo que no deban interpretarse en el marco de dicha libertad para ser tratados como excepciones de las libertades económicas. De poder situarnos en este punto de partida, podríamos sostener que la norma española de transposición de la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores a España en el marco de una prestación de servicios transnacional se sitúa en los márgenes del art. 3.10 de la citada Directiva que concibe la ordenación comunitaria como una norma de mínimos, sin que el ejercicio de los derechos sociales colectivos pueda ser tratado como un límite a la libre prestación de servicios. En otro caso, como por otra parte sostiene el TJCE en sus últimos pronunciamientos¹⁸, la configuración de la Directiva como una norma de máximos impediría que la trans-

¹⁶ En el mismo sentido, SERRANO OLIVARES, R., «Condiciones de trabajo relativas al tiempo de trabajo, cuantía salarial, trabajo de menores, prevención de riesgos laborales, igualdad de trato y no discriminación y otros derechos del trabajador, en AA. VV., *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, CES, 2002, p. 65.

¹⁷ Vid. la Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de octubre de 2008, sobre los retos para los Convenios Colectivos en la Unión Europea (2008/2085(INI)).

¹⁸ Así, en STJCE de 18 de diciembre de 2007, Laval, C-341/05.

posición al ordenamiento interno fuera más allá del núcleo duro de disposiciones previsto a través de una protección más protectora para los trabajadores desplazados, y por tanto más acorde con el principio de igualdad entre las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores desplazados y los propios del país de acogida en cuanto, según esta interpretación, resultaría contrario a la libre prestación de servicios.

B. EL EQUILIBRIO PONDERADO DE LOS DERECHOS SOCIALES COLECTIVOS Y LAS LIBERTADES ECONÓMICAS EN LOS DESPLAZAMIENTOS TEMPORALES TRANSNACIONALES DE TRABAJADORES

El desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional es un buen escenario para plantear la colisión entre el ejercicio de las libertades económicas de circulación comunitarias y el respeto a los derechos sociales colectivos¹⁹. Esto es así si tomamos como punto de partida que la acción sindical se dirige a mantener las condiciones de trabajo al margen de la competencia empresarial evitando que las condiciones laborales se conviertan en factor competitivo, siendo su principal instrumento, el convenio colectivo, el que por definición tiene efectos restrictivos en el funcionamiento del Mercado. Por otro lado, la globalización económica ha determinado que para lograr una ventaja competitiva, las empresas no tengan que establecerse para desarrollar su actividad productiva en otros Estados donde los costes laborales sean más bajos, siendo suficiente desplazar a los trabajadores para prestar servicios desde Estados con menor protección laboral a otros con niveles superiores de protección social. La acción sindical dirigida a alcanzar una igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios transnacional y los nacionales del país de destino y el ejercicio de la libre prestación de servicio necesitan conciliarse.

Es cierto que el Derecho originario comunitario no recoge una cláusula social de inmunidad de los derechos sociales colectivos frente a las libertades económicas. Pero también lo es que en el Derecho derivado sí se encuentran referencias que permiten mantener que los derechos sociales son inmunes al ejercicio de las libertades económicas tales como la libre prestación de servicios. Así, el Considerando 12 de la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores declara expresamente que «el Derecho comunitario no impide que los Estados miembros amplíen el ámbito de aplicación de su legislación o de los convenios colectivos celebrados por los interlocutores sociales a toda persona que realice un trabajo por cuenta ajena, incluso de carácter temporal, en su territorio, aun-

¹⁹ Vid. GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., «La interacción entre el Derecho de trabajo y la defensa de la competencia: apuntes sobre la cuestión», RL, n.º 17, 2006.

que su empresario se halle establecido en otro Estado miembro» y que «el Derecho comunitario no prohíbe a los Estados Miembros garantizar estas normas por los medios apropiados». El propio Considerando 22 de la misma Directiva 96/71 recoge que «la presente Directiva no afecta a la situación normativa de los Estados miembros en materia de acción colectiva para la defensa de los intereses profesionales». Esta mención parece significar que la acción sindical es inmune frente a las operaciones de movilidad transnacional de trabajadores que redunden en una minoración de derechos o en una desigualdad de condiciones laborales para los trabajadores nacionales y no nacionales desplazados a otro Estado de la Unión Europea²⁰. Posteriormente, y disipando todo género de dudas, la Directiva 2006/123, relativa a los servicios en el Mercado interior, en el art. 1.7 declara no afectar «al derecho a negociar, celebrar y aplicar convenios colectivos y a emprender acciones sindicales de acuerdo con la legislación y las prácticas nacionales conforme al derecho comunitario». En cualquier caso, el tema que abordamos en estas líneas presenta la paradoja de estar al margen de la Directiva de prestación de servicios, en cuanto ella misma lo excluye de su ámbito de aplicación, pero es precisamente esta Directiva de servicios la que incluye referencias concretas a la inmunidad de los derechos sociales colectivos, que permiten apuntar la necesidad de reformas en la norma comunitaria de 1996 que regula el desplazamiento de trabajadores en el ámbito de una prestación de servicios transnacional, sobre la consideración de los derechos colectivos al margen de las libertades económicas, para perfeccionar las soluciones a estos fenómenos de descentralización productiva transnacional.

En una consideración de conjunto del acervo comunitario, no debe pasarse por alto que los principios fundamentales de mercado interior son la libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales y en lo que respecta al funcionamiento del mercado interior en relación con la libre circulación de mercancías, se ha incluido en el artículo 2 del Reglamento (CE) n.º 2679/98 una cláusula, llamada «cláusula Monti», a tenor de la cual «El presente Reglamento no deberá interpretarse en el sentido de que afecta en modo alguno al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados Miembros, incluido el derecho o libertad de huelga. Estos derechos podrán incluir asimismo el derecho o libertad de emprender otras acciones contempladas por los sistemas específicos de relaciones laborales de los Estados Miembros».

Por otro lado, el Tratado de Lisboa, en vigor desde 1 de diciembre de 2009, atribuye vinculabilidad jurídica a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea²¹, en cuyo art. 28 se reconoce el derecho de negociación y acción

²⁰ En este sentido, ALAMEDA CASTILLO, M.ª T., «Derechos sociales fundamentales y libertades comunitarias: ¿Dónde está la Europa Social?», RL, n.º 15, 2009, p. 12.

²¹ Art. 6 TUE, según el cual «La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal y como

colectiva, de manera que los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas de conformidad con el Derecho Comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar Convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga. El reconocimiento de este derecho como derecho fundamental lleva consigo que cualquier limitación, que en todo caso deberá realizarse sin perder de vista el principio de proporcionalidad, deberá respetar su contenido esencial, correspondiendo a los órganos jurisdiccionales nacionales determinar, caso por caso, si se cumplen los requisitos necesarios para la restricción de las libertades fundamentales y su compatibilidad con la legislación comunitaria.

Finalmente, el art. 153 TFUE (antiguo 137 TCE), excluye de la competencia de la Comunidad, las remuneraciones, el derecho de asociación y sindicación, el derecho de huelga, y el derecho de cierre patronal. Precepto que, ubicado en el conjunto de los argumentos anteriores, bien puede interpretarse como un compromiso comunitario: el de respetar la emancipación del derecho del trabajo, cuyas reglas sobre la autonomía colectiva son sustraídas al derecho del mercado por los sistemas democráticos de los Estados miembros²².

A todas estas referencias normativas aún debemos añadir que el art. 152 TFUE insta a la Unión a reconocer y promover el papel de los interlocutores sociales en su ámbito, teniendo en cuenta la diversidad de los sistemas nacionales, facilitando el diálogo entre ellos, dentro del respeto a su autonomía. En esta línea, en los últimos años desde las Instituciones comunitarias se ha venido fomentando la acción de los agentes sociales. Así, de un lado, a través de la potenciación de la negociación colectiva europea o mediante el impulso de la transposición de directivas mediante la acción colectiva. De otro, la estrategia europea para afrontar las reestructuraciones empresariales con efectos sobre la ocupación, ha pivotado sobre la gestión preventiva y horizontal de los procesos de cambio, de manera que se ha impulsado la negociación y el diálogo social como instrumentos para que la reestructuración se realice de manera socialmente responsable, tratando de encontrar fórmulas que, en este enfoque preventivo, resulten alternativas a los despidos. En esta órbita, el Consejo Europeo de 14 de diciembre de 2007, así como la Resolución del Parlamento, de 29 de noviembre de 2007, sobre principios comunes de flexiseguridad asumen la importancia del papel de los agentes sociales con un margen importante para la negociación colectiva en la creación de modelos de mercado laboral que ofrezcan además de un alto nivel de seguridad, un alto nivel de flexibilidad. Todos estos posicionamientos, plasmados por las instituciones europeas desde comienzos de siglo a

fue adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los tratados».

²² En este sentido, LYON-CAEN, «Derecho comunitario del mercado...», op. cit., p. 4.

través de instrumentos sin efectos jurídicos vinculantes, dirigidos a coordinar las políticas de empleo de los Estados Miembros, evidencian que la Unión Europea apuesta por el diálogo social como un componente básico del modelo social europeo.

En definitiva, las reflexiones anteriores no hacen sino demandar una posición coherente que articule las libertades económicas del Mercado y los derechos sociales colectivos buscando un equilibrio que no suponga el sacrificio de los derechos sociales como un riesgo inevitable o implícito del funcionamiento del mercado interior. En la búsqueda de este equilibrio hay que partir de que la libre prestación de servicios no está por encima de los derechos fundamentales establecidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión y en particular, del derecho de los sindicatos a emprender acciones colectivas. Según se asume en el art. 153 TFUE (antiguo art. 137 TCE) los propios Estados son los que tienen la competencia para regular derechos fundamentales y, también, los derechos colectivos cuando se ejercen en su territorio. Así lo ha reconocido la polémica Directiva 2006/123. Son los Tribunales constitucionales nacionales los que tienen que definir el contenido esencial de esos derechos para que se sitúen en plano de igualdad el derecho fundamental y la libertad comunitaria, como paso previo para intentar el equilibrio basado en la proporcionalidad, o lo que es lo mismo, en la ponderación de los intereses en juego para determinar, atendiendo a las circunstancias del caso, si se ha observado un justo equilibrio entre dichos intereses.

Dicho en otros términos el equilibrio basado en la proporcionalidad exigirá que se respete el contenido esencial de los derechos fundamentales, tal y como se establece en el art. 52 CSDF. Hasta donde el ejercicio de los derechos sociales colectivos se sitúe en el marco de lo que sea su contenido esencial hay que entender que existe equilibrio ponderado entre la dimensión social y la económica en el desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. La posición contraria de situar el ejercicio de los derechos sociales colectivos en la órbita de la libre prestación de servicios contradice la inmunidad que el derecho derivado reserva a la acción colectiva y supone una intromisión de las instancias comunitarias en una competencia estatal cual es la regulación de los derechos fundamentales.

En otro orden de cosas, no puede olvidarse que el fenómeno del desplazamiento transnacional de trabajadores no sólo encuentra fundamento en la libre prestación de servicios, también está relacionado con la libertad de circulación de trabajadores, pese a la labor del TJCE dirigida a apartarlo de toda consideración a esta libertad económica y a cualquier planteamiento relacionado con la abolición de cualquier discriminación en la retribución por un mismo trabajo en el mismo lugar de trabajo, como establece el art. 45 TFUE. El necesario respeto por la legislación comunitaria al principio de igualdad de trato y no discriminación, así como el respeto a la autonomía de los agentes sociales hace que deba ser garantizada la previsión por los convenios colectivos del principio de igual-

dad de retribución por el mismo trabajo para todos los trabajadores en el lugar de trabajo, cualquiera que sea su nacionalidad o la del empleador así como las acciones colectivas en apoyo del convenio que sean conformes a los sistemas jurídicos nacionales. Dicho de otro modo, las libertades económicas de la Unión no pueden interpretarse en el sentido de que otorgan a las empresas el derecho a eludir las disposiciones o prácticas nacionales en materia social o empleo o a imponer una competencia desleal a las retribuciones o condiciones laborales. Ello conculca, no sólo el principio de igualdad de trato, sino también la propia finalidad de la Directiva sobre desplazamiento transnacional de trabajadores, al favorecer la competencia desleal entre empresas sin proteger los derechos de los trabajadores, ya sean éstos desplazados o los propios del país de acogida. Bien es cierto que también se hacen aconsejables reformas en el derecho derivado que sitúen tal equilibrio entre lo social y lo económico en el centro de su fundamentación jurídica. Así, la Directiva 96/91 bien podía haber incidido en su argumentación jurídica en la necesidad de lograr, en estos fenómenos de prestación transnacional de servicios con desplazamiento temporal de trabajadores, el deseado equilibrio entre las dos libertades comunitarias. Esto es, de un lado la libre circulación de trabajadores, para garantizar a los trabajadores desplazados un trato igual en las condiciones de trabajo que los nacionales del país de destino y, de otro, la libre prestación de servicios al eliminar restricciones injustificadas pero al margen de las condiciones de trabajo, que escaparían de la órbita de dicha libertad²³.

Pese a que, según hemos podido constatar, pueden encontrarse en el acervo comunitario fundamentos suficientes para no someter el ejercicio de los derechos sociales colectivos al dominio de las libertades económicas comunitarias, falta una referencia expresa en el Derecho originario que así lo manifieste y evite el recurso a interpretaciones sistemáticas del conjunto del sistema comunitario. Hasta ahora, la búsqueda del necesario equilibrio ha estado en manos del TJCE que, tras reconocer una inmunidad, aunque relativa, a la negociación colectiva frente a las reglas de la competencia²⁴, ha virado en su más reciente jurisprudencia, Viking²⁵, Laval²⁶ y Ruffert²⁷ hacia un sometimiento de la negociación colectiva y, en general de la acción sindical, a las libertades económicas

²³ Así se recomienda expresamente en la resolución del Parlamento Europeo, de 22 de octubre de 2008 (punto 21).

²⁴ Así en el asunto Albany de 21 de septiembre de 1999 (C-67/96), la jurisprudencia comunitaria estableció lo que la doctrina denomina «inmunidad relativa», en cuanto para que el convenio colectivo no quede sometido a las reglas de la competencia es preciso que supere un doble control: procedimental, en cuanto que las partes lo consideren un convenio colectivo en razón de su propia legislación y procedimientos y, además, otro material, en cuanto su contenido se ciña a regular la remuneración y en general las condiciones de trabajo.

²⁵ STJCE de 11 de diciembre de 2007, Viking Line, C-438/05.

²⁶ STJCE de 18 de diciembre de 2007, Laval, C-341/05.

²⁷ STJCE de 3 de abril de 2008, Ruffert, C-346/06.

al entender que son restricciones injustificadas a la libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios²⁸.

C. EL DERECHO DE LIBERTAD DE EMPRESA EN EL CONJUNTO DEL SISTEMA PLURALISTA DE RELACIONES LABORALES TRAS LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978: LAS CLAVES PARA LA SOLUCIÓN DEL CONFLICTO

El marco social perfilado en el texto constitucional, permite deducir los límites que, del elenco de derechos e intereses constitucionalmente establecido, derivan para la configuración del derecho subjetivo de libertad de empresa que, como punto de partida, ya nace limitado desde el conjunto del sistema constitucional. Todo, porque lo que sea contenido esencial del derecho de libertad de empresa también resultará de la ponderación de estos derechos de los trabajadores que colisionen con el mismo, de manera que sufran la menor lesión posible.

Siguiendo esta argumentación, y en lo que respecta al Estado español, conviene no perder de vista que el Tribunal Constitucional tiene establecido que²⁹, el contenido esencial de un derecho es aquella parte del mismo sin la cual éste pierde su peculiaridad o, aquella parte, que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecuencia el derecho se otorga. Dicho en otros términos, el ejercicio de las libertades empresariales deberá, para ser legítimo, resultar ponderado, o lo que es igual, respetar el principio de proporcionalidad³⁰. Principio, el de proporcionalidad que, coincidente con el de ponderación, en cuanto técnica a través de la cual se interpretan los intereses en juego cuando colisionan bienes, derechos o valores constitucionales, exige que las restricciones a los derechos constitucionales de los trabajadores en el ejercicio de los poderes empresariales sean adecuadas, indispensables y proporcionadas³¹. En definitiva, que la imprescindible lesión a los derechos de los trabajadores

²⁸ Un análisis detallado de esta jurisprudencia del TJCE en RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M., «Libertad de prestación de servicios...», op. cit.; ALAMEDA CASTILLO, M. T., «Derechos sociales fundamentales...», op. cit.; LANDA ZAPIRAIN, J. P.; MORENO MARCOS, M., «Una nueva encrucijada para el Derecho del Trabajo: la compatibilidad del ejercicio de los derechos colectivos de la acción sindical con el respeto a las libertades fundamentales del Mercado interior», RL, n.º 11, 2008.

²⁹ STC de 8 de abril de 1981.

³⁰ Vid., sobre la identificación del contenido esencial del derecho de libertad de empresa con el principio de proporcionalidad, entre otros, ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 291; PAZ-ARES, C. y ALFARO AGUILA-REAL, J., «El derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación», en AA. VV., *Comentario a la Constitución socio-económica de España* (Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C.; Moreno Vida, M.ª N., dir.), Comares, Granada, 2002, pp. 396-400; VALDÉS DAL-RE, F., «Contrato de Trabajo, Derechos Fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia», RL, n.º 22, 2003, pp. 11 y ss.; CASAS BAAMONDE, M. E., «La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe», RL, Tomo I, 2004, pp. 141 y ss.

³¹ Vid., GARCÍA-PERROTE ESCATÍN, I.; MERCADER UGUINA, J., «Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral. Un estudio introductorio», en AA. VV., *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Sempere Navarro, (dir.), MTAS, Madrid, 2003, p. 257.

para garantizar la permanencia de la empresa en el mercado como unidad con un fin productivo, les ocasione el menor perjuicio posible. El juicio de ponderación de los intereses en presencia en el ejercicio de las libertades económicas empresariales, se convierte en técnica de referencia para establecer la significación y alcance de los derechos fundamentales, erigiéndose así, en instrumento protagonista en el proceso de constitucionalización del Derecho del Trabajo³².

En definitiva, el juego de los derechos constitucionalmente reconocidos a los trabajadores que colisionan con el derecho de libertad de empresa, incide en la determinación de lo que sea el ámbito legítimo del ejercicio de los poderes empresariales. Ello, de un lado, en el sentido de reforzar la exigencia de razonabilidad en la justificación objetiva del mismo que, ya de por sí deriva del conjunto del sistema económico configurado por la Constitución; de otro, en cuanto su toma en consideración implica requerir, a mayores, que la decisión empresarial resulte necesaria frente a otras menos gravosas y proporcionadas, en cuanto se guarde un cierto equilibrio entre los beneficios que reporta su ejercicio y los perjuicios que motiva la limitación de los derechos en conflicto.

Objetividad, razonabilidad y proporcionalidad son, pues, los pilares fundamentales que delimitan el contenido esencial del derecho de libertad de empresa y que deberán ser respetados por cualquier norma, legal o convencional que establezca limitaciones en el derecho para regular su ejercicio³³. Por otro lado, y tomando como punto de partida la aplicación directa o inmediata de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales³⁴, este contenido esencial es el que configurará el ejercicio legítimo o no arbitrario de los poderes empresariales. En definitiva, el marco constitucional del que se desprende una concepción limitada del principio de libertad de empresa, constituye el primer filtro, con carácter previo al plano contractual, para depurar el ejercicio legítimo de los poderes empresariales.

³² Vid., CASAS BAAMONDE, M. E., ¿Una nueva constitucionalización del Derecho del Trabajo?, RL, Tomo I, 2004, p. 136.

³³ En relación al respeto del contenido esencial del derecho de libertad de empresa por las limitaciones establecidas en la ley, como ha señalado el TC, dado que nos situamos ante una cuestión que no está exenta de graves dificultades de definición *a priori* con carácter abstracto y de general aplicación, el problema de la libertad de empresa no es *también* un problema de constitucionalidad de los límites que le han sido impuestos, sino *sólo* un problema de constitucionalidad de tales límites. Así, vid. STC 147/1986 (f. 4). Por otro lado, el TC (entre otras, en la sentencia 225/1993) estima que el criterio de la proporcionalidad dará la pauta para determinar si una ley que limita el derecho de libertad de empresa, respeta su contenido esencial.

³⁴ Sobre la eficacia mediata o inmediata de los derechos fundamentales entre particulares existen tesis discrepantes. Consideramos que los derechos fundamentales absolutos, entre los que se sitúa la libertad de empresa porque no requiere de la intervención de un tercero para ser ejercitable, son oponibles erga omnes, frente a poderes públicos y particulares, en lo que sea su contenido esencial, siendo cuestión diferente que las leyes que en su caso los desarrollen, respeten en todo caso este contenido esencial, so pena de resultar inconstitucionales. Argumentando sobre la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, partiendo de la dicción literal del art. 9.1 CE, conforme al cual «*los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*», vid., entre otros, PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 314; VALDÉS DAL-RÉ, F., «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador», RL, Tomo I, 1990, pp. 288-290.

La lógica del principio de proporcionalidad con la que el TC determina el contenido del principio de libertad de empresa tras la ponderación del conjunto de derechos reconocidos en el texto constitucional debe trasladarse, creemos, al ejercicio de lo que no es otra cosa que una libertad empresarial en el ámbito comunitario, cual es la libre prestación de servicios. Siguiendo esta interpretación, en el ámbito comunitario el TJCE debería ponderar, de un lado, los derechos fundamentales, según el contenido esencial definido en el orden constitucional nacional, y los derechos y libertades comunitarias, de manera que ejercido un derecho social colectivo conforme la definición del mismo en el ámbito nacional tal ejercicio ponderado no debe sacrificarse para salvaguardar las libertades económicas comunitarias. La disociación entre los derechos profesionales y el Derecho del mercado, es un componente de los sistemas democráticos de los Estados miembros, desconocerlo pone en peligro la democracia en Europa³⁵. Las libertades económicas comunitarias deben interpretarse de manera que no menoscaben el ejercicio de los derechos sociales fundamentales reconocidos en los Estados miembros y por el Derecho comunitario, específicamente el derecho a negociar, celebrar y aplicar convenios colectivos, el derecho de huelga y el derecho a emprender acciones colectivas según la legislación y prácticas nacionales que respeten el derecho comunitario, así como la autonomía de los intereses sociales en el ejercicio de estos derechos fundamentales en defensa de los intereses sociales y la protección de los trabajadores. La argumentación defendida es acorde a lo propuesto en los considerandos 14 y 15 de la Directiva 2006/123/CE, incorporados al articulado de la Directiva (arts 1.6 y 1.7).

En la intención de reconducir estas reflexiones a los conflictos que puedan plantearse en los desplazamientos temporales a España de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, no podemos pasar por alto que la autonomía colectiva se convierte en pieza clave del sistema de relaciones laborales que se instala con la Constitución española de 1978. La consagración del Estado Social y Democrático de Derecho en el art. 1 CE va a derivar consecuencias importantes en la configuración del modelo económico social constitucionalmente diseñado. La idea transformadora del Estado Social imprime un cariz no inmovilista al modelo de relaciones laborales constitucional de suerte que, sin ser neutral, la Constitución también en esta materia admite una interpretación abierta hacia una lectura avanzada de esta forma de Estado³⁶. El art. 9.2 CE impone a los poderes públicos la obligación de hacer trascender las estructuras del modelo político de Estado, de modo que la igualdad material de individuos y grupos en que se insertan sea real y efectiva. De esta suerte, la idea del Estado social y democrático de derecho tiene la virtualidad de legitimar medios de defensa a los intereses de los diferentes grupos integrantes de la sociedad para que, de este modo, la igualdad material sea una realidad.

³⁵ LYON-CAEN, A., «Derecho comunitario del mercado versus Europa social», RL, n.º 13, 2009.

³⁶ GARRORENA MORALES, A., *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Universidad de Murcia, 1980, pp. 96 y ss.; ROMÁN DE LA TORRE, M. D., *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Grapheus, Valladolid, 1992, p. 28; MONTALVO CORREA, J., «Diálogo social y relaciones laborales», en AA. VV., *El modelo social en la Constitución Española de 1978 (Semper Navarro, A., dir.)*, MTAS, Madrid, 2003, pp. 188-190.

Un modelo pluralista de relaciones laborales no hace sino poner de manifiesto que el conflicto industrial, como conflicto entre capital y trabajo³⁷, es asumido por el texto constitucional en cuanto inherente a la sociedad democrática³⁸, lo que no supone otra cosa que el reconocimiento de distintos centros de poder con intereses propios y divergentes y con legitimación suficiente para la defensa de sus propios intereses de clase. Dicho de otro modo, el reconocimiento constitucional de intereses profesionales colectivos con entidad suficiente, cuya promoción y tutela se atribuye a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales, implica el reconocimiento de un modelo pluralista de relaciones laborales donde se insertan diferentes centros de poder que están legitimados para la defensa de sus propios intereses. El art. 7 CE, a cuyo tenor «*los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios*», es el punto de partida para configurar un modelo no autoritario sino pluralista de relaciones laborales³⁹ que, con motivo de la distribución del poder que conlleva, supone el reconocimiento del conflicto entre capital y trabajo como legítimo y clave de la que arranca todo el entramado social constitucionalmente diseñado.

El texto constitucional, al asumir un modelo pluralista de relaciones laborales no sólo reconoce como legítimo el conflicto industrial sino que regula instrumentos para integrarlo dentro de ciertos límites que, a la postre, no son más que manifestaciones de la participación implícita a los sistemas democráticos. Así, si el art. 7 CE supone el reconocimiento constitucional indirecto del poder colectivo autónomo, al reconocer la existencia de distintos grupos profesionales y su legitimación para la defensa de sus intereses, es el art. 37 CE en cuya dicción literal se lee que «*la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios*», el que de manera directa consagra el poder normativo colectivo, esto es la autonomía de sindicatos y asociaciones empresariales para defender sus propios intereses de clase a través de la producción normativa. El reconocimiento pleno de la autonomía colectiva negociada se vincula con el proceso de democratización, permitiendo la participación directa de los sujetos colectivos en la autocomposición de los intereses generales⁴⁰.

³⁷ Sobre el significado del conflicto industrial como manifestación del conflicto social, vid. ampliamente, DE LA VILLA GIL, L. E. y PALOMEQUE LÓPEZ, C., *Introducción a la Economía del Trabajo*, Vol. I, Debate, Madrid, 1978, pp. 17-104.

³⁸ ÁLVAREZ ALCOLEA, M., «Participación del trabajador en la empresa y Constitución», en AA. VV., *El Trabajo en la Constitución*, (dir. J. Rivero Lamas), II Coloquio sobre Relaciones Laborales, Universidad de Zaragoza, 1982, p. 190; MONTALVO CORREA, J., «Modelo económico y social de la Constitución y Relaciones laborales», Jornadas sobre Derecho del Trabajo y Constitución, Madrid, 1984, pp. 252-253.

³⁹ Vid. VALDÉS DAL-RÉ, F., «Ideologías pluralistas y relaciones de trabajo», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 55, 1978, p. 107; RAMÍREZ MARTÍNEZ, M., «Participación y pluralismo en la Constitución de 1978», en AA. VV., *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1979, p. 65; MONTALVO CORREA, J., «Modelo económico y social de la Constitución y Relaciones laborales», cit., pp. 252-253.

⁴⁰ Vid. VALDÉS DAL-RÉ, F., «Ideologías pluralistas y relaciones de trabajo», cit., p. 108; GIUGNI, G., «Introducción al estudio de la autonomía colectiva» (*Traducción y estudio preliminar de Monereo Pérez, J. L. y Fernández Avilés, J. A.*), Comares, Granada, 2004, pp. 83-123.

Coherentemente con la noción de autonomía colectiva como fundamento de los derechos sociales colectivos, toda manifestación del derecho a la negociación colectiva laboral por representantes de trabajadores y empresarios, así como cualquier acción colectiva en defensa de los intereses legítimos de las representaciones de los trabajadores que respete los límites impuestos por el ordenamiento jurídico se sitúa en la órbita del contenido esencial de los derechos colectivos, que debería ser respetado por el empresario que a través del ejercicio de la libre prestación de servicios desplaza trabajadores a España. En otro caso, la Directiva 96/71/CE se estaría convirtiendo en una norma de máximos que impide disponer en el país de destino reglas laborales más favorables para los trabajadores que en el país de origen lo cual, además de contravenir las previsiones del art. 3.10 de la norma comunitaria que por razones de orden público permite a los Estados miembros aplicar condiciones de trabajo y empleo distintas a las previstas, se traduce en el sacrificio del ejercicio legítimo de los derechos colectivos fundamentales a la libre prestación de servicios⁴¹.

Además, una posición diferente llevaría a desconocer que una interpretación histórica de las normas de derecho derivado conduce a no olvidar que la Directiva 96/71/CE, aunque tiene fundamentalmente una finalidad económica, ésta no se reconduce sólo, aunque también, a evitar la competencia desleal entre las empresas en el marco de los desplazamientos temporales transnacionales de trabajadores. También se ordena al objetivo económico de proteger los mercados nacionales de trabajo, esto es, proteger los niveles de ocupación presentes y futuros de los mercados nacionales, evitando que este fenómeno realizado al amparo de la libre prestación de servicios, plantee un problema de alteración de las reglas de competencia empresarial vigentes en dicho mercado⁴².

III. CONCLUSIÓN

La salvaguarda de los derechos sociales colectivos frente a las libertades económicas es uno de los temas más complejos que plantean los desplazamientos transnacionales de trabajadores generalizados por la globalización económica. Estas tensiones se han puesto de manifiesto en las sentencias del TJCE Viking⁴³, Laval⁴⁴ y Ruffert⁴⁵ que recientemente, al amparo de las libertades de

⁴¹ En sentido contrario a la interpretación de transposición de la Directiva como norma de mínimos, la STJCE en el asunto Laval, de 18 de diciembre de 2007 (C-341/05), que parece declarar como contraria a la libre prestación de servicios cualquier transposición del derecho interno más protectora. A favor de la transposición de la Directiva como norma de mínimos para cumplir su finalidad de evitar la competencia desleal y proteger los derechos de los trabajadores, vid. la Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de octubre de 2008, sobre los retos para los Convenios colectivos en la Unión Europea (2008/2085(INI)).

⁴² Vid. MOLINA NAVARRETE, C. y ESTEBAN DE LA ROSA, G., «*Mercados nacionales de trabajo...*», cit., p. 6.

⁴³ STJCE de 11 de diciembre de 2007, Viking Line, C-438/05.

⁴⁴ STJCE de 18 de diciembre de 2007, Laval, C-341/05.

⁴⁵ STJCE de 3 de abril de 2008, Ruffert, C-346/06.

establecimiento y prestación de servicios, permiten convertir las condiciones de trabajo menos protectoras en el país de origen en ventaja competitiva. El Derecho derivado permite otras soluciones al conflicto y desde luego, el derecho originario, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, tiene muchas posibilidades de poder inclinar la balanza del TJCE en la búsqueda de la deseable conciliación entre lo económico y lo social a favor de la ponderación y el equilibrio, al estilo de la doctrina seguida por los tribunales nacionales.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV., *La estructura y el contenido de la contratación colectiva en Castilla y León*, Junta de Castilla y León, 2001.
- AA. VV., *La Negociación colectiva en Castilla y León*, Junta de Castilla y León, 2006.
- ALAMEDA CASTILLO, M.^a T., «Derechos sociales fundamentales y libertades comunitarias: ¿Dónde está la Europa Social?», *Relaciones Laborales (RL)*, n.º 15, 2009.
- ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993
- PAZ-ARES, C. y ALFARO AGUILA-REAL, J., «El derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación», en AA. VV., *Comentario a la Constitución socio-económica de España* (Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C.; Moreno Vida, M.^a N., dir.), Comares, Granada, 2002.
- ÁLVAREZ ALCOLEA, M., «Participación del trabajador en la empresa y Constitución», en AA. VV., *El Trabajo en la Constitución*, (dir. J. Rivero Lamas), II Coloquio sobre Relaciones Laborales, Universidad de Zaragoza, 1982.
- CASAS BAAMONDE, M.^a E., «Libre prestación de servicios y desplazamientos temporales de trabajadores en Europa en la era global: objetivos y significación de La ley», en AA. VV., *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, Casas Baamonde, M.^a E.; del Rey Guanter, S., (dirs.), CES, 2002.
- «La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe», *RL*, Tomo I, 2004.
 - ¿Una nueva constitucionalización del Derecho del Trabajo?, *RL*, Tomo I, 2004.
- DE LA VILLA GIL, L. E. y PALOMEQUE LÓPEZ, C., *Introducción a la Economía del Trabajo*, Vol. I, Debate, Madrid, 1978.
- GARCÍA NINET, J. I.; VICENTE PALACIO, A., «La ley 45/1999, de 29 de noviembre, relativa al desplazamiento (temporal y no permanente) de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional», *Revista MTAS*, n.º 27, 2000.
- GARCÍA-PERROTE ESCATÍN, I.; MERCADER UGUINA, J., «Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral. Un estudio introductorio», en AA. VV., *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Sempere Navarro, (dir.), MTAS, Madrid, 2003.
- GARRORENA MORALES, A., *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Universidad de Murcia, 1980
- MONTALVO CORREA, J., «Modelo económico y social de la Constitución y Relaciones laborales», *Jornadas sobre Derecho del Trabajo y Constitución*, Madrid, 1984.
- GIUGNI, G., «Introducción al estudio de la autonomía colectiva» (*Traducción y estudio preliminar de Monereo Pérez, J. L. y Fernández Avilés, J. A.*), Comares, Granada, 2004.

- GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., «La interacción entre el Derecho de trabajo y la defensa de la competencia: apuntes sobre la cuestión», *RL*, n.º 17, 2006.
- LYON-CAEN, A., «Derecho comunitario del mercado versus Europa social», *RL*, n.º 13, 2009.
- MOLINA NAVARRETE, C., «Unidad De Mercado, Libertad de circulación y de Prestación de Servicios: nuevas dimensiones para la “gestión del conflicto” entre “lo económico” y “lo social”», AA. VV., *Unidad de Mercado y Relaciones Laborales, XXV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones laborales*, Mergablum, Sevilla, 2007.
- MOLINA NAVARRETE, C.; ESTEBAN DE LA ROSA, G., «Mercados nacionales de trabajo, Libertad Comunitaria de prestación de servicios y defensa de la competencia». Comentario de la ley 45/1999, sobre desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios, *Revista del Centro de Estudios Financieros*, n.º 205, 2000.
- RAMÍREZ MARTÍNEZ, M., «Participación y pluralismo en la Constitución de 1978», en AA. VV., *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1979.
- RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, «El caso Ruffert ¿una constitucionalización del dumping social?», *RL*, n.ºs 15-16.
- «Libertad de prestación de servicios y acción sindical», *RL*, n.ºs 23-24, 2008.
- ROMÁN DE LA TORRE, M. D., *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Grapheus, Valladolid, 1992, MONTALVO CORREA, J., «Dialogo social y relaciones laborales», en AA. VV., *El modelo social en la Constitución Española de 1978 (Sempere Navarro, A., dir.)*, MTAS, Madrid, 2003.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984.
- SERRANO OLIVARES, R., «Condiciones de trabajo relativas al tiempo de trabajo, cuantía salarial, trabajo de menores; prevención de riesgos laborales, igualdad de trato y no discriminación y otros derechos del trabajador», en AA. VV., *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, Casas Baamonde, M.ª E.; del Rey Guanter, S.,(dirs.), CES, 2002, p. 78.
- VALDÉS DAL-RE, F., «Contrato de Trabajo, Derechos Fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia», *RL*, n.º 22, 2003.
- «Ideologías pluralistas y relaciones de trabajo», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 55, 1978.

Abstract

The safeguard of collective social rights against the economic freedom is one of the most complex issue posed by transnational movement of workers at the European level spread by economic globalization. The Community law offers alternative to achieve the desired balance between weighing and balancing in the economic and the social right.