

DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES Y MEDIDAS DE CONFLICTO COLECTIVO EN EL CONTEXTO DE LAS LIBERTADES ECONÓMICAS Y DE CIRCULACIÓN. SOBRE DOS PROPUESTAS LEGISLATIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA

ANTONIO TAPIA HERMIDA

*Doctor en Derecho
Profesor Titular de Derecho Mercantil.
Universidad Complutense de Madrid
Letrado de la Seguridad Social
Académico Correspondiente de la
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*

Extracto:

LA unidad económica y financiera de Europa solo se completará cuando las relaciones laborales, individuales y colectivas obedezcan a una regulación uniforme. Las propuestas legislativas de las que trata el presente trabajo constituyen un salto cualitativo en esa dirección.

Palabras clave: Unión Europea, ciudadanía europea, libertades económicas, libertades de circulación, desplazamiento de trabajadores, relaciones laborales, huelga y conflictos colectivos.

WORKERS DISPLACEMENT AND COLLECTIVE CONFLICT MEASURES IN THE CONTEXT OF THE FREEDOM OF MOVEMENTS AND ECONOMICS FREEDOMS. REGARDING TWO LEGISLATIVE PROPOSALS OF THE EUROPEAN UNION

ANTONIO TAPIA HERMIDA

*Doctor en Derecho
Profesor Titular de Derecho Mercantil.
Universidad Complutense de Madrid
Letrado de la Seguridad Social
Académico Correspondiente de la
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*

Abstract:

THE economic and financial unification of Europe will only be completed when the individual and collective labour relationships are ruled by a uniformed regulation. The legislative proposals discussed in this work are a qualitative jump to such direction.

Keywords: European Union, european citizenship, economic freedoms, freedoms of movement, workers displacement, labour relationships, strike and collective conflicts.

Sumario

- I. Introducción.
- II. La libertad de establecimiento, la libre prestación de servicios y la libre circulación de trabajadores como fundamentos de la Unión Europea.
 - 1. Los presupuestos de las libertades económicas y de circulación: la prohibición de discriminaciones y restricciones por razón de nacionalidad. La «ciudadanía europea».
 - 2. La libertad de establecimiento.
 - 3. La libre prestación de servicios.
 - 4. La libre circulación de trabajadores.
- III. El desplazamiento temporal de trabajadores.
- IV. El ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en el contexto de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios.
 - 1. Sobre el derecho de huelga y el cierre patronal.
 - 2. Las medidas de conflicto colectivo en perspectiva europea.

I. INTRODUCCIÓN

La Comisión Europea ha elaborado dos propuestas legislativas de indudable trascendencia para la Unión Europea. La realidad europea necesita atender, por una parte, a la mejora unidad económica y financiera europea evitando las deseconomías que provoca la fragmentación de las regulaciones laborales en tantos sistemas como Estados miembros de la Unión Europea y, por otra, al progreso social imponiendo la vigencia de derechos sociales mínimos e iguales para todos los ciudadanos europeos. Los propósitos de las dos propuestas legislativas son más modestos, solo orientados a eliminar el «dumping social», pero constituyen, conjuntamente con otras medidas,¹ el inicio de la andadura en esa dirección. La primera de ellas es la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo «relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios», de fecha 21 de marzo de 2012.² Constituye la segunda propuesta de reglamento del Consejo «sobre el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en el contexto de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios».³

¹ En ese mismo sentido se orienta la Directiva 2011/98/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro, en cuyo considerando 19 se dice que «en ausencia de legislación horizontal de la Unión, los derechos de los nacionales de terceros países varían en función de su nacionalidad y del Estado miembro en el que trabajen. Con el fin de seguir elaborando una política de inmigración coherente, reducir la desigualdad de derechos existente entre los ciudadanos de la Unión y los nacionales de terceros países que trabajan legalmente en un Estado miembro y completar el acervo existente en materia de inmigración, conviene establecer un conjunto de derechos para especificar, en particular, los ámbitos en los que se contempla la igualdad de trato entre los nacionales de un Estado miembro y tales naciones de terceros países que aún no tienen el estatuto de residentes de larga duración. El objetivo de esas disposiciones es establecer un nivel mínimo de igualdad de condiciones en la Unión, reconocer que dichos nacionales de terceros países contribuyen, mediante su trabajo y los impuestos que pagan, a la economía de la Unión, y actuar de salvaguardia para reducir la competencia desleal entre los nacionales de un Estado miembro y los nacionales de terceros países que derive en la posible explotación de estos últimos. Sin perjuicio de la interpretación del concepto de relación laboral contenida en otras disposiciones del Derecho de la Unión, la presente directiva debe dar una definición de trabajador de un tercer país, que abarque a todo nacional de un tercer país que haya sido admitido en el territorio de un Estado miembro, resida legalmente en él y al que se haya autorizado, en el contexto de una relación remunerada, a trabajar en dicho Estado miembro en virtud del Derecho o las prácticas nacionales», y en su considerando 20 que «todos los nacionales de terceros países que residan y trabajen legalmente en un Estado miembro deben gozar al menos de un conjunto común de derechos basados en la igualdad de trato con los nacionales del Estado miembro de acogida, independientemente del propósito inicial o del motivo de la admisión en su territorio. El derecho a la igualdad de trato en los ámbitos precisados en la presente directiva debe garantizarse no solo a los nacionales de terceros países admitidos en un Estado miembro con el fin de trabajar, sino también a los admitidos con otros fines y que posteriormente hayan obtenido acceso al mercado de trabajo en virtud de otras disposiciones del Derecho de la Unión o nacional». Lo que se manifiesta especialmente en su artículo 12.1 a), b) y c), a cuyo tenor, «Los trabajadores de terceros países a los que se refiere el artículo 3, apartado 1, letras b) y c), gozarán de igualdad de trato con los trabajadores nacionales en el Estado miembro en que residan en lo que se refiere a: a) condiciones laborales, incluso en materia de salario y despido, así como en materia de salud y seguridad en el trabajo; b) libertad de asociación y de afiliación y participación en una organización de trabajadores o empresarios o en cualquier organización profesional, incluidas las ventajas conferidas por dichas organizaciones, sin perjuicio de las disposiciones nacionales en materia de orden público y seguridad pública; c) educación y formación profesional».

² COM (2012) 131 final, 2012/0061 (COD).

³ COM (2012) 130 final 2012/0064 (APP).

Ambas propuestas constituyen una intervención específica («un paquete») que pretende aclarar la interacción entre el ejercicio de los derechos sociales y las libertades de establecimiento y de prestación de servicios en la Unión Europea consagradas tanto en el Tratado de la Unión Europea (TUE) como en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en consonancia con uno de los objetivos clave de aquellos Tratados, a saber, el logro de «una economía social de mercado altamente competitiva». La diferencia de instrumentos normativos propuestos, no obstante configurar una «unidad» o «paquete», se justifica por las siguientes razones:

- a) En cuanto a la proposición de una «directiva» para la «garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE», porque la ejecución de una directiva requiere y solo es posible, dada la tipología normativa de la Unión Europea, de otra directiva adoptable con base en los artículos 53, apartado 1, y 62 del TFUE, precisamente los mismos en los que se basó la Directiva 96/71/CE, y que permiten aprobar directivas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario.
- b) En relación con la propuesta de un reglamento «sobre el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en el contexto de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios», porque: a) El artículo 153, apartado 5, del TFUE excluye el derecho de huelga de las materias que pueden ser reguladas en toda la Unión Europea mediante normas mínimas establecidas por directivas, pero no excluye la medidas de conflicto colectivo del ámbito regulatorio del Derecho de la Unión Europea mediante reglamentos, adoptables con base en el artículo 352 del TFUE; b) «Un reglamento es el instrumento jurídico más adecuado para aclarar los principios generales y las normas aplicables a escala de la Unión Europea a efectos de conciliar el ejercicio de los derechos fundamentales con las libertades económicas en situaciones transfronterizas»; c) Resulta extraordinaria «la diversidad de sistemas de relaciones laborales existentes en los Estados miembros».

La globalización o universalización económica presupone un marco de libertad económica. Esto es, de libre circulación de mercancías, de libre prestación de servicios y de libertad de establecimiento, en la «era de la economía industrial y postindustrial», a las que se añadió, en la «era de las fianzas»,⁴ la libre circulación de capitales. Se conformó así el sistema de economía de mercado actual. En todo caso la realización de aquellas libertades que conforman el fenómeno económico global o universal de economía de mercado⁵ presupone un determinado sistema de relaciones industriales en libertad, basado en relaciones de trabajo en libertad, en el contrato de trabajo, que le es característico.

⁴ Indica PRIETO PÉREZ, E.: *La Era de las Finanzas. Mercados Financieros y Globalización*, Madrid: Real Academia de Doctores, 2002, págs. 12-13, que «en la era de la Industria la posición dominante en la actividad económica correspondía al sistema productivo, que estaba liderado por los capitanes de las empresas, portadores del espíritu de empresa. Las Finanzas eran necesarias y también estaban presentes, e incluso se reconocía que sin ellas no podía existir un sistema económico moderno; sin embargo, su papel no era de liderazgo, considerándose que estaban al servicio de las empresas, de modo que para el sistema productivo la actividad financiera era un sector de servicios como otros muchos. La transformación operada en los últimos veinte años supone la inversión de posiciones. En la Era de las Finanzas estas asumen el liderazgo e introducen un nuevo lenguaje, nuevos modelos operativos e imponen sus puntos de vista y valores».

⁵ Indica GALBRAITH, J.K.: *La economía del fraude inocente – La verdad de nuestro tiempo*, Barcelona: Crítica, 2004, págs. 15-18, que «cuando el capitalismo, el referente histórico, dejó de ser aceptable, el sistema fue rebautizado. El nuevo nombre resultó satisfactorio pero carecía de significado (...). La denominación destinada a sustituirlo es "sistema de mercado", una expresión respetable que cuenta con el respaldo de economistas, portavoces empresariales, políticos prudentes y periodistas. La palabra "capitalismo", aunque no muy a menudo, todavía es pronunciada por los perspicaces y expresivos

La libre circulación de trabajadores es una consecuencia natural y a la vez facilitadora de la definitiva implantación de aquel sistema global o universal de economía de mercado, fenómeno que no es nuevo pues nació con el incipiente capitalismo que desde su principio tuvo una vocación global o universal.⁶ Consiguientemente hay que «proyectar» e «implantar» el sistema de relaciones industriales que es consustancial al sistema de economía de mercado, en ese marco global/universal. Eso supone ordenar o regular jurídicamente (derechos-deberes) las relaciones laborales individuales (empresario-trabajador) acorde con ese marco, así como establecer un sistema de resolución de los conflictos de intereses que trascienda a las relaciones laborales individuales, esto es, regular los conflictos colectivos de trabajo.

Acorde con esa perspectiva, y la «primacía del Derecho de la Unión Europea»,⁷ indica la Comisión Europea, en sus propuestas de directiva⁸ y reglamento:⁹

defensores del sistema». Continuando, en págs. 18-19, en los siguientes términos: «No hay duda alguna sobre qué fue lo que motivó el cambio. El capitalismo surgió en Europa en la época mercantil con la manufactura, compra, venta y transporte de bienes y prestación de servicios. Después aparecieron los industriales, dotados del poder y prestigio otorgados por la propiedad directa o indirecta, y los trabajadores, víctimas de su indudable debilidad negociadora. La opresión fue el resultado de la ausencia de alternativas al trabajo duro y con frecuencia penoso (...). En Europa la palabra "capitalismo" afirmaba de modo demasiado estridente el poder de la propiedad y la magnitud de la opresión y sometimiento de los trabajadores (...). En Estados Unidos el término tenía connotaciones diferentes, pero igualmente negativas (...). A finales del siglo XIX, no eran solo los trabajadores estadounidenses quienes albergaban una actitud hostil hacia el capitalismo, sino también el público en general, que se sentían en gran medida afectado por él (...). Lo que siguió fue una decidida búsqueda de un nombre alternativo que fuera satisfactorio (...). Fue así como se llegó finalmente a «sistema de mercado», una designación más o menos culta que carecía de una historia adversa; De hecho una expresión que carecía por completo de historia». Afirmando, en pág. 24, que «hablar de un sistema de mercado (...), carece de sentido; es una fórmula errónea, insípida, complaciente»; McNEILL J.R. y McNEILL W.H.: *Las redes humanas*, Barcelona: Crítica, 2004, págs. 76 y 173, destacan que la existencia del mercado no constituye novedad remontándose a la época de los sumerios o incluso antes (que) «al facilitar la tarea de asignar valor monetario exacto a todo lo que se ofrecía en venta, simplificaron, aceleraron y ampliaron el comercio al por menor y al por mayor», y a China que, alrededor del año 1000 d. C., se constituyó en la primera «sociedad de mercado», mediante «los monasterios budistas (que) dotados de abundante riqueza se convirtieron en centros de difusión de las nuevas formas artísticas y religiosas, y, en medida no menor, del comportamiento de mercado. Después de todo, los monasterios eran empresas económicas además de religiosas».

⁶ «Una mirada serena y hasta donde resulte posible aséptica, a la Historia, especialmente desde la Edad Moderna, nos permite advertir que el paradigma de lo global ha estado presente de manera permanente en nuestra civilización, eso sí, en distintas acepciones», indica LÓPEZ CACHERO, M. en su Contestación al discurso «La Era de las Finanzas. Mercados Financieros y Globalización», pronunciado por PRIETO PÉREZ, E., en la toma de posesión como académico de número el día 22 de febrero de 2002, Real Academia de Doctores, Madrid 2002, págs. 58-59.

⁷ «La primacía del Derecho de la Unión sobre el Derecho de los Estados miembros había quedado recogida en el artículo I-6 del Tratado Constitucional entre los principios fundamentales de la Unión. Para poner fin a la polémica suscitada por la inclusión del principio de primacía en la Constitución, que no hacía sino reflejar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio de primacía se recoge en la Declaración n.º 17 (anexa al Tratado de Lisboa)», se indica en el apartado 3.10 del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «El Tratado de Lisboa y el funcionamiento del mercado único» (Dictamen de iniciativa), (2011/C 44/12). No puede olvidarse, como precisa aquel dictamen de iniciativa, en sus apartados 3.7 y 8, que «el Tratado de Lisboa vuelve al método de modificar los tratados existentes en el marco de una conferencia intergubernamental (CIG) a la que solo asisten representantes de los Estados, mientras que la preparación de la "Constitución" se había llevado a cabo en el marco de una convención formada en gran parte por diputados nacionales, (...). El Tratado de Lisboa marca así claramente una recuperación de poder por parte de los Estados miembros respecto de la Constitución, cuya naturaleza parecía más federalista. Esto queda ilustrado particularmente por la supresión de los símbolos que la Constitución había introducido y que podían hacer pensar en la creación de un Estado federal».

⁸ «Relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.»

⁹ «Sobre el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en el contexto de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios.»

- «La libre circulación de trabajadores, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios son principios fundamentales de la Unión Europea. La libre circulación de trabajadores debe distinguirse de la libre prestación de servicios, contemplada en el artículo 56 del TFUE. La "libre circulación de trabajadores" da a todos los ciudadanos el derecho a desplazarse libremente a otro Estado miembro para trabajar y residir allí con ese propósito, y los protege contra la discriminación en cuanto a empleo, remuneración y otras condiciones laborales respecto a los ciudadanos de ese Estado. En cambio, la "libre prestación de servicios" da a las empresas el derecho a prestar servicios en otro Estado miembro. Para ello, pueden enviar ("desplazar") temporalmente a sus propios trabajadores a otro Estado miembro para llevar a cabo el trabajo necesario para prestar los servicios.»
- «El derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, incluido el derecho de huelga, es un derecho fundamental que forma parte integrante de los principios generales del Derecho de la Unión Europea», según tiene declarada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que, «asimismo, reconoció que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo con la finalidad de proteger a los trabajadores constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción de una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado. La protección de los trabajadores figura, por tanto, entre las razones imperiosas de interés general reconocidas por el Tribunal de Justicia.»

La Comisión Europea destaca la trascendencia que al respecto ha tenido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia la cual, como precisa aquella institución de la Unión Europea, ha afirmado «de manera explícita que, dado que la Unión Europea tiene una finalidad no solo económica, sino también social, deben sopesarse los derechos derivados de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales en relación con los objetivos perseguidos por la política social, entre los que figuran la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, una protección social adecuada y el diálogo social».¹⁰

Circunstancia, precisan aquellas propuestas legislativas europeas, que ha «desatado un amplio e intenso debate sobre sus consecuencias para la protección de los derechos de los trabajadores desplazados y, de manera más general, sobre la medida en que los sindicatos pueden seguir protegiendo los derechos de los trabajadores en situaciones transfronterizas. Concretamente, han suscitado controversia acerca de la adecuación de las normas de la Unión Europea en vigor para proteger los derechos de los trabajadores en el contexto de la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento».

¹⁰ Aquella doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se recoge en sus Sentencias de 11 de diciembre de 2007, asunto C- 438/05 (International Transport Workers' Federation, Finis Seamen's Union y Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti), y de 18 de diciembre de 2007, asunto C-341/05 (Laval un Partneri Ltd. y Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbunde), cuyo transcripción concreta es la siguiente: «Dado que la Comunidad no solo tiene una finalidad económica, sino también social, deben sopesarse los derechos derivados de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales en relación con los objetivos perseguidos por la política social, entre los que figuran, en particular, como se indica en el artículo 136 CE, párrafo primero, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada y el diálogo social»; Me remito a mi trabajo «Libertades fundamentales (libre prestación de servicios y libertad de establecimiento) y medidas de conflicto colectivo. La comunidad no solo tiene una finalidad económica sino también social. (Comentario a las SS de 11 de diciembre de 2007, asunto C-248/05, Internacional Transport Workers' Federation, Finis Seamen's Union y Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti, y de 18 de diciembre de 2007, asunto 341/05, Laval un Partneri Ltd. y Svenska byggnadsarbetareförbundet, Svenske Byggnadsarvetareförbundets avdelning, Byggettan, Svenaka Elektrikerförbundet)», publicado en esta Revista, núm. 301, abril 2008, págs. 79-116.

Las propuestas normativas a las que venimos haciendo referencia se identifican con el núcleo del sistema de economía de mercado actual, globalizado o universalizado, constituyendo una prolongación de la protección dispensada por el Derecho de la Unión Europea a los trabajadores que son desplazados en el marco del ejercicio por su empresario del derecho fundamental a la libre prestación de servicios. Cuestión que se ha venido considerando desde una perspectiva no ideológicamente neutra, revelando la tensión en que se desenvuelve el sistema clásico de relaciones industriales heredado de la Revolución Industrial¹¹ y que supone la contraposición entre el «capital» y el «trabajo», en términos de intereses y de clases sociales en las conocidas tesis marxianas. En todo caso y sin entrar en semejante cuestión,¹² conviene recordar los esfuerzos por la legislación y jurisprudencia de la Unión Europea por mitigar semejante descabamiento, o en términos marxianos, contraposición y enfrentamiento, aludiéndose a que la acción de la Unión Europea implica:

- a) No solamente un «mercado interior caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales»,
- b) sino también «una política en el ámbito social»,
- c) esto es, «un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas», y «un alto nivel de empleo y de protección social».

¹¹ Absolutamente superado, en términos económicos, en los que puede afirmarse que a la altura de la civilización del siglo XXI la gente no «entra» ya en el aparato productivo (no es un «activo» material o inmaterial) sino que «vale por lo que sabe y piensa».

¹² «En el siglo XVIII no faltó la fe en el progreso como nueva forma de esperanza humana, y (se) siguió considerando la razón y la libertad como la estrella-guía que se debía seguir en el camino de la esperanza. Sin embargo, el avance cada vez más rápido del desarrollo técnico y la industrialización que comportaba crearon muy pronto una situación social completamente nueva: se formó la clase de los trabajadores de la industria y el así llamado proletariado industrial, cuyas terribles condiciones de vida ilustró de manera sobrecogedora Friedrich Engels en 1845. Para el lector debía estar claro: esto no puede continuar, es necesario un cambio. Pero el cambio supondría la convulsión y el abatimiento de la estructura de la sociedad burguesa. Después de la revolución de 1789, había llegado la hora de una nueva revolución, la proletaria: el progreso no podía avanzar simplemente de modo lineal a pequeños pasos. Hacía falta el salto revolucionario. Karl MARX recogió esta llamada del momento y, con vigor de lenguaje y pensamiento, trató de encauzar este nuevo y, como él pensaba, definitivo gran paso de la Historia hacia la salvación, hacia lo que KANT había calificado como el reino de Dios. Al haber desaparecido la verdad en el más allá, se trataría ahora de establecer la verdad del más acá. La crítica del cielo se transformó en crítica de la tierra, la crítica de la teología en crítica de la política. El progreso hacia lo mejor, hacia el mundo definitivamente nuevo, ya no viene simplemente de la ciencia, sino de la política; de una política pensada científicamente, que sabe reconocer la estructura de la Historia y de la sociedad y así se inicia el camino hacia la salvación, hacia el cambio de todas las cosas. Con precisión puntual, aunque de modo unilateral y parcial, MARX ha descrito la situación de su tiempo y ha ilustrado con gran capacidad analítica los caminos hacia la revolución, y no solo teóricamente: con el partido comunista, nacido del manifiesto de 1848, dio inicio también concretamente a la revolución. Su promesa, gracias a la agudeza de su análisis y a la clara indicación de los instrumentos para el cambio radical fascinó y fascina todavía hoy de nuevo (...). Pero con su victoria se puso de manifiesto también el error fundamental de MARX. Él indicó con exactitud cómo lograr el cambio total de la situación. Pero no nos dijo cómo se debería proceder después (...). Es fase intermedia la conocemos muy bien, y también sabemos cuál ha sido su desarrollo posterior: en lugar de alumbrar un mundo sano, ha dejado tras de sí una destrucción desoladora», precisa Benedicto XVI (Joseph Ratzinger) en la carta encíclica *Spe Salvi*, (publicada en el periódico *ABC*, del 6 de diciembre de 2007), epígrafe «La transformación de la fe-esperanza cristiana en el tiempo moderno», puntos 20-21; Sobre la Ilustración *vid.* PALACIO ATARD, V.: *Manual de Historia Universal*, t. III, Edad Moderna, Madrid: Espasa-Calpe, 1959, págs. 606-627 y 645-661; Acerca de la prestación del trabajo a lo largo de la historia *vid.* ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo* (5.ª ed.), Madrid, 1995. Una perspectiva sobre «las desastrosas condiciones de trabajo y su repercusión en la población obrera», durante la Revolución Industrial, en GONZÁLEZ SÁNCHEZ: *Seguridad e Higiene en el Trabajo. Formación histórica y fundamentos*, Madrid: Consejo Económico y Social, 1997, págs. 47-60. También en GALBRAITH, J.K.: *Historia de la Economía* (5.ª ed.), Barcelona: Ariel, 1991, págs. 110-111.

II. LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO, LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES COMO FUNDAMENTOS DE LA UNIÓN EUROPEA

Aquellas libertades proscriben las discriminaciones y restricciones por razón de la nacionalidad, y afirman la «ciudadanía europea». La libre circulación de personas, que tienen por objeto facilitar a los ciudadanos de la Unión el ejercicio de cualquier tipo de actividad profesional en el territorio de la Unión, se opone a las medidas que pudieran colocar a los nacionales de un Estado miembro en una situación desfavorable en el supuesto de que desearan ejercer una actividad económica en el territorio de otro Estado miembro.¹³ De tal manera que «la ciudadanía de la Unión confiere a todo ciudadano de la Unión un derecho primario e individual a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación».¹⁴

1. Los presupuestos de las libertades económicas y de circulación: la prohibición de discriminaciones y restricciones por razón de nacionalidad. La «ciudadanía europea»

El resultado del «sopesamiento» o «justo equilibrio» entre los objetivos buscados mediante la proclamación como derechos sociales fundamentales comunitarios de las libertades económicas, las libertades de circulación, está mediatizado, en todo caso, por el respeto y protección de los «derechos humanos», cuya base es el «tratamiento igual».¹⁵ Pero el punto de partida para lograr semejante objetivo es confuso, pues las regulaciones de los derechos sociales, de la libertad de establecimiento, de la libre prestación de servicios y del libre desplazamiento de trabajadores en el seno de la Unión Europea se desenvuelven en marco contradictorio.

¹³ STJUE de 10 de marzo de 2011, asunto C-379/09, *Maurits Casteels y British Airways plc*, que reitera la jurisprudencia anterior recogida en las SSTJUE de 7 de julio de 1988, asuntos acumulados 154/87 y 155/87, *Wolf y otros*; de 26 de enero de 1999, asunto C-18/95, *Terhoeve*; de 11 de septiembre de 2007, asunto C-318/05, *Comisión/Alemania*; de 1 de abril de 2008, asunto C-212/06, *Gouvernement de la Communauté française, Gouvernement Wallon y Gouvernement Flaman*; de 13 de abril de 2010, y de la misma fecha, asunto C-91/08, *Wall AG y Municipio de Fráncfort del Meno, Frankfurter Entsorgung und Service (FES) GmbH*, en el que participa: *Deutsche Städte Medien (DSM) GMBH*, precisándose en esta última sentencia «que los artículos 43 CE y 49 CE constituyen aplicaciones específicas de la prohibición general de discriminación por razón de nacionalidad consagrada en el artículo 12 CE», acogiéndose a la doctrina de las SSTJUE de 8 de marzo de 2001, asuntos C-397/98 y C-10/98, *Metallgesellschaft y otros*; y de 17 de enero de 2008, asunto C-105/07, *Lammers & Van Cleeff*.

¹⁴ Indica el Abogado General Sr. Yves Bot, en la conclusión 36, de las presentadas el 27 de marzo de 2012, en el asunto C-83/11, *Secretary of State for the Home Department Contra Muhammad Sazzadur Rahman, Fazly Rabby Islam, Mohibullah Rahman*.

¹⁵ La doctrina sobre igualdad en la ley, «que puede considerarse resumida en el fundamento jurídico 1 de la STC 144/1988, de 12 de julio, en el que se declaró que el principio de igualdad prohíbe al legislador configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria» (SSTC 125/2003, de 19 de junio y 330/2005, de 15 de diciembre). En materia retributiva se puede resumir en el principio «un mismo trabajo o un trabajo de igual valor debe ser retribuido de la misma manera» (STJCE de 17 de septiembre de 2002, asunto C-320/00). Aquel principio que «constituye una expresión específica del principio general de igualdad que prohíbe que se traten de manera diferente situaciones comparables, a menos que este trato esté objetivamente justificado, forma parte de los fundamentos de la Comunidad (Unión Europea)». (SSTJCE de 8 de abril de 1976, *Defrenne II*, asunto 43/75 y de 26 de junio de 2001, *Brunnhöfer*, asunto C-381/99).

Efectivamente, aquella contradicción se constata cuando se repara en que: a) Por una parte, se alude a «extranjeros», en cuanto que sujetos con diferente «estatus civitatis», cuando se alude a prestadores de servicios y trabajadores desplazados de diferente nacionalidad a la que corresponde a los prestadores de servicios y trabajadores del país al que se desplazan; b) Por otra parte, los nacionales de los Estados miembros que ejercen la libre prestación de servicios y los trabajadores que se desplazan a otro Estado miembro tienen «ciudadanía europea», esto es, tienen en mismo «estatus civitatis» que los prestadores de servicios y los trabajadores de los países a los que se desplazan.

Dado que la «vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros»,¹⁶ la conclusión no puede ser otra que advertir que los ciudadanos de la Unión Europea que ejercen sus libertades de prestación de servicios o de circulación «son y no son al mismo tiempo extranjeros». Fragante contradicción que rompe frontalmente con la «ley de indiscernibilidad de los idénticos, según la cual todo lo que se puede predicar de una cosa se puede predicar de lo que se identifique con ella».¹⁷

La imposibilidad de mantener semejante ruptura del discurso racional/lógico hace que las referencias de las normas de la Unión Europea relativas a las libertades de circulación, a «nacionales» de uno u otro Estado miembro, tanto respecto de personas físicas como jurídicas, tengan un mero carácter retórico y un alcance limitado refiriendo únicamente la coexistencia de sistemas jurídicos distintos. Todo ello coherentemente con la realidad y preeminencia actual de la ciudadanía europea de los nacionales de los Estados miembros. De tal manera que la toma en consideración del elemento retórico de «extranjería» no impide que los Tratados Fundacionales (de la Unión Europea y de Funcionamiento de la Unión Europea), y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, proscriban y prohíban toda discriminación por razón de la nacionalidad de un Estado miembro (art. 18 TFUE).¹⁸

El carácter fundamental de las libertades de establecimiento, de prestación de servicios y de circulación de trabajadores, en el seno de la Unión Europea, determina inexorablemente que no pueda efectuarse discriminación alguna, respecto de quienes las ejercitan, por razón de su nacionalidad. Principio básico de no discriminación que, establecido en el artículo 18 del TFUE,¹⁹ sin embargo,

¹⁶ SSTJCE de 20 de septiembre de 2001, Grzelczyk, asunto C-184/99; de 15 de marzo de 2005, Bidar, asunto C-209/03; de 7 de junio de 2007, Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos, asunto C-50/06; y de 11 de septiembre de 2007, Herbert Schwarz, asunto C-76/05.

¹⁷ GARCÍA TREVIJANO, C.: *El arte de la lógica*, Madrid: Tecnos, 2008, pág. 144; Sobre lógica clásica de primer orden con identidad FALGUERA LÓPEZ, J.L. y MARTÍNEZ VIDAL, C.: *Lógica Clásica de Primer Orden. Estrategias de deducción, formalización y evaluación semántica*, Madrid: Trotta, 1999, págs. 377 ss.; La «verdad lógica» es tratada por PEÑA, L.: *Introducción a las lógicas no clásicas*, Universidad Autónoma de México, 1993, págs. 17-21.

¹⁸ Antiguos artículos 7 del Tratado CEE y 12 CE.

¹⁹ El actual artículo 18 del TFUE, que dice lo siguiente: «(antiguo artículo 12 TCE) En el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán establecer la regulación necesaria para prohibir dichas discriminaciones»; Según indica la Abogada General Sra. Juliane Kokott, en las conclusiones 26, 27, 32 y 36, de las presentadas el 28 de febrero de 2008, en el asunto C-164/07: a) «El artículo 12 CE, párrafo primero, prohíbe en el ámbito de aplicación del Tratado toda discriminación por razón de la nacionalidad» (SSTJCE de 11 de septiembre 2007, asunto C-318/05, Comisión/Alemania, de 11 de septiembre de 2007, asunto C-76/05, Schwarz y Gootjes-Schwarz, de 23 de octubre de 2007, asunto C-11/06 Morgan, de 12 de julio de 2005, asunto C-403/03, Schempp, de 2 de octubre de 2003, asunto C-148/02, García Avello, y de 24 de noviembre de 1998, asunto C-274/96, Bickel y Franz); b) «Entre las situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario se incluyen las

únicamente se aplica de manera independiente respecto de aquellos supuestos o situaciones para las que no se prevean normas específicas contra la discriminación por razón de la nacionalidad.²⁰

Las libertades de circulación están reguladas en un conjunto heterogéneo de normas cuya eficacia jurídica dista de ser idéntica (tratados fundacionales, reglamentos y directivas, principalmente), que ha de ser objeto de interpretación, cuidadosa y ordenada, si bien su distinta naturaleza conlleva que los criterios hermenéuticos a utilizar no deban emplearse siempre, ni en el mismo orden, ni en el mismo sentido, ni con la misma intensidad. Existe no obstante un criterio general, según el cual debe tenerse en cuenta no solo el tenor literal de la norma (interpretación gramatical), sino también el contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte²¹ (interpretación teleológica),²² que reviste una singular importancia cuando la norma a interpretar sea una directiva o una norma nacional adaptativa a la misma.

Efectivamente, «el derecho a la libre circulación de los ciudadanos y sus familiares en la Unión es uno de los principios fundamentales en los que se basa la Unión y de la ciudadanía europea. Los ciudadanos de la Unión tienen derecho a desplazarse y a residir libremente dentro del territorio de los Estados miembros (...). En el ejercicio de estos derechos se garantiza a los ciudadanos la igualdad de trato a los nacionales en las condiciones establecidas por el Derecho de la Unión. La aplicación efectiva de la legislación de la Unión en la materia es, por lo tanto, prioritaria»,²³ imponiéndose a las instituciones comunitarias el deber de «supervisar la ejecución y la aplicación de estas normas para garantizar el derecho a la libre circulación».²⁴

relativas al ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado»; c) «El estatuto de ciudadano de la Unión está destinado a convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros, permitiendo a aquellos de tales nacionales que se encuentran en la misma situación obtener el mismo trato jurídico en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Tratado, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto» (SSTJCE de 11 de septiembre de 2007, asunto C-318/05, Comisión/Alemania, de 23 de marzo de 2004, asunto C-138/02, Collins, de 2 de octubre de 2003, asunto C-148/02, García Avello, de 11 de julio de 2002, asunto C-224/98, D’Hoop, y de 20 de septiembre de 2001, asunto C-184/99, Grzelczyk); d) «La prohibición de discriminación exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que este trato esté justificado objetivamente» (SSTJCE de 12 de septiembre de 2006, asunto C-300/04, Eman y Sevinger, de 10 de enero de 2006, asunto C-344/04, IATA y ELFAA, y de 2 de octubre de 2003, asunto C-148/02, García Avello). Esto es, una discriminación solo puede consistir en la aplicación de normas distintas a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes (SSTJCE de 14 de febrero de 1995, asunto C-279/93, Schumacker, de 22 de marzo de 2007, asunto C-383/05, Talotta, y de 18 de julio de 2007, asunto C-182/06, Lakebrink y Peters-Lakebrink).

²⁰ SSTJUE de 11 de marzo de 2001, asunto C-397/98, Metallgesellschaft y otros; de 11 de octubre de 2007, asunto C-443/06, Hollmann; de 26 de noviembre de 2002, asunto C-100/01, Oteiza Olazábal; de 29 de abril de 2004, asunto C-387/01, Weigel; y de 17 de enero de 2008, asunto C-105/07, Lammers & Van Cleeff NV contra Belgische Staat.

²¹ SSTJUE de 17 de noviembre de 1983, asunto 292/82, Merck; de 14 de octubre de 1999, asunto C-223/98, Adidas; de 7 de junio de 2005, asunto C-17/03, VEMW y otros; de 10 de septiembre de 2009, asunto C-199/08, Eschig; y de 15 de abril de 2010, asunto C-518/08, Fundación Gala-Salvador Dalí, Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP) contra Société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques (ADAGP), Juan-Leonardo Bonet Domènech, y otros.

²² STJUE de 23 de diciembre de 2009, asunto C-45/08, Spector Photo Group NV, Chris Van Raemdonck contra Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen (CBFA). También lo indica la Abogada General, Sra. Juliane Kokott, en la conclusión 53 de las presentadas el 10 de septiembre de 2009 en ese asunto.

²³ Precisa el «Programa de Estocolmo – Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano», formulado por el Consejo Europeo, para el periodo 1010-1014, publicado en el DOUE de 4 de mayo de 2010, (Serie «C», núm. 115), punto 2.2.

²⁴ *Id.* nota anterior.

Bien entendido que «la libertad de circulación no solo otorga derechos, sino también impone obligaciones a quienes se benefician de ella», siendo por ello preciso «evitar los abusos y los fraudes». «La obtención del derecho de residencia en virtud del Derecho de la Unión para los ciudadanos y sus familiares es una ventaja inherente al ejercicio del derecho de libre circulación», y «el objetivo de dicho derecho es evitar la elusión de las normas de inmigración», por ello «los Estados miembros deben salvaguardar y proteger más el derecho de libre circulación, colaborando entre sí y con la Comisión».²⁵

2. La libertad de establecimiento

Según se establece en el artículo 49 del TFUE²⁶ están «prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro». Aquella libertad de establecimiento comprenderá «el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas» y, «especialmente, de sociedades», en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales.

Consecuencia del artículo 49 del TFUE, indica reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es la oposición a cualquier medida nacional que, aun cuando sea aplicable sin discriminación por razón de la nacionalidad, pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio, por parte de los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea («ciudadanos europeos»), de la libertad de establecimiento garantizada por aquel Tratado.²⁷

La libertad de establecimiento es, pues, consustancial con el proyecto político europeo procurado mediante la eliminación de las barreras que afectan a los mercados y a los medios de producción. No en vano, se afirma, «establecerse es integrarse en una economía nacional», estando siempre ligada aquella libertad al ejercicio de una actividad a título lucrativo. Esa libertad fundamental, reconocida a las personas físicas y jurídicas de cualquier Estado miembro, comprende, sin perjuicio de las excepciones y de los requisitos previstos, el acceso en el territorio del resto de la Unión Europea a toda clase de actividades por cuenta propia y su ejercicio, abarcando también la constitución y la gestión de empresas, así como la apertura de agencias, sucursales y filiales.²⁸

Se trata de una noción muy amplia, que conlleva la posibilidad de participar, de forma estable y continua, en la vida económica de un Estado miembro distinto del de origen, favoreciendo la interpenetración económica y social dentro de la Comunidad, en el ámbito de las actividades por cuenta propia,²⁹ siendo necesario insistir en que la libertad de establecimiento, que reconoce el artículo 49 del TFUE a

²⁵ *Vid.* nota 23.

²⁶ Antiguo artículo 43 de la CE.

²⁷ SSTJCE de 31 de marzo de 1993, Kraus, asunto C-19/92; y de 14 de octubre de 2004, Comisión/Reino de los Países Bajos, asunto C-299/02.

²⁸ Conclusiones 25 y 26 de las presentadas el 7 de diciembre de 2004, por el Abogado General Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, en el asunto C-140/03.

²⁹ Conclusión 27, de las presentadas el 7 de diciembre de 2004, por el Abogado General Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, en el asunto C-140/03.

los ciudadanos de la Unión Europea comprende, (ex art. 54 TFUE), para las sociedades constituidas con arreglo a la legislación de un Estado miembro y cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión Europea, el derecho a ejercer su actividad en el Estado miembro de que se trate a través de una filial, de una sucursal o de una agencia.³⁰

Así pues, la libertad de establecimiento comprende «la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades», en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales. De tal manera que según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el artículo 49 del TFUE prohíbe toda regla nacional que pueda colocar a los nacionales de los demás Estados miembros en una situación, de hecho o de derecho, desventajosa en relación con la situación en que se encuentra, en las mismas circunstancias, un nacional del Estado miembro de establecimiento, y exige la supresión de cualesquiera restricciones a la libertad de establecimiento, a saber, todas las medidas que prohíben, obstaculizan o hacen menos atractivo el ejercicio de dicha libertad.

El domicilio de las sociedades (mercantiles, en particular), en el sentido del artículo 54 del TFUE, sirve para determinar, a semejanza de la nacionalidad de las personas físicas, su sujeción al ordenamiento jurídico de un Estado miembro. Admitir que el Estado miembro de establecimiento pueda aplicar libremente un trato distinto por el mero hecho de que el domicilio de una sociedad se halle en otro Estado miembro privaría de contenido al artículo 49 del TFUE.³¹ Con la libertad de establecimiento se pretende, así, garantizar el disfrute del trato nacional en el Estado miembro de acogida, al prohibir cualquier discriminación basada en el lugar del domicilio de las sociedades.³²

De esta manera la libertad de establecimiento se reconoce a las sociedades³³ constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión Europea oponiéndose incluso a que el Estado de origen obstaculice el establecimiento en otro Estado miembro de uno de sus nacionales o de una sociedad constituida de conformidad con su propia normativa nacional o interna.³⁴

3. La libre prestación de servicios

Establece el artículo 56 del TFUE³⁵ que están «prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión Europea para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Unión Europea que no sea el del destinatario de la prestación». Aquella libertad de prestación de servicios además se podrá extender «a los prestadores de servicios que sean nacionales de un tercer Estado y se hallen establecidos dentro de la Unión». Son «servicios las prestaciones realizadas

³⁰ STJCE de 21 de septiembre de 1999, Saint-Gobain ZN, asunto C-307/97.

³¹ SSTJCE de 28 de enero de 1986, Comisión/Francia, asunto 270/83; de 13 de julio de 1993, Commerzbank, asunto C-330/91; de 8 de marzo de 2001, Metallgesellschaft y otros, asuntos acumulados C-397/98; y C-410/98; y de 18 de julio de 2007, Oy AA, asunto C-231/05.

³² SSTJCE de 28 de enero de 1986, Comisión/Francia, asunto 270/83.

³³ SSTJCE de 21 de septiembre de 1999, Saint-Gobain ZN, asunto C-307/97; de 23 de febrero de 2006, Keller Holding, asunto C-471/04; y de 29 de marzo de 2007, Rewe Zentralfinanz eG, sucesora universal de ITS Reisen GmbH, y Finanzamt Köln-Mitte, asunto C-347/04

³⁴ STJCE de 16 de julio de 1998, ICI, asunto C-264/96.

³⁵ Antiguo artículo 49 de la CE.

normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas», considerándose como tales, en particular, las actividades de carácter industrial, de carácter mercantil, artesanal y profesional (art. 57 TFUE).³⁶

Por ello, quienes presten servicios podrán, «con objeto de realizar dicha prestación, ejercer temporalmente su actividad en el Estado donde se lleve a cabo la prestación, en las mismas condiciones que imponga ese Estado a sus propios nacionales».³⁷ La libre prestación de servicios obedece a los cambios sociopolíticos contemporáneos, con reducciones del sector público y abundancia de «privatizaciones»,³⁸ así como a las demandas desreguladoras³⁹ impuestas por el modelo «de mercado» actual,⁴⁰ con manifestaciones específicas en los textos constitucionales más modernos, habiéndose llevado acabo con especial intensidad, por precisos y concretos motivos histórico-políticos, en los Estados miembros de la Unión Europea.⁴¹ De tal manera que «el mercado ocupa ahora un espacio casi hegemónico en la vida personal, social, moral y política de nuestras sociedades».⁴²

³⁶ Me remito a mi trabajo «Limitaciones a la libre prestación de servicios y distorsiones de la competencia, derivadas de las obligaciones impuestas a los empresarios que desplazan trabajadores a otro estado miembro», publicado en esta Revista, núm. 308, noviembre 2008, págs. 97-152.

³⁷ Me remito a mi trabajo «Libre prestación de servicios y retribución debida a los trabajadores desplazados (Comentario a la STJCE de 3 de abril de 2008, asunto C-346/06, Dirk Rüffert, que actúa como administrador judicial de Objekt u Bauregie GmbH&Co. KG y land Niedersachsen)», publicado en esta Revista, núm. 303, junio 2008, págs. 81-128.

³⁸ GARCÍA RUIZ, E.: *La nueva sociedad anónima pública*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2006, pág. 75, considera que «las causas de política jurídica para privatizar hay que buscarlas en la crisis del modelo occidental del "estado de bienestar". El descontento con el modelo tradicional de bienestar público surgió tras los cambios sociales, económicos y políticos sobrevenidos en la década de los setenta, cuando se produce un desajuste social debido a que los sistemas sociales de bienestar tienen que afrontar nuevas exigencias derivadas de los cambios demográficos, los nuevos modelos de vida familiar y las nuevas pautas laborales, que suponen un aumento del gasto en servicios de bienestar y producen un aumento real de los niveles impositivos, lo que somete a tensiones adicionales el compromiso de estos programas»; Indica BUSTILLO SAIZ, M.ª M.: «Notas sobre la privatización de empresas que realizan actividades de interés público y sobre la "doctrina" de la acción de oro», *RDM*, núm. 259, enero-marzo 2006, pág. 15, que «el proceso de privatizaciones se ha sostenido también por valoraciones de orden político e ideológico ya que revisa el papel del Estado en la actividad económica (...). En ese orden de ideas otro objetivo de la privatización ha sido el promover una participación accionarial más amplia aumentando el número de acciones del público, en unos casos como medio de ampliar y expandir los mercados de capitales, y en otros casos por motivaciones políticas como p. ej., la democratización de la propiedad –el llamado capitalismo popular– o electoralismo».

³⁹ Según la STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 30 de septiembre de 2005, los posibles conflictos de industriales no se resuelven mediante fórmulas «puramente desreguladoras en el terreno laboral, en las que desaparezcan las garantías legales de la posición individual de los trabajadores, o las facultades colectivas»

⁴⁰ «Estoy convencido de que el sistema de economía de mercado es, como cualquier otra organización humana, intrínsecamente defectuoso», afirma SOROS, G.: *La crisis del capitalismo global*, Madrid: Debate, 1999, pág. 61; «Los grandes ilusionistas del Estado-mercado promueven una cultura colmada de mitología», afirma NAPOLEONI, L.: *Economía canalla*, Barcelona: Paidós, 2008, pág. 204, indicando, en pág. 162, que «el desmantelamiento del comunismo dio el pistoletazo de salida a la transición desde el Estado-nación al Estado-mercado», y en pág. 184 que «el genocidio político, la esclavitud y la explotación han acompañado a menudo las grandes transformaciones del pasado (...) la Revolución Industrial tuvo sus cimientos en una burda explotación laboral y contaminó todo el planeta. Sin embargo el crecimiento económico, al final y siempre, se sale con la suya y trae consigo progreso y modernización para los supervivientes. Si la historia tiene que servirnos de guía, esta vez la economía canalla podrá rediseñar literalmente nuestro mapa del mundo y conducirnos a una civilización nueva. Pero antes de alcanzar ese objetivo, el mundo debe, otra vez, pasar por el caos bíblico, la anarquía, las mareas y la hambruna. Tiene que completar la larga marcha del desierto político de Hannah Arendt y derrotar finalmente a la última ilusión: la política moderna».

⁴¹ Ejemplificados en «la caída del Muro de Berlín», iniciada en la noche del 9 de noviembre de 1989, el «día del cambio» («die Wende»).

⁴² DE GARAY, J.: *Filosofía del mercado*, Madrid: Plaza y Valdés, 2008, págs. 12-13.

Bien entendido que la liberalización no se ha operado automáticamente y respecto de todo tipo de servicios (art. 59 TFUE), por más que se exija un esfuerzo en ese sentido a los Estados miembros (art. 60 TFUE), previniéndose no obstante que en tanto no se supriman las restricciones a la libre prestación de servicios, cada uno de los Estados miembros aplicará tales restricciones, sin distinción de nacionalidad o residencia, a todos los prestadores de servicios nacionales de Estados miembros de la Unión Europea (art. 61 TFUE).

La libre prestación de servicios exige que además de eliminarse toda discriminación por razón de su nacionalidad en perjuicio del prestador establecido en otro Estado miembro, se suprima cualquier otra restricción,⁴³ aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos.⁴⁴

Por todo ello el Derecho de la Unión Europea se opone tanto a la aplicación de toda normativa nacional que dificulte más la prestación de servicios entre Estados miembros,⁴⁵ como a la aplicación de toda normativa nacional que dificulte más la prestación de servicios entre Estados miembros que la prestación de servicios puramente interna en un Estado miembro,⁴⁶ pudiendo ser invocado el derecho a la libre prestación de servicios frente al Estado o a otros particulares, por una empresa donde esté establecida cuando dichos servicios se presten a destinatarios establecidos en otro Estado miembro y, en términos generales, incluso en el supuesto de que el prestador de servicios ofrezca sus servicios en el territorio de un Estado miembro distinto de aquel en el cual se halla establecido.⁴⁷

Se precisa⁴⁸ que si bien el Derecho de la Unión Europea no resuelve expresamente la cuestión del efecto horizontal «directo e indirecto» de la libre prestación de servicios, sí lo hace implícitamente, bastando para ello «considerar el lugar y la función que estas disposiciones tienen en la economía

⁴³ SSTJUE de 18 de julio de 2007, asunto C-490/04, Comisión/Alemania; de 25 de julio de 1991, asunto C-76/90, Säger; de 28 de marzo de 1996, asunto C-272/94, Guiot; y de 19 de enero de 2006, asunto C-244/04, Comisión/Alemania.

⁴⁴ SSTJUE de 8 de septiembre de 2005, asuntos acumulados C-544/03 y C-545/03, Mobistar y Belgacom Mobile; de 5 de diciembre de 2006, asuntos acumulados C-94/04 y C-202/04, Cipolla y otros; de 11 de enero de 2007, asunto C-208/05, ITC; y de 13 de diciembre de 2007, asunto C-250/06, United Pan-Europe Communications Belgium SA, Coditel Brabant SPRL, Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision (Brutélé), Wolu TV ASBL.

⁴⁵ STJUE de 11 de septiembre de 2007, asunto C-76/05, Schwarz y Gootjes-Schwarz; Las restricciones a la libre prestación de servicios se hallan muy vinculadas a las restricciones a la libertad de establecimiento (previstas en los artículos 49 y 56 TFUE) hincándose por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que tales restricciones consisten en medidas que prohíben, obstaculicen o hagan menos interesante el ejercicio de dichas libertades (SSTJUE de 15 de enero de 2002, asunto C-439/99, Comisión/Italia; de 5 de octubre de 2004, asunto C-442/02, CaixaBank France; de 30 de marzo de 2006, asunto C-451/03, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti; de 4 de diciembre de 2008, asunto C-330/07, Jobra; y de 29 de marzo de 2011, asunto C-565/08, Comisión/Italia). En particular, el concepto de restricción abarca las medidas adoptadas por un Estado miembro que, aunque sean indistintamente aplicables, afectan al acceso al mercado de las empresas de otros Estados miembros (SSTJUE de 5 de octubre de 2004, asunto C-442/02, CaixaBan; de 28 de abril de 2009, asunto C-518/06, Comisión/Italia; y de 29 de marzo de 2011, asunto C-565/08, Comisión/Italia).

⁴⁶ SSTJUE de 28 de abril de 1998, Safir, asunto C-118/96; y de 30 de enero de 2007, asunto C-150/04, Comisión/Reino de Dinamarca.

⁴⁷ STJUE de 5 de octubre de 1994, asunto C-381/93, Comisión/Francia.

⁴⁸ Por el Abogado General Sr. Poirares Maduro, en la conclusión 31, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05, resuelto por STJUE de 11 de diciembre de 2007.

del Tratado». ⁴⁹ Destacándose ⁵⁰ que, por una parte, «las disposiciones sobre libre circulación forman parte de un conjunto (formado, por aquellas libertades y las relativas a la defensa de la competencia) coherente de normas cuya finalidad, que se describe en el artículo 3 de la CE, ⁵¹ es garantizar la libre circulación de mercancías, servicios, personas y capitales entre los Estados miembros, en un mercado de libre competencia, «fundamentalmente, confiriendo derechos a los operadores del mercado», y que, por otra parte, las normas relativas a la libre prestación de servicios «en esencia, protegen a los operadores del mercado facultándoles para impugnar determinados impedimentos a la posibilidad de competir en igualdad de condiciones en el mercado común», al extremo de que «sin las normas sobre libre circulación y competencia resultaría imposible alcanzar el objetivo fundamental de la Unión Europea de tener un mercado (común) que funcione (eficientemente)».

Por tanto, se añade, ⁵² «no resulta sorprendente que las normas fundacionales de la Unión Europea confieran a los operadores del mercado derechos que pueden ser invocados tanto contra las autoridades de los Estados miembros como contra otros sujetos, sean o no empresarios. En lo que atañe a las empresas u otros operadores en el mercado, las exigencias de no discriminación y ausencia de restricciones atribuyen a las normas reguladoras de la "competencia" (prácticas restrictivas y competencia desleal) un papel principal. Cuando se alude a las autoridades de los Estados miembros, ese papel principal y preponderante se desenvuelve directa e inmediatamente por las disposiciones sobre las libertades de circulación. Consecuentemente, para garantizar eficazmente los derechos de los operadores del mercado, las normas sobre competencia tienen un efecto horizontal, mientras que las normas sobre libre circulación tienen un efecto vertical».

Ciertamente «los Estados miembros son los destinatarios principales de las libertades fundamentales, de manera que, en principio, solo las medidas de los Estados miembros se pueden evaluar directamente a la luz de las libertades fundamentales». ⁵³ No obstante, por una parte, «para calificar la actuación de una persona o institución como medida de los Estados miembros sujeta a las libertades fundamentales no es imprescindible ni una pertenencia formal de dicha persona o institución a la autoridad pública ni que tenga una forma jurídica de Derecho público», ⁵⁴ y, por otra parte, como «medidas públicas atribuibles a los Estados miembros también se pueden considerar los actos de personas jurídicas de Derecho privado que están controladas, directa o indirectamente, por el Estado miembro de que se trate». ⁵⁵

⁴⁹ *Vid.* nota anterior.

⁵⁰ Señala el Abogado General Sr. Poirares Maduro, en las conclusiones 32, 33, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05, resuelto por STJUE de 11 de diciembre de 2007.

⁵¹ Precepto derogado y sustituido, en sustancia, por el artículo 7 del TFUE y por los artículos 13, apartado 1, y 21, apartado 3, párrafo segundo, del TUE.

⁵² Precisa el Abogado General Sr. Poirares Maduro, en la conclusión 34, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05, resuelto por STJUE de 11 de diciembre de 2007.

⁵³ Indica la Abogada General Sra. Verica Trstemjak en la conclusión 29 de las presentadas el 28 de marzo de 2012, en el asunto C-171/11, Fra.bo SpA contra Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches eV (DVGW) - Technisch-Wissenschaftlicher Verein, con cita de las SSTJUE de 1 de octubre de 1987, asunto 311/85, Van Vlaamse Reisbureaus; y de 6 de junio de 2002, asunto C-159/00, Sapod Audic.

⁵⁴ Destaca la Abogada General Sra. Veerica Trstemjak en la conclusión 29 de las presentadas el 28 de marzo de 2012, en el asunto C-171/11, Fra.bo SpA contra Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches eV (DVGW) - Technisch-Wissenschaftlicher Verein, con cita de las SSTJUE de 18 de mayo de 1989, asuntos acumulados 266/87 y 267/87, Association of Pharmaceutical Importers y otros; y de 15 de diciembre de 1993, asunto C-292/92, Hünermund y otros.

⁵⁵ Precisa la Abogada General Sra. Verica Trstemjak en la conclusión 29 de las presentadas el 28 de marzo de 2012, en el

Esto es, «se aprecia una tendencia a extender indirectamente el ámbito de aplicación de las libertades fundamentales, en circunstancias especiales, a la actuación de particulares, aunque estos no ejerzan poderes similares a los de la autoridad pública». ⁵⁶ Además, «junto a esta extensión indirecta del ámbito de aplicación de las libertades fundamentales a la actuación de particulares, el Tribunal de Justicia ha aceptado también una aplicación directa de las libertades fundamentales a ciertos tipos de normas colectivas acordadas por particulares». ⁵⁷ De tal manera que por «jurisprudencia ya asentada el Tribunal de Justicia ha resuelto que los artículos 45, 49 y 56 del TFUE no rigen solamente la actuación de las autoridades públicas, sino que se extienden asimismo a las normativas de otra naturaleza que tengan por finalidad regular colectivamente el trabajo por cuenta ajena, el trabajo por cuenta propia y las prestaciones de servicios». ⁵⁸

Con la consecuencia de que «en la medida en que ciertos tipos de normas colectivas de naturaleza jurídica no pública están comprendidos en el ámbito de las libertades fundamentales, toda medida o regla que contengan, aunque no sea de carácter discriminatorio, que pueda obstaculizar o hacer menos atractiva la realización de las libertades fundamentales garantizadas por los Tratados se ha de calificar de obstáculo, en principio prohibido, a la libertad fundamental de que se trate». ⁵⁹ Doctrina jurisprudencial que «implica también que se pueda comprobar la compatibilidad con las mencionadas libertades fundamentales de las normas acordadas por los interlocutores sociales y establecidas en convenio colectivo». ⁶⁰

asunto C-171/11, Fra.bo SpA contra Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches eV (DVGW) - Technisch-Wissenschaftlicher Verein, con cita de las SSTJUE de 12 de diciembre de 1990, asunto C-302/88, Hennen Olie; y de 5 de noviembre de 2002, asunto C-325/00, Comisión/Alemania.

⁵⁶ Destaca la Abogada General Sra. Verica Trstembjak en la conclusión 30 de las presentadas el 28 de marzo de 2012, en el asunto C-171/11, Fra.bo SpA contra Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches eV (DVGW) - Technisch-Wissenschaftlicher Verein, con cita de las SSTJUE de 9 de diciembre de 1997, asunto C-265/95, Comisión/Francia; y de 12 de junio de 2003, asunto C-112/00, Schmidberger.

⁵⁷ Señala la Abogada General Sra. Verica Trstembjak en la conclusión 31 de las presentadas el 28 de marzo de 2012, en el asunto C-171/11, Fra.bo SpA contra Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches eV (DVGW) - Technisch-Wissenschaftlicher Verein.

⁵⁸ Indica la Abogada General Sra. Verica Trstembjak en la conclusión 30 de las presentadas el 28 de marzo de 2012, en el asunto C-171/11, Fra.bo SpA contra Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches eV (DVGW) - Technisch-Wissenschaftlicher Verein, con cita de las SSTJUE de 12 de diciembre de 1974, asunto 36/74, Walrave y Koch; de 15 de diciembre de 1995, asunto C-415/93, Bosman; de 19 de febrero de 2002, asunto C-309/99, Wouters y otros; de 18 de julio de 2006, asunto C-519/04, Meca-Medina y Majcen/Comisión; de 11 de diciembre de 2007, asunto C-438/05, International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union, «Viking Line»; de 16 de marzo de 2010, asunto C-325/08, Olympique Lyonnais; y de 10 de marzo de 2011, asunto C-379/09, Casteels.

⁵⁹ Destaca la Abogada General Sra. Verica Trstembjak en la conclusión 36 de las presentadas el 28 de marzo de 2012, en el asunto C-171/11, Fra.bo SpA contra Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches eV (DVGW) - Technisch-Wissenschaftlicher Verein, con cita de las SSTJUE de 16 de marzo de 2010, asunto C-325/08, Olympique Lyonnais; y de 10 de marzo de 2011, asunto C-379/09, Casteels.

⁶⁰ Destaca la Abogada General Sra. Verica Trstembjak en la conclusión 33 de las presentadas el 28 de marzo de 2012, en el asunto C-171/11, Fra.bo SpA contra Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches eV (DVGW) - Technisch-Wissenschaftlicher Verein, y que señala en su conclusión 34 que «tal aplicación directa de las libertades fundamentales a ciertos tipos de normas colectivas de naturaleza jurídico-pública lleva a la conclusión de que las instituciones que las elaboran, pese a su carácter jurídico no público, al desarrollar su actividad normativa deben respetar las libertades fundamentales, siempre que dicha actividad afecte al ejercicio de las libertades fundamentales. Esto se designa generalmente con la expresión "efecto horizontal de las libertades fundamentales". Sin embargo, dado que, conforme a dicha jurisprudencia, el efecto horizontal solo afecta a los particulares en el marco de una actividad normativa bien definida, se trata de un efecto horizontal limitado».

Semejante diferenciación de efectos no puede extremarse, ni «hace válido el argumento a contrario de que el (Derecho de la Unión Europea) excluye el efecto horizontal de las disposiciones sobre libre circulación», pues aquel «efecto horizontal (directo o indirecto)⁶¹ se derivará lógicamente del (TFUE) cuando sea necesario para permitir que los operadores del mercado de toda la Comunidad tengan las mismas oportunidades de acceder a cualquier parte del mercado común».⁶² Resultando así:

- Que las normas sobre libre circulación se aplican directamente a toda actuación de un particular que pueda impedir de forma eficaz a otros ejercer su derecho a circular libremente.
- Que las disposiciones sobre libre circulación se aplican a las actuaciones de los particulares, que, debido a su efecto general sobre los titulares de derechos a la libre circulación, pueden restringirles el ejercicio de estos derechos, creando obstáculos que no puedan eludir razonablemente.
- Que la aplicación de las disposiciones sobre libre circulación a las acciones de los particulares reviste una particular importancia en el ámbito de las condiciones laborales y el acceso al empleo.
- Que las disposiciones sobre libre circulación no siempre ofrecen una solución específica para cada caso, sino que simplemente fijan unos límites dentro de los cuales puede resolverse un conflicto entre dos sujetos privados.

⁶¹ Como indica el Abogado General Sr. Poiares Maduro, en la conclusión 39, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05, resuelto por STJUE de 11 de diciembre de 2007, «una forma común de conferir fuerza normativa a los derechos constitucionales en las relaciones horizontales es considerarlos vinculantes para el juez a la hora de resolver un asunto entre particulares. Ya sea al interpretar una cláusula contractual, al pronunciarse en una reclamación por daños y perjuicios o al resolver una solicitud de medidas cautelares, el órgano jurisdiccional, como órgano del Estado, está obligado a dictar una sentencia que respete los derechos constitucionales de las partes. La delimitación de los derechos individuales de esta forma se conoce como "mittelbare Drittwirkung", o efecto horizontal indirecto». El resultado es que las normas constitucionales dirigidas al Estado se transforman en normas jurídicas que se aplican entre particulares, ilustrando que «el gobierno es el tercero en todo litigio entre particulares y lo es a través de la propia ley y del juez que la aplica». Añadiendo, en la conclusión 40, que «en lo que se refiere a la delimitación de los respectivos ámbitos de derechos, el efecto horizontal indirecto puede diferir del efecto horizontal directo en la forma; sin embargo, en lo esencial no hay ninguna diferencia».

⁶² Concreta el Abogado General Sr. Poiares Maduro, en la conclusión 35, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05, resuelto por STJUE de 11 de diciembre de 2007. Argumentando, en sus conclusiones 36 a 40, lo siguiente: «Por lo tanto, en el centro de la cuestión se encuentra la siguiente pregunta: ¿implica el Tratado que, para garantizar el correcto funcionamiento del mercado común, las disposiciones sobre libre circulación protegen los derechos de los operadores del mercado no solo limitando las facultades de las autoridades de los Estados miembros, sino también limitando la autonomía de los demás operadores? Parte de la doctrina ha propuesto que se responda a la cuestión de forma rotundamente negativa –su principal argumento es que las normas sobre competencia bastan para hacer frente a las interferencias en el correcto funcionamiento del mercado común de operadores no estatales–. Otros, sin embargo, han señalado que una actuación particular –es decir, una actuación que no emana en último término del Estado y a la que no se aplican las normas sobre competencia– puede, desde luego, obstaculizar el correcto funcionamiento del mercado común y, por lo tanto, sería un error excluir categóricamente tal actuación de las normas sobre libre circulación. (...) esta última opinión es más realista. También está apoyada por la jurisprudencia. El Tribunal de Justicia ha reconocido que las normas sobre libre circulación pueden limitar la autonomía de los particulares, especialmente en sus sentencias en los asuntos Comisión/Francia y Schmidberger. Ambos asuntos se apoyan fundamentalmente en el razonamiento de que los actos de los particulares pueden poner en peligro los objetivos de las disposiciones sobre libre circulación. Por lo tanto, el Tribunal de Justicia declaró que no se puede permitir a los particulares actuar sin tener en cuenta adecuadamente los derechos que se derivan para los demás particulares de las normas sobre libre circulación».

La circunstancia de que los sujetos privados estén sometidos a las normas sobre libre circulación no supone el fin de su autonomía privada, ni significa necesariamente que estén todos ellos sometidos exactamente a los mismos estándares. Ciertamente, las autoridades estatales pueden aplicar distintos criterios y baremaciones en sus análisis de cualquier obstrucción a las libertades de circulación, dependiendo de la procedencia y de la gravedad del obstáculo al ejercicio de las libertades de circulación, de la fuerza y validez de las contrapuestas reivindicaciones de autonomía privada. En definitiva, «los sujetos privados pueden todavía seguir haciendo a menudo cosas que las autoridades públicas no pueden».⁶³

De tal manera que «incluso en los casos que entran dentro de su ámbito de aplicación, las disposiciones sobre libre circulación no sustituyen al Derecho nacional como marco jurídico pertinente para la evaluación de los conflictos entre sujetos privados». Por ello «los Estados miembros tienen libertad para regular la conducta privada siempre que respeten los límites establecidos por el Derecho comunitario»,⁶⁴ y «el Derecho nacional (...) conserva su propio lugar en el marco normativo que regula los conflictos entre particulares. Al mismo tiempo, (que) se garantiza la efectividad del Derecho comunitario».⁶⁵

No obstante la aplicabilidad de los Derechos nacionales de los Estados miembros en cuestiones en que esté implicada la libre prestación de servicios, así como el grado de libertad de que gozan los Estados miembros para regular las relaciones «inter privados», tiene consecuencias o implicaciones materiales y procesales.⁶⁶ Semejante aplicación de las normas nacionales de un Estado miembro a los prestadores de servicios establecidos en otros Estados miembros ha de ser adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.⁶⁷

El Derecho de la Unión Europea al oponerse (art. 56 TFUE), en particular, a toda normativa nacional que pueda prohibir u obstaculizar en mayor medida las actividades del prestador estableci-

⁶³ Destaca el Abogado General Sr. Poiares Maduro, en la conclusión 49, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05, resuelto por STJUE de 11 de diciembre de 2007.

⁶⁴ Indica el Abogado General Sr. Poiares Maduro, en la conclusión 51, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05, resuelto por STJUE de 11 de diciembre de 2007.

⁶⁵ Señala el Abogado General Sr. Poiares Maduro, en la conclusión 54, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05, resuelto por STJUE de 11 de diciembre de 2007.

⁶⁶ Siguiendo las indicaciones del Abogado General Sr. Poiares Maduro, en las conclusiones 52 y 53, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05, resuelto por STJUE de 11 de diciembre de 2007, que son las siguientes: 1) «Aunque las normas del proceso civil varían de un sistema jurídico nacional a otro, un rasgo común es que las partes de los procedimientos son las principales responsables de determinar el contenido y el ámbito del litigio»; 2) «Si se permitiese a esas partes iniciar un procedimiento ante un órgano jurisdiccional nacional amparándose simplemente en las normas sobre libre circulación del Tratado aplicables, existiría el riesgo de que las normas nacionales aplicables no se tuvieran en consideración»; 3) «Para que esto no suceda, los Estados miembros pueden exigir, de conformidad con el principio de autonomía procesal, que las demandas contra un particular, basadas en la vulneración del derecho a la libre circulación, se interpongan dentro del marco jurídico nacional, conforme a una acción de Derecho interno, por ejemplo, de responsabilidad extracontractual o incumplimiento contractual»; 4) «Al resolver el litigio del que conoce, el órgano jurisdiccional nacional debe aplicar el Derecho nacional de conformidad con las normas sobre libre circulación del Tratado. Si esto no es posible, y el Derecho nacional entra en conflicto con las normas sobre libre circulación, entonces prevalecerán estas»; 4) «Si no existe una vía de recurso judicial, porque el Derecho nacional no contempla ninguna acción a través de la cual recurrir contra una vulneración del derecho a la libre circulación, entonces, conforme al principio de efectividad, la demanda podrá basarse directamente en la disposición pertinente del Tratado».

⁶⁷ SSTJUE de 25 de julio de 1991, asunto C-76/90, Säger; de 31 de marzo de 1993, asunto C-19/92, Kraus; y de 30 de noviembre de 1995, asunto C-55/94, Gebhard.

do en otro Estado miembro,⁶⁸ en el que presta legalmente servicios análogos,⁶⁹ determina, en primer lugar, que solo pueda limitarse la libre prestación de servicios mediante normas justificadas por razones imperiosas de interés general, y, en segundo lugar, que esas normas se apliquen a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el Estado miembro de acogida, en la medida en que dicho interés (general) no quede salvaguardado por las normas a las que está sujeto el prestador en el Estado miembro en el que está establecido.⁷⁰

4. La libre circulación de trabajadores

Para que una norma, acto o medida administrativa de un Estado miembro se considere restrictiva del derecho a la libre circulación de los trabajadores, no es necesario que se base en la nacionalidad de las personas afectadas ni siquiera que favorezca a la totalidad de los trabajadores nacionales o que perjudique solo a los trabajadores procedentes de los demás Estados miembros, y no a los trabajadores nacionales.⁷¹ Basta que la medida favorable beneficie a determinadas categorías de personas que ejerzan una actividad profesional en el Estado miembro en cuestión.⁷²

Por ello «todo ciudadano de la Unión puede invocar el artículo 18 del TFUE, que prohíbe la discriminación por razón de la nacionalidad en todas las situaciones comprendidas, *ratione materiae* en el Derecho de la Unión, entre las que figuran el ejercicio de la libre circulación y de residencia en el territorio de los Estados miembros tal y como se halla reconocida en el artículo 21 del TFUE, (siendo) irrelevante que eventualmente no ejerza ninguna actividad económica».⁷³ A lo que no obsta

⁶⁸ «El artículo 56 del TFUE no solo obliga a eliminar toda discriminación por razón de la nacionalidad contra el prestador de servicios establecido en otro Estado miembro, sino también a suprimir cualquier restricción que, pese a aplicarse indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, pueda producir el resultado de prohibir, obstaculizar o hacer menos atractivas las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos» (SSTJUE de 3 de octubre de 2000, asunto C-58/98, Corsten; de 8 de septiembre de 2009, asunto C-42/07; Liga Portuguesa de Futebol Profissional y Bwin International; y de 17 de marzo de 2011, asuntos aculados C-372/09 y C-373/09, Josep Peñarroja Fa.

⁶⁹ SSTJUE de 28 de abril de 1998, asunto C-118/96, Safir; y de 8 de septiembre de 2005, asuntos acumulados C-544/03 y C-545/03, Mobistar y Belgacom Mobile.

⁷⁰ SSTJUE de 23 de noviembre de 1999, asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, Arblade y otros; de 24 de enero de 2002, asunto C-164/99, Portugaia Construções; y de 21 de octubre de 2004, asunto C-445/03, Comisión/Luxemburgo.

⁷¹ SSTJUE de 6 de junio de 2000, asunto C-281/98, Angonese; y de 16 de enero de 2003, asunto C-388/01, Comisión/Italia; Me remito a mi trabajo «Libre circulación de trabajadores, libre prestación de servicios y libertad de establecimiento en la comunidad europea (Comentario a la STJCE de 9 de marzo de 2000, asunto C-355/98)», publicado en esta Revista, núm. 209-210, agosto-septiembre 2000, págs. 163-166.

⁷² SSTJUE de 25 de julio de 1991, asunto C-353/89, Comisión/Países Bajos; y de 13 de diciembre de 2007, asunto C-250/06, United Pan-Europe Communications Belgium y otros; y de 13 de abril de 2010, asunto C-73/08, Nicolas Bressol, Céline Chaverot y otros contra Gouvernement de la Communauté française. Como precisa esta última sentencia, «el principio de no discriminación prohíbe no solo las discriminaciones directas, basadas en la nacionalidad, sino también cualquier forma de discriminación indirecta que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzca de hecho al mismo resultado. A menos que esté justificada objetivamente y sea proporcionada al objetivo perseguido, una disposición de Derecho nacional debe considerarse indirectamente discriminatoria cuando, por su propia naturaleza, pueda afectar más a los nacionales de otros Estados miembros que a los propios nacionales e implique por consiguiente el riesgo de perjudicar, en particular, a los primeros», reiterando doctrina contenida en las SSTJUE de 30 de noviembre de 2000, asunto C-195/98; Österreichischer Gewerkschaftsbund, y de 18 de julio de 2007, C-212/05, Hartmann.

⁷³ STJUE de 13 de abril de 2010, asunto C-73/08, Nicolas Bressol y otros, Céline Chaverot y otros contra Gouvernement de la Communauté française.

el que las normas fundacionales en materia de libre circulación de trabajadores y los actos adoptados para en su ejecución no puedan aplicarse a trabajadores que lleven a cabo actividades que no presenten ningún punto de conexión con alguna de las situaciones contempladas por el Derecho de la Unión Europea y cuyos elementos pertinentes estén todos situados en el interior de un solo Estado.⁷⁴

De tal manera que todo ciudadano de la Unión Europea que haya hecho uso del derecho a la libre circulación y que haya ejercido una actividad profesional en otro Estado miembro está comprendido, independientemente de su lugar de residencia y de su nacionalidad, dentro del ámbito de aplicación de las disposiciones de la Unión Europea relativas a la libre circulación de trabajadores.⁷⁵ Por todo ello resulta que:

- Los nacionales de los Estados miembros, en cuanto que ciudadanos europeos, disfrutan, en particular, del derecho, fundado directamente en las normas fundacionales o constitutivas de la Unión Europea, de abandonar su país de origen para desplazarse al territorio de otro Estado miembro y permanecer en este con el fin de ejercer allí una actividad.⁷⁶
- Las disposiciones que impidan o disuadan a un ciudadano europeo, nacional de un Estado miembro, de abandonar su país de origen para ejercer su derecho a la libre circulación constituyen obstáculos a dicha libertad, aun cuando se apliquen con independencia de la nacionalidad de los trabajadores afectados.⁷⁷

En consecuencia, el Derecho comunitario se opone a cualquier medida nacional que, aun cuando sea aplicable sin discriminación por razón de la nacionalidad, pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio, por parte de los nacionales comunitarios, de las libertades fundamentales garantizadas por el Derecho comunitario,⁷⁸ por ello⁷⁹ cualesquiera medidas nacionales que puedan restringir o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el TFUE únicamente pueden admitirse si persiguen un objetivo de interés general, son adecuadas para conseguirlo y no van más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo que persiguen,⁸⁰ y ningún Estado miembro puede invocar disposiciones, prácticas ni situaciones de su ordenamiento jurídico interno, incluidas las resultantes de la estructura constitucional de dicho Estado, para justificar el incumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho comunitario.⁸¹

⁷⁴ SSTJUE de 8 de diciembre de 1987, asunto 20/87, Gauchard; y de 26 de enero de 1999, asunto C-18/95, Terhoeve.

⁷⁵ SSTJUE de 23 de febrero de 1994, asunto C-419/92, Scholz; de 26 de enero de 1999, asunto C-18/95, Terhoeve; y de 18 de julio de 2007, asunto C-212/05, Hartmann.

⁷⁶ SSTJUE de 15 de diciembre de 1995, asunto C-415/93, Bosman; y de 26 de enero de 1999, asunto C-18/95, Terhoeve.

⁷⁷ SSTJUE de 7 de marzo de 1991, asunto C-10/90, Masgio; de 26 de enero de 1999, asunto C-18/95, Terhoeve; y de 15 de junio de 2000, asunto C-302/98, Seherer.

⁷⁸ SSTJUE de 31 de marzo de 1993, asunto C-19/92, Kraus; de 9 de septiembre de 2003, asunto C-285/01, Burbaud; y de 5 de octubre de 2004, asunto C-442/02, CaixaBank France.

⁷⁹ STJUE de 1 de abril de 2008, asunto C-212/06, Gouvernement de la Communauté française, Gouvernement Wallon y Gouvernement Flamand.

⁸⁰ SSTJUE de 11 de marzo de 2004, asunto C-9/02, de Lasteyrie du Saillant; de 18 de enero de 2007, asunto C-104/06, Comisión/Suecia; y de 1 de abril de 2008, asunto C-212/06, Gouvernement de la Communauté française, Gouvernement Wallon y Gouvernement Flamand.

⁸¹ SSTJUE de 10 de junio de 2004, Comisión/Italia, asunto C-87/02; y de 26 de octubre de 2006, Comisión/Austria, asunto C-102/06.

El artículo 45 del TFUE garantiza la libre circulación de los trabajadores en la Comunidad. Esa libertad lleva consigo en particular, sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública, los siguientes derechos:

- Responder a ofertas efectivas de trabajo.
- Desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros.
- Residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo.

El conjunto de disposiciones de la Unión Europea relativas a la libre circulación de personas tienen por objeto facilitar a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea («ciudadanos europeos») el ejercicio de cualquier tipo de actividad profesional en todo el territorio de la Unión Europea y se oponen a las medidas que pudieran colocar a estos nacionales en una situación desfavorable en el supuesto de que desearan ejercer una actividad económica en el territorio de otro Estado miembro.⁸² Oponiéndose también y por la misma razón a que el Estado de origen obstaculice la libre aceptación y el ejercicio de un empleo por uno de sus nacionales en otro Estado miembro.⁸³ Porque «los Estados miembros tienen libertad para regular la conducta privada siempre que respeten los límites establecidos por el Derecho de la Unión Europea»,⁸⁴ de tal manera que «el Derecho nacional (...) conserva su propio lugar en el marco normativo que regula los conflictos entre particulares. Al mismo tiempo, (que) se garantiza la efectividad del Derecho comunitario».⁸⁵

III. EL DESPLAZAMIENTO TEMPORAL DE TRABAJADORES

Como indica la directiva proyectada, la libre prestación de servicios da a las empresas el derecho a prestar servicios en otro Estado miembro. Para ello, pueden enviar («desplazar») temporalmente a sus propios trabajadores a otro Estado miembro para llevar a cabo el trabajo necesario para prestar los servicios. Ese «desplazamiento»⁸⁶ de los trabajadores por su empresario esta regulado por la Directiva 96/71/CE, cuyo objetivo principal consiste en «conciliar el ejercicio de la libre prestación transfronteriza de servicios, contemplada en el artículo 56 del TFUE, con la apropiada protección de los derechos de los trabajadores desplazados temporalmente al extranjero a tal efecto».⁸⁷

⁸² SSTJUE de 7 de julio de 1992, asunto C-370/90, Singh; de 27 de enero de 2000, asunto C-190/98, Graf; y de 15 de junio de 2000, asunto C-302/98, Sehrer.

⁸³ STJUE de 26 de enero de 1999, asunto C-18/95, Terhoeve.

⁸⁴ Indica el Abogado General Sr. Pojares Maduro, en la conclusión 51, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05, resuelto por STJUE de 11 de diciembre de 2007.

⁸⁵ Precisa el Abogado General Sr. Pojares Maduro, en la conclusión 54, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05, resuelto por STJUE, Gran Sala, de 11 de diciembre de 2007.

⁸⁶ Me remito a mi trabajo, «Las "Empresas de suministro de mano de obra" y su actuación, en el ámbito de la Unión Europea, al amparo de la libre prestación de servicios. [Comentario a la STJUE, Sala Segunda, de 10 de febrero de 2011, asuntos acumulados C-307/09 a C-309/09, Vicoplus SC PUH (C-307/09), BAM Vermeer Contracting sp. zoo (C-308/09), Olbek Industrial Services sp. zoo (C-309/09) y Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid]», publicado en esta Revista, núm. 338, mayo 2011, págs. 61-100.

⁸⁷ Me remito a mi trabajo «Trabajadores desplazados: el pago del salario mínimo y el cumplimiento de otros deberes, sustantivos y formales, por los empresarios comunitarios. (Comentario a la STJCE de 23 de noviembre de 1999, asuntos acumulados C-396/96 y C-397/96)», publicado en esta Revista, núm. 204, marzo 2000, págs. 93-103.

La precitada directiva establece «normas obligatorias» que deben observarse respecto de los trabajadores desplazados en el país de acogida, refiriendo las condiciones de trabajo y empleo básicas o fundamentales, que debe cumplir el empresario que ha propiciado el desplazamiento, para cuando los trabajadores desplazados desarrollen su prestación de servicios en el país de acogida, garantizándose así una mínima protección de los trabajadores. Afirmando la norma proyectada que la Directiva 96/71/CE:

- Ofrece «una elevada protección a trabajadores que pueden encontrarse en una situación más vulnerable (trabajo temporal en el extranjero, dificultad para poder ser representados convenientemente e insuficiente conocimiento de la legislación, las instituciones y la lengua del lugar)».
- «Desempeña también un papel esencial al promover un clima de competencia leal entre todos los prestadores de servicios (incluidos los de otros Estados miembros), pues garantiza tanto un marco equitativo como seguridad jurídica a los prestadores o usuarios de los servicios y a los trabajadores desplazados para prestarlos.»

Se precisa por la Comisión Europea⁸⁸ que aquella directiva se aplica a las empresas que desplazan temporalmente trabajadores a un Estado miembro distinto de aquel cuya legislación regula la relación de empleo, aplicándose a las tres situaciones transfronterizas siguientes:

- «Desplazamiento en el marco de un contrato celebrado entre la empresa de procedencia y el destinatario de los servicios ("contratación/subcontratación").»
- «Desplazamiento a un establecimiento o una empresa del mismo grupo en el territorio de otro Estado miembro ("traslado dentro de una misma empresa").»
- «Cesión por una empresa de trabajo temporal o agencia de colocación a una empresa establecida o en otro Estado miembro siempre que, en los tres casos, exista una relación de empleo entre la empresa de procedencia y el trabajador durante el periodo de desplazamiento.»

La Directiva 96/71/CE contiene una estimable regulación referente a las condiciones de trabajo y empleo fundamentales⁸⁹ vigentes en el país de acogida, que son de obligado cumplimiento para aquellos empresarios que «desplazan» a sus trabajadores, estén establecidas por disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, o fijadas por convenios colectivos o laudos arbitrales (en aquellos Estados miembros en que son necesarios, que hubieran sido declarados de aplicación general), permitiéndose únicamente determinadas y concretas excepciones por motivos de orden público, considerándose que al prohibir aquella directiva a los Estados miembros ofrecer a empresas establecidas en terceros países una posición ventajosa en relación con las empresas establecidas en un Estado miembro, en particular en cuanto a condiciones de trabajo y los costes salariales, establece indirectamente un nivel mínimo de protección de los trabajadores.

⁸⁸ En la propuesta de directiva.

⁸⁹ Que incluyen los periodos máximos de trabajo y los periodos mínimos de descanso; la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas; las cuantías de salario mínimo, incluidas las incrementadas por las horas extraordinarias; las condiciones de cesión de mano de obra, en particular por parte de empresas de trabajo temporal; la salud, seguridad e 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 jóvenes; la igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación.

No obstante, el asentamiento del fenómeno económico global, con los flujos económicos, de empresas y de trabajadores, ha puesto de manifiesto las limitaciones o insuficiencias de aquella regulación de la Unión Europea, especialmente en dos áreas concretas. A saber:

- La primera de ellas relativa al logro de un equilibrio razonable entre la posibilidad de adopción por las organizaciones profesionales de trabajadores, o por estos mismos, de medidas de conflicto colectivo, incluido el derecho de huelga, y las libertades de establecimiento y la libre prestación de servicios.
- La segunda sobre la debida aplicación material de las condiciones de trabajo y empleo impuestas por aquella Directiva 96/71/CE.

Se pretende con la propuesta de directiva elaborada por la Comisión Europea establecer un marco común general de disposiciones, medidas y mecanismos de control apropiados y necesarios para una implementación, aplicación y garantía de cumplimiento en la práctica, mejores y más uniformes de la Directiva 96/71/CE. En especial implantar medidas conducentes a la prevención y sanción de cualquier abuso y elusión de las normas aplicables, garantizando que se respete un nivel de protección mínima de los derechos de los trabajadores para la prestación de servicios transfronteriza, facilitando al mismo tiempo el ejercicio de la libre prestación de servicios a los prestadores de los mismos y promoviendo la competencia leal entre ellos, remitiéndose en materia de medidas de conflicto colectivo a la propuesta de reglamento, conjuntamente con el cual conforma una «unidad» o «paquete único» de medidas.

Precisa la propuesta de directiva que si bien se considera trabajador desplazado a quien durante un periodo limitado realice su trabajo en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado miembro en cuyo territorio trabaje habitualmente, su calificación como tal depende, en todo caso, de su situación objetiva y de las circunstancias en las que se espera que lleve a cabo su actividad (el carácter temporal de las actividades que deben realizarse, la existencia de una relación de empleo directa entre la empresa de procedencia y el trabajador durante el periodo del desplazamiento, el país en el que trabaja habitualmente, y la existencia de un vínculo real entre el empleador y el país de origen del trabajador), que se constituyen además en los criterios específicos para determinar el carácter temporal del trabajo que deben efectuar los trabajadores desplazados, así como el Estado miembro en el que los trabajadores «trabajan habitualmente».

El acceso a la información preliminar sobre las condiciones de trabajo y empleo aplicables en el país de acogida se convierte y deviene en condición previa para que las partes interesadas puedan prestar los servicios, incluyéndose una serie de medidas, importantes y detalladas, para ayudar a garantizar una información fácilmente accesible y disponible en general sobre las condiciones que deben respetarse, incluso en la medida en que estén establecidas en convenios colectivos. Además se implanta el Sistema de Información del Mercado Interior como sistema electrónico de intercambio de información que se utilizará para facilitar la cooperación administrativa en el desplazamiento de trabajadores.

El respeto y la tutela de los derechos de los trabajadores constituye una razón imperiosa de interés general, que justifica también determinadas inspecciones y medidas de control nacionales necesarias para que las autoridades lleven a cabo la supervisión general. Dado que para determinados aspectos del concepto de desplazamiento es clave el papel del Estado miembro desde el que tiene lugar el desplazamiento, en tanto que únicamente el Estado miembro de acogida puede controlar si

se cumplen las condiciones de trabajo y empleo en que se prestan los servicios, se impone la más estrecha colaboración entre ambos Estados en cuanto al intercambio de información.

Se acoge en la propuesta de directiva la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que proscribe la imposición de determinadas obligaciones a los prestadores de servicios, tales como:

- La obligación de que el prestador esté establecido en el territorio nacional.
- La obligación de que el prestador obtenga una autorización de sus autoridades competentes, o de que esté registrado ante ellas, incluida la inscripción en un registro, colegio, asociación profesional que exista en el territorio nacional, o que satisfaga cualquier otro requisito equivalente.
- La obligación de designar un representante o agente específico establecido, domiciliado o residente en el Estado miembro de acogida.
- La prohibición de que el prestador se procure en el territorio nacional cierta infraestructura para poder prestar los correspondientes servicios.
- La obligación de conservar determinados documentos laborales en su territorio, sin excepción ni limitación temporal, si la información puede obtenerse del empleador o autoridades del Estado miembro de establecimiento en un plazo razonable.
- La obligación de elaborar los documentos laborales pertinentes con arreglo a las normas del país de acogida.

Considera la Comisión Europea que la propuesta de directiva presenta un enfoque completo de «garantía del cumplimiento», que incluye un aumento y mejora de la información y mecanismos estatales, o de Derecho público, previniendo inspecciones y sanciones, así como de Derecho privado, mediante la implantación de la responsabilidad solidaria en las subcontrataciones, bien que su imposición parezca excesivamente limitada al referirse únicamente a la subcontratación directa en el sector de la construcción, sin perjuicio de que los Estados miembros puedan implementar disposiciones específicas más importantes relativas a la responsabilidad solidaria en relación con el cumplimiento por parte de los contratistas/subcontratistas, en otros sectores de la actividad económica, de las condiciones pertinentes de trabajo y empleo de los trabajadores desplazados. Concluyendo que en la propuesta se incluyen todos los aspectos decisivos para la adecuada protección a los trabajadores desplazados sin merma de los derechos empresariales inherentes a la libre prestación de servicios, de forma equilibrada.

IV. EL EJERCICIO DEL DERECHO A ADOPTAR MEDIDAS DE CONFLICTO COLECTIVO EN EL CONTEXTO DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Las medidas de conflicto colectivo, derecho de huelga incluido, constituyen derechos fundamentales que forma parte integrante de los principios generales del Derecho de la Unión Europea.⁹⁰

⁹⁰ SSTJUE de 11 y 18 de diciembre de 2007, asuntos C-438/05 y C-341/05; Me remito a mi trabajo «Libertades fundamentales (libre prestación de servicios y libertad de establecimiento) y medidas de conflicto colectivo. La comunidad no solo

En la adopción de medidas de conflicto colectivo con la finalidad de proteger a los trabajadores se manifiesta un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado, al figurar la protección de los trabajadores y la elusión de perturbaciones en el mercado de trabajo entre las razones imperiosas de interés general.

1. Sobre el derecho de huelga y el cierre patronal

La huelga⁹¹ dista de ser un fenómeno moderno. «Los textos grabados en cerámicas (se denominan ostraco, u ostraca, en plural) encontrados en un pozo del poblado de Deir el Medina, donde habitaron los obreros de las tumbas del Valle de los Reyes, mencionan varias huelgas protesta. Una de las más sonadas tuvo lugar durante la XX dinastía, la de Ramsés III, cuando, durante unos días, dejaron de ir a trabajar porque los 50 sacos de grano que obtenían en pago (no existía el dinero), les llegaron llenos de basura. Al final fueron al palacio del faraón y les dieron lo que les correspondía.»⁹²

La prestación material del trabajo se ha venido realizando, históricamente y a grandes trazos, en régimen de esclavitud, en régimen servil, mediante arrendamiento de servicios, y mediante contrato de trabajo, en una cierta cadencia cronológica, por más que hayan existido manifestaciones de trabajo forzado y libre en todas las épocas. A partir de la Revolución Industrial, y especialmente en los últimos tiempos,⁹³ se ha generalizado la prestación del trabajo mediante el contrato de trabajo y la relación laboral.⁹⁴ Desde el arrendamiento de servicios se pasa al contrato de trabajo, instituciones jurídicas muy próximas cuyo común denominador es la prestación del trabajo mediante el instrumento jurídico propio de la expresión de la libertad individual en el plano jurídico, o autonomía de la voluntad: el contrato. Al extremo de que «la configuración de las obligaciones y prestaciones del contrato de arrendamiento de servicios regulado en el Código Civil no es incompatible con la del

tiene una finalidad económica sino también social. (Comentario a las SSTJUE de 11 de diciembre de 2007, asunto C-248/05, Internacional Transport Workers' Federation, Finis Seamen's Union y Viking Line ABP, OÜ Viking Line Ees-ti, y de 18 de diciembre de 2007, asunto 341/05, Laval un Partneri Ltd. y Svenska byggnadsarbetareförbundet, Svenske Byggnadsarbetareförbundets avdelning, Byggettan, Svenaka Elektrikerförbundet)», publicado en esta Revista, núm. 301, abril 2008, págs. 79-116.

⁹¹ Me remito a mi trabajo «Derecho de huelga y sustitución de trabajadores huelguistas (Comentario a la STC 33/2011, de 28 de marzo, recurso de amparo núm. 6171-2004)», publicado en esta Revista, núms. 341-342, agosto-septiembre 2011, págs. 177-218.

⁹² Indica TRISTÁN, R.M.: «La sociedad de los faraones», *El Mundo*, de 22 de mayo de 2010, sección «Arqueología», pág. 2.

⁹³ GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, A.: *La influencia del Derecho Romano en las modernas relaciones de trabajo*, Madrid: Cuadernos Civitas, 1995, págs. 81, 82 y 83, sigue a Álvaro d'Ors, quien «propugna una revisión de la empresa que se base en un orden laboral no conflictivo y que debería apoyarse en un nuevo orden jurídico. Tal nuevo orden debe pasar por una superación de la actual configuración de la empresa (...) el trabajador sigue siendo objeto de arrendamiento, pues produce unos "frutos" (...). En primer lugar, el inversionista debe considerarse como un mero prestamista, no como socio (...) la empresa debe configurar sus relaciones con los trabajadores, no por medio de un contrato de trabajo, sino con un contrato de sociedad (...). Tales proposiciones (...) vienen a propugnar el abandono del "arrendamiento" de los servicios de trabajador a favor de la constitución de un contrato de sociedad, dentro de la nueva concepción de la empresa».

⁹⁴ No deviene ocioso recordar la dificultad de distinción entre este vínculo y las relaciones civiles o mercantiles con causa y finalidad análoga (arrendamiento, mandato, comisión, agencia, etc.), resaltada por la STS, Sala Cuarta, de 9 de febrero de 1990,

contrato de trabajo propiamente dicho al haberse desplazado su regulación, por evolución legislativa, del referido Código a la legislación laboral actualmente vigente».⁹⁵

La Revolución Industrial, estableció un «canon», un modo de ser o de establecerse las relaciones de prestaciones de servicios,⁹⁶ que pasaron a ser relaciones laborales, que es el todavía imperante, que permanece inalterado en sus líneas fundamentales, incólume, no obstante el paso del sistema taylorista o fordista al sistema posfordista o toyotista. El salto hacia un nuevo nivel productivo propiciado por la Revolución Industrial fue brusco, determinando situaciones de injusticia social incompatibles con los principios éticos y morales inspiradores de la cultura occidental (de raíz judeocristiana), y violencia social, surgiendo conflictos de gran envergadura que hicieron necesario que se dispusiese un conjunto normativo adecuado a la convivencia social, basado en la idea de la justicia y la paz social.

La huelga se vincula a la historia del asociacionismo y movimiento obrero, pero sus raíces deben buscarse más allá, en una especie de relación de causalidad social (equiparable a la causalidad física), vinculada al desarrollo espectacular que produjo la Revolución Industrial,⁹⁷ y a los desequilibrios y desigualdades sociales que generó, agravadas con el desarrollo del capitalismo moderno.

El derecho de huelga ostenta una singular posición en relación con otras medidas de conflicto colectivo.⁹⁸ «Calificado ya como subjetivo por su contenido y fundamental por su configuración constitucional, goza además de una singular preeminencia por su más intensa protección. En efecto, la Cons-

⁹⁵ STS, Sala Cuarta, de 7 de junio de 1986 y STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 23 de septiembre de 2010.

⁹⁶ A. SMITH (*Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*) y K. MARX (*El Capital*, y con F. ENGELS el *Manifiesto Comunista*), que surgen en aquel proceso, son los economistas más célebres y autores de los tratados con más influencia en el desarrollo posterior de la economía y de las ideologías (economicismo), el capitalismo y el socialismo/comunismo.

⁹⁷ El origen de la Revolución Industrial es muy discutido, debatiéndose fundamentalmente si debe atribuirse a las innovaciones tecnológicas que aparecen en un momento singularmente rico en invenciones (las realizadas por WATT, ARKWRIGHT, KAY y HARGREAVES, etc.) o a la aparición del espíritu de empresa. Con ella se inicia el largo proceso que «modeló profundamente el desarrollo económico». Con la Revolución Industrial se entra en un momento histórico caracterizado por la desaparición de las formas tradicionales de trabajo, las migraciones a las ciudades, la mejora de las condiciones higiénicas y la disminución de la mortalidad con el consiguiente aumento demográfico, que van a determinar la existencia de grandes excedentes de mano de obra. Las masas trabajadoras de las fábricas del centro de Inglaterra y de Escocia sufren, al comienzo de la Revolución Industrial, las consecuencias más adversas del inaudito e inimaginable proceso de desarrollo económico que entonces se inicia (jornadas extenuantes, salarios míseros, condiciones higiénicas deplorables en los lugares de trabajo y en los hogares, *truck system*, trabajo de niños y mujeres en condiciones lastimosas, etc. y, en fin, brevedad de una sufrida existencia). Los trabajadores se encuentran en una situación de subordinación tal al poder del capitalista-empresario, y en un medio tan dominado ideológicamente por el darwinismo social y la ética protestante, que carecen de capacidad de reacción contra aquellas insoportables condiciones de trabajo y existencia. En España aquellas terribles condiciones de trabajo se manifiestan especialmente durante la primera mitad del siglo XIX. Las consecuencias sociales de la Revolución Industrial producen inmediatas reacciones tendentes a la mejora de la situación de la clase obrera, entre las que cabe destacar la temprana obra de J.-Ch. L. SISMONTI, que advierte de la existencia de dos clases, los ricos y los pobres, o los capitalistas y obreros, así como la pretensión de mitigar aquellos perversos efectos mediante realizaciones filantrópicas, ejemplarizadas en el complejo fabril y residencial de New Lanark. Las críticas sistemáticas a las trágicas consecuencias que para una parte importante de la población supusieron la Revolución Industrial y el liberalismo económico derivaron de las posiciones después conocidas como socialistas (C. H. SAINT-SIMON, Ch. FOURIER, R. OWEN, L. BLANC, P. PROUDHON, F. LASSALLE, L. FUERBACH, el «cartismo» inglés, y, especialmente, K. MARX). La reacción contundente ante tan terrible situación de los obreros se ejemplifica en la Revolución Francesa de 1848 y en la Comuna de París de 1871.

⁹⁸ STC 33/2011, de 28 de marzo.

titución reconoce en su artículo 37 el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo, pero desgaja de este marco general una de ellas, la huelga, para colocarla en lugar preferente, el artículo 28, confiriéndole –como a todas las de su grupo– una mayor consistencia que se refleja en el mayor rango exigible para la ley que lo regule y en la más completa tutela jurisdiccional, con un cauce procesal ad hoc en la vía judicial ordinaria y el recurso de amparo (arts. 53, 81 y 161 CE).⁹⁹

La huelga «se consagra como un derecho constitucional, lo que es coherente con la idea del Estado social y democrático de Derecho establecido por el artículo 1.1 de la Constitución, que entre otras significaciones tiene la de legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes, y entre los que se cuenta el de otorgar reconocimiento constitucional a un instrumento de presión que la experiencia secular ha mostrado ser necesario para la afirmación de los intereses de los trabajadores en los conflictos socioeconómicos, conflictos que el Estado social no puede excluir, pero a los que sí puede y debe proporcionar los adecuados cauces institucionales; lo es también con el derecho reconocido a los sindicatos en el artículo 7 de la Constitución, ya que un sindicato sin derecho al ejercicio de la huelga quedaría, en una sociedad democrática, vaciado prácticamente de contenido; y lo es, en fin, con la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y grupos sociales sean reales y efectivas (art. 9.2 de la Constitución)».¹⁰⁰

La cesación colectiva de los trabajadores en la prestación del trabajo, la huelga,¹⁰¹ tras un largo proceso histórico,¹⁰² acabó articulándose como un derecho (fundamental) de los trabajadores, individual pero de ejercicio colectivo, en el sistema de relaciones industriales de las economías de mercado.¹⁰³ El «contenido esencial del derecho de huelga consiste en una cesación del trabajo, en cualquiera de las manifestaciones o modalidades que puede revestir. Y cabe decirlo así no solo porque esta es la más antigua de las formas de hacer huelga y porque es lo que la generalidad reconoce de inmediato cuando se alude a un derecho de este tipo, sino también porque es este un modo que ha permitido la presión para el logro de las reivindicaciones obreras».¹⁰⁴

⁹⁹ SSTC 123/1992, de 28 de septiembre; y 33/2011, de 28 de marzo.

¹⁰⁰ STC 11/1981, de 8 de abril.

¹⁰¹ Vid. DE LA VILLA, L.E.: «Algunas reflexiones para la regulación legal del derecho de huelga», en *Derecho del Trabajo y Seguridad social. Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria*, Madrid: CEF, 2006, págs. 1.279-1.302; Sobre la problemática que actualmente se plantea en torno a la regulación jurídico positiva en nuestro ordenamiento jurídico de la huelga, AYUGA ROLDÁN, A.: «La huelga: un derecho legalmente congelado en el tiempo», *Revista Lex Nova*, julio-septiembre 2010, págs. 29-33; CASTELLANO, P.: «La huelga», *Revista Época*, 11 de julio de 2010, pág. 13.

¹⁰² Vid. DE LA VILLA, L.E.: «Huelga: Servicios esenciales y servicios mínimos», en *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria*, Madrid: CEF, 2006, págs. 1.305-1.310.

¹⁰³ SOTELO, I.: *El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*, Madrid: Editorial Trotta-Fundación Alfonso Martín Escudero, 2010, en pág. 117, nota 2 del capítulo I (El Estado: Soberanía, libertad, Derecho), incluida en el epígrafe 5 (Estado de derecho y Estado democrático), da un concepto de capitalismo, cuya primera parte es sintética y la segunda analítica; al tenor de la primera parte «por capitalismo se entiende un sistema de producción en el que actúan dos sectores sociales, los propietarios de los medios de producción, que dirigen el proceso productivo, y los que venden la fuerza de trabajo a cambio de un salario. Dos sectores que el mercado vincula en un proceso productivo que ya no tiene como objetivo cubrir las necesidades de subsistencia, siempre limitadas, sino obtener un beneficio que, en cuanto tal, no conoce límites (principio de la acumulación indefinida)».

¹⁰⁴ STC 33/2011, de 28 de marzo.

En nuestro ordenamiento jurídico «el artículo 28, apartado segundo, de la Constitución, al decir que "se reconoce el derecho de huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses", introduce en el ordenamiento jurídico español una importante novedad: la proclamación de la huelga como derecho subjetivo y como derecho de carácter fundamental. La fórmula que el texto emplea ("se reconoce") es la misma que la Constitución utiliza para referirse al derecho de reunión o al derecho de asociación».¹⁰⁵

Aquel apunte constitucional descubre que los modernos textos constitucionales no solo tratan de establecer, «frente a anteriores normas prohibitivas, un marco de libertad de huelga, saliendo, además, al paso de posibles prohibiciones, que solo podrían ser llevadas a cabo en otro orden jurídico-constitucional», sino que la libertad de huelga significa el levantamiento de las específicas prohibiciones y, además, que «el Estado permanece neutral y deja las consecuencias del fenómeno a la aplicación de las reglas del ordenamiento jurídico sobre infracciones contractuales en general y sobre la infracción del contrato de trabajo en particular».

En nuestro ordenamiento el artículo 28 de la CE «proclama el derecho de huelga como derecho de carácter fundamental, pero no lo define ni lo describe, dejando esta materia a las concepciones existentes en la comunidad y a las inherentes al ordenamiento jurídico». Pero «la afirmación de que el contenido esencial del derecho de huelga consiste en la cesación del trabajo en cualquiera de sus manifestaciones no excluye por sí sola que el legislador, al regular las condiciones de ejercicio del derecho de huelga, pueda entender que algunas particulares modalidades de cesación del trabajo pueden resultar abusivas, como es posible que remita este juicio en determinados casos a los tribunales de justicia».¹⁰⁶

Ese derecho de huelga «participa dentro de nuestro régimen de una protección que reviste la posibilidad de ajustarse a determinados requisitos, pero los mismos deben ser interpretados dentro de la dinámica general de los derechos fundamentales, en orden a alcanzar su eficacia, y no quedar como meros propósitos o simples enunciados de posible cercenación a través de vías de hecho».¹⁰⁷ Pero no por ello el ejercicio del derecho de huelga deja de proyectarse sobre la sinalagmaticidad propia y característica del contrato de trabajo, afectando a sus principales prestaciones.¹⁰⁸ En otros términos,¹⁰⁹ «no conviene olvidar que en el artículo 28 de la Constitución la huelga está reconocida como un derecho subjetivo de carácter fundamental a favor los trabajadores, precisamente para poder presionar a los empresarios en obtención de sus intereses». Esto es, por una parte, «la huelga es una perturbación que se produce en el normal desenvolvimiento de la vida social y en particular en el proceso de producción de bienes y servicios, que se lleva a cabo de forma no violenta mediante un

¹⁰⁵ STC 11/1981, de 8 de abril.

¹⁰⁶ *Vid.* nota anterior.

¹⁰⁷ STJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 6 de octubre de 2010.

¹⁰⁸ Al extremo de que, como afirma la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 16 de marzo de 2010, «suspendido el contrato por el ejercicio del derecho de huelga, carecen los trabajadores del derecho a cobrar el tiempo de descanso de los días en que estuvieron en huelga porque las jornadas dejaron de ser continuadas o ininterrumpidas, ya que se trata de un derecho reconocido a los trabajadores que realizan ininterrumpidamente su jornada; y la diferencia entre jornada continuada y jornada partida radica en que en esta y no en aquella, existe "un descanso ininterrumpido de una hora de duración como mínimo" (...). Los trabajadores a turnos que ejercitan el derecho de huelga no tienen derecho a seguir disfrutando del tiempo de bocadillo que por tanto está siendo debidamente descontado por la empresa».

¹⁰⁹ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 4 de julio de 2007.

concierto de los trabajadores y de los demás intervinientes en dicho proceso»¹¹⁰ y, por otra parte, «puesto que la huelga constituye un instrumento de presión que pretende modificar la correlación de fuerzas existentes entre las partes es consustancial a ella la producción de daños a la empresa, que han de ser superiores a los soportados por los trabajadores».¹¹¹

La causación de daños o perjuicios para la empresa «es una consecuencia inevitable del ejercicio mismo de la huelga, que no por ellos permite calificar la huelga de abusiva o ilegal»,¹¹² pero que tampoco permite legitimar las huelgas ilegales.¹¹³ Ciertamente «es natural que la empresa sufra mayores daños que los trabajadores, puesto que es inevitable que en cierta medida la huelga afecte no solo a la producción misma sino también al proceso productivo, y a la relación de la empresa con sus proveedores y clientes, sin que la sola desproporción merezca ser considerada más que en el supuesto de que pueda ser calificada también de abusiva».¹¹⁴

Puede afirmarse que «toda huelga, sea cual sea su alcance y duración, inevitablemente causa un perjuicio económico a la empresa, tanto durante la propia huelga como para el futuro, bien sea por la misma merma de actividad o por la pérdida de clientes presentes o futuros, estos últimos por el deterioro de prestigio que se puede ocasionar en el sector de actividad en que opere la empresa. Pero en todo caso representan las consecuencias inherentes al derecho de huelga, por lo que aquellas consecuencias no son argumento para recortar ese derecho ni para adaptar su ejercicio al mejor interés de la empresa».¹¹⁵ Bien que mediante su ejercicio no puedan proponerse deliberadamente los trabajadores «provocar a la empresa unos daños graves y desproporcionados»,¹¹⁶ de ahí la exigencia de preaviso al empresario.¹¹⁷

¹¹⁰ STC 11/1981, de 8 de abril.

¹¹¹ STC 41/1984, de 21 de marzo.

¹¹² STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 4 de julio de 2007. Sobre las huelgas ilegales Sentencia del mismo Tribunal y Sala de 17 de abril de 2009.

¹¹³ «La caracterización como ilegal de una huelga deriva, según el RDL 17/1977, de cualquiera de los cuatro supuestos que contempla el artículo 1.1 de aquella norma. De aquellos supuestos solo tres resultan explícitos, siendo el cuarto una especie de cláusula de salvaguardia referida a la contravención de lo dispuesto en el referido RDL, o lo expresamente pactado en convenio colectivo para la solución de conflictos», indica la STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 15 de junio de 2010.

¹¹⁴ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 4 de julio de 2007, entendiendo en el caso objeto de su atención que la huelga no podía ser calificada de abusiva, «pues: a) la existencia de un daño desproporcionado no puede entenderse buscado de propósito por los huelguistas, más allá de lo que es razonablemente requerido por la propia actividad conflictiva, b) el perjuicio adicional que influye gravemente en la organización y capacidad productiva de la empresa de la huelga intermitente no va más allá del incremento de los perjuicios del empresario respecto de los trabajadores, c) el perjuicio empresarial no es radicalmente desproporcionado».

¹¹⁵ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 5 de octubre de 2010.

¹¹⁶ Así lo precisa la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 26 de octubre de 2010, que alude a la búsqueda por los trabajadores huelguistas de la «previsible finalidad de que la (empresa) cerrase definitivamente en su actividad e indemnizase a los trabajadores (...). La desproporción entre los daños provocados a la (empresa) y los sacrificios asumidos por los trabajadores afectados es igualmente manifiesta, pues mientras que el paro conllevaba la imposibilidad de proseguir la actividad empresarial, los huelguistas seguían trabajando para la mercantil que le había sucedido en la contrata de mantenimiento».

¹¹⁷ Precisa la STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 16 de junio de 2010, reiterando propia jurisprudencia, que «la finalidad del preaviso regulado en el artículo 3 (del RDL 17/1977, de 4 de marzo) tiene la finalidad de proteger intereses del empresario en relación con la huelga que se consideran dignos de protección».

Como rasgos básicos del derecho de huelga en nuestro ordenamiento jurídico, según la regulación constitucional y ordinaria, pueden destacarse los siguientes:¹¹⁸ a) «Se trata de un derecho fundamental, incluido sistemáticamente en el artículo 28 de la CE ("De los derechos fundamentales y las libertades públicas"). Por su ubicación y redacción, se trata de un derecho de eficacia inmediata y no programática, esto es, no necesita ley de desarrollo para que pueda ser invocado y aplicado por los tribunales»; b) «Recibe una especial protección, pudiendo solicitarse su tutela a través de un procedimiento preferente y sumario ante los tribunales ordinarios (art. 53.2 CE), actualmente regulado en la LPL y, en su caso, mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional»; c) «Como derecho fundamental que es, su desarrollo tiene que producirse mediante ley orgánica (art. 81.1 CE), no consintiendo regulaciones autonómicas diferenciadas»; d) «Como todos los derechos constitucionales, el derecho de huelga no es renunciable ni minorable por pacto individual (art. 2 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo); pero se admite la renuncia temporal a su ejercicio en convenio colectivo (art. 8 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo), pactos de paz laboral que no pueden reputarse ilícitos ni contrarios a la Constitución».

Destaca la contraposición y desigualdad existente respecto de los medios de conflicto colectivo de que disponen los trabajadores, la huelga, y los empresarios, el cierre patronal, y que tiene una inusitada y fortísima carga ideológica, que ya no se corresponde con la etapa económica actual (la era de las finanzas) en cuanto que enraizada en la Revolución Industrial (economía industrial). Por más que puedan tener algunos efectos comunes.¹¹⁹ Efectivamente «en la Constitución las situaciones de huelga y cierre patronal reciben un tratamiento bien distinto. Mientras la huelga se erige en derecho fundamental, artículo 28.12, el cierre patronal constituye un simple derecho cívico, incardinable dentro del más amplio que el artículo 37.2 reconoce a los empresarios para adoptar medidas de conflicto colectivo».¹²⁰

El cierre patronal puede calificarse de «ofensivo o de agresión», «encubierto» y «defensivo o de respuesta». Se califica el cierre de ofensivo o de agresión si cuando el mismo se lleva a cabo por el empresario para impedir la huelga, presionar para que se ponga fin a la misma, o sancionar a los huelguistas,¹²¹ constituyendo una medida patronal instrumentada para hacer fracasar el intento de los trabajadores de llevar a cabo un paro general, una huelga, o simplemente con la finalidad de hacerles desistir de que la lleven a efecto.¹²² Modalidades de cierre patronal que, en nuestro ordenamiento jurídico, se consideran ilegales por suponer un atentado directo contra el derecho de huelga, de superior

¹¹⁸ STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 27 de abril de 2009.

¹¹⁹ Como precisan la STC de 28 de febrero de 1991, y las SSTSJ de Canarias, Sala de lo Social, de 11 de junio de 1998, de 3 de diciembre de 2003, y de 7 y 12 de julio de 2004, «los efectos del ejercicio del derecho constitucional de huelga (y el cierre patronal "ex" art. 12.2 del RDL 17/1977 se equipara en sus efectos), no pueden afectar a los derechos pasivos, de forma que tal periodo se consideraría "tiempo neutro" completándose con un periodo anterior».

¹²⁰ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 10 de marzo de 2008.

¹²¹ STS, Sala Cuarta, de 31 de marzo de 2000.

¹²² STSJ de Madrid, Sala de lo Social, 10 de enero de 1993. Se consideran ofensivas las siguientes modalidades de cierre, indica la STS, Sala Cuarta, de 31 de marzo de 2000: «a) el cierre preventivo o anticipado, esto es, el que se anticipa al inicio de la huelga anunciada para hacer fracasar la decisión de los trabajadores de ejercer ese derecho constitucional; b) el cierre de intimidación, o sea, el que se adopta durante la huelga, sin razón o causa legal que lo justifique, como medida de presión, bien para privar del salario a los trabajadores que continúan en su puesto y presionar con ellos a los huelguistas para que desistan de la misma, bien para hacer inefectiva la decisión de los huelguistas de poner fin a la huelga y volver al trabajo; c) el llamado cierre de retorsión, a saber, el que se mantiene o inicia una vez finalizada la huelga para impedir a los que participaron en ella su incorporación al trabajo, privándoles, a modo de sanción, de los salarios que pudieran devengar con su trabajo».

rango constitucional,¹²³ se tachan de ilicitud que no depende de la legalidad o ilegalidad de la huelga,¹²⁴ y que determinan que el empresario pueda incurrir en responsabilidades (administrativas, penales, laborales y civiles).¹²⁵ Al cierre encubierto, que es el que se produce por la vía de hecho al margen de los supuestos y del procedimiento legalmente previsto, también se le califica de ilegal, en tanto que supone la imposición indiscriminada a todos los trabajadores ocupados en los mismos de sanciones de suspensión de empleo y sueldo.¹²⁶ Acontecido alguno de aquellos cierres patronales se produce el despido tácito de los trabajadores.¹²⁷

Solamente el «cierre defensivo o de respuesta, que es aquel que se realiza sin ánimo de impedir, interferir o sancionar el desarrollo del derecho de huelga y con la exclusiva finalidad de preservar a personas y bienes de las consecuencias excesivamente onerosas y desproporcionadas que pueden derivarse del ejercicio de aquel derecho, se considera lícito por nuestro ordenamiento jurídico, y siempre que esté incurso en alguno de los tres supuestos legalmente contemplados, que tenga entidad suficiente para justificarlo y se limite al tiempo estrictamente indispensable para la reanudación de la actividad».¹²⁸

Efectivamente, según nuestro ordenamiento los empresarios solo podrán proceder al cierre del centro de trabajo en caso de huelga o cualesquiera otra modalidad de irregularidad colectiva en el régimen de trabajo, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:¹²⁹

- Existencia de notorio peligro de violencia para las personas o de daños graves para las cosas.
- Ocupación ilegal del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias, o peligro cierto de que esta se produzca.

¹²³ SSTS, Sala Cuarta, de 10 de marzo de 1982 y de 31 de marzo de 2000.

¹²⁴ STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 10 de marzo de 2008.

¹²⁵ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 3 de junio de 2008.

¹²⁶ STS, Sala Cuarta, de 7 de julio de 1998.

¹²⁷ STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 4 de julio de 2006.

¹²⁸ SSTS, Sala Cuarta de 10 de marzo de 1982 y de 30 de enero de 2000.

¹²⁹ STSJ de Extremadura, Sala de lo Social, de 8 de junio de 2010. En sentido más amplio alude la STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 21 de abril de 2009, a las citadas causas como: a) Notorio peligro de violencia sobre las personas o daño grave para las personas o cosas, lo que responde a la necesidad de velar por la seguridad de la integridad física de las personas y por la salvaguarda de los bienes materiales. Se ha señalado que existe el peligro notorio, real, inminente y actual cuando los daños no puedan evitarse mediante la aplicación de los mecanismos legales para garantizar la seguridad de las personas y cosas y, en particular, mediante la fijación de servicios de seguridad y mantenimiento, así como que el peligro se manifieste en el mismo centro de trabajo o en otros ámbitos si tienen relación directa con el desarrollo de las actividades; b) Ocupación ilegal del centro de trabajo o peligro cierto de que se produzca, causa que se vincula a la propia regulación de la huelga, ya que se impone que el ejercicio de la huelga se realice sin ocupación del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias, medida que está relacionada también con el respeto del derecho al trabajo de quienes decidan no participar en la huelga. Este peligro ha de ser un peligro cierto e inmediato, cuya existencia no puede inferirse de meras suposiciones o temores, como la existencia de una anterior ocupación duradera y la amenaza ocasional de repetirla. A su vez, la ocupación ha de adoptar características que le den una especial relevancia, no justificando el cierre cuando los trabajadores en huelga no limiten la disponibilidad de las instalaciones, ni hayan sido previamente requeridos para abandonar el centro de trabajo; c) Inasistencia o irregularidades en el trabajo que impidan gravemente el proceso normal de producción, lo que responde a la necesidad de guardar la proporcionalidad entre los intereses de los huelguistas y los del empresario, legitimando el cierre cuando la naturaleza o extensión de la huelga impida la producción. En este sentido, la inasistencia al trabajo presupone que la huelga no afecta a la totalidad de los trabajadores, ya que en otro caso no surge la necesidad de cerrar el centro de trabajo al no existir una previa obligación de abrirlo, que solo resulta exigible, por respeto al derecho del trabajo de los trabajadores no huelguistas, cuando parte de la plantilla no secunda el paro».

- Que el volumen de la inasistencia o irregularidades en el trabajo impidan gravemente el proceso normal de producción.

Supuestos de cierre que son totalmente independientes entre sí. «Así lo demuestra su formulación en párrafos totalmente separados entre sí, y sin ninguna advertencia de intercorrelación entre ellos»,¹³⁰ porque «cualquiera de ellos, si tiene la necesaria trascendencia, produce el efecto de legitimar el cierre patronal». ¹³¹ Específicamente, «la licitud del cierre depende de que el número de ausencias al trabajo sea de tal magnitud que, bien por razones cualitativas cuando los huelguistas ocupan puestos neurálgicos en la cadena de producción, bien por puras razones cuantitativas, impidan el proceso productivo». ¹³²

Impedimento que «para legitimar el cierre, no debe entenderse como una mera alteración de la producción, por muy grave que esta pueda ser, ya que si así fuera el cierre patronal sería lícito ante cualquier huelga, pues es indudable que todo paro colectivo supone una dificultad o impedimento, más o menos grave en función del número de los que lo secundan, para el proceso normal de producción». No puede obviarse que el cierre patronal, a diferencia de la huelga, afecta a todo el personal de la empresa y no solo a los trabajadores en conflicto, caracterizándose por constituir la clausura temporal del centro de trabajo por el empresario en caso de huelga o cualquier otra modalidad de irregularidad colectiva en el régimen de trabajo y solo cuando ello produce aquellos determinados y graves efectos.

De tal manera que «el concepto de impedimento grave debe ser interpretado en el sentido más limitado y estricto de que las ausencias incidan en la actividad empresarial con tal intensidad que no permitan organizar mínimamente el desarrollo del proceso productivo entendido en su más amplia dimensión, o lo que es igual, que quede paralizado hasta el punto de que no sea posible dar ocupación efectiva a quienes ejercen su derecho al trabajo. Es entonces cuando el cierre se presenta pleno de justificación, pues de lo contrario estaría obligada la empresa a abonar salarios y cuotas de Seguridad Social sin contraprestación alguna y a soportar gastos generales desmesurados sin ningún fruto». ¹³³

En otro caso quebraría el principio de proporcionalidad de los sacrificios, de obligada observancia en toda limitación de un derecho fundamental, como exige la jurisprudencia constitucional que «ante simples dificultades de producción impone al empresario la obligación de soportar, sin reacción, los gastos de mantenimiento de los locales de trabajo aunque su coste no se acompace con la escasa productividad que pueden desarrollar los trabajadores que deciden prestar servicios, la pérdida de los beneficios derivados del trabajo no ejecutado, e incluso la de potenciales clientes que pueden acudir durante los días de huelga a la competencia no afectada por esta». ¹³⁴

¹³⁰ STS, Sala Cuarta, de 31 de marzo de 2000.

¹³¹ SSTs, Sala Cuarta, de 7 de julio de 1992, 20 de junio de 1995 y 14 y 17 de enero de 2000, en términos de esta última sentencia, la redacción literal del precepto y los respectivos bienes cuya protección procura con cada una de las tres previsiones legales, conducen a esta conclusión (...). Está claro que son tres supuestos autónomos entre sí, y que el precepto cuando se refiere a ellos no exige su coexistencia, sino que legitima el cierre patronal «cuando concurra alguna de las circunstancias enunciadas».

¹³² SSTCT de 28 de julio y 16 de diciembre de 1986, 12 de marzo y 14 de mayo de 1997.

¹³³ STS, Sala Cuarta, de 21 de marzo de 2000.

¹³⁴ STSJ de Extremadura, Sala de lo Social, de 8 de junio de 2010.

Sin embargo aquel principio no legitima «imponer a la empresa, cuando no existe posibilidad alguna de realizar la más mínima producción que, además de los perjuicios inherentes a toda huelga, tenga que soportar gastos generales de explotación totalmente inútiles, y abonar salarios y cuotas de Seguridad Social a aquellos que, por causas no imputables directamente a ella, han de permanecer inactivos». ¹³⁵ Lo que no impide que se pueda sostener que la potestad de cierre patronal no está concebida, en nuestro ordenamiento jurídico, como una medida incondicionada que el empresario pueda adoptar atendiendo a sus intereses, ni siquiera en respuesta a la huelga, ¹³⁶ ni que pueda vaciar de contenido ni impedir el derecho de huelga legítimamente ejercido, sino que se le otorga al empresario «únicamente como manifestación del poder de policía, para asegurar el orden dentro de la empresa, cuando pueda crearse una situación de peligro para la vida, la integridad física, las instalaciones o los bienes por la desorganización que las medidas de conflicto adoptadas por los trabajadores conllevan, limitado al tiempo necesario para remover tales causas y asegurar la reanudación de la actividad». ¹³⁷

2. Las medidas de conflicto colectivo en perspectiva europea

Parte la regulación propuesta transfronteriza y europea de las medidas de conflicto colectivo de su necesaria conciliación con las libertades económicas y de circulación, estableciendo el siguiente «principio general»:

«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, 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» (art. 2).

¹³⁵ STSJ de Extremadura, Sala de lo Social, de 8 de junio de 2010.

¹³⁶ STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 29 de enero de 1996.

¹³⁷ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 21 de abril de 2009; como precisa la STSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Social, de 23 de noviembre de 2001, «conforme determina el artículo 12 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, el cierre patronal constituye una de las medidas de conflicto colectivo que puede adoptar el empresario siempre que concurren unas concretas causas, a saber: la existencia de notorio peligro de violencia para las personas o de daños graves para las cosas, la ocupación ilegal del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias o de peligro cierto de que este se produzca y que el volumen de inasistencia o irregularidades en el trabajo impidan gravemente el proceso normal de producción, de modo que su ejercicio se circunscribe a evitar determinados perjuicios que ocasionen concretas y tipificadas actuaciones que pueden darse en el desarrollo de una huelga y en este sentido el Tribunal Constitucional en la Sentencia 11/1981 declara que la potestad de cierre de los empresarios debe entenderse como ejercicio de un poder de policía del empresario dirigido exclusivamente a preservar la integridad de las personas, los bienes y las instalaciones y limitado al tiempo necesario para remover tales causas y para asegurar la reanudación de la actividad como dice el artículo 13 del citado Real Decreto-Ley de modo que la apreciación del peligro corresponde al empresario, debiendo ser este notorio y darse en el presente y no relacionado con conjeturas o con perspectivas de futuro y debe concretarse sobre personas y cosas en el mismo centro de trabajo aunque también comprenderá las que se produzcan en otros ámbitos si tienen relación directa con el desarrollo de las actividades y puedan ser calificadas de muy graves y aunque es cierto que el hecho de que se hayan producido incidentes o disturbios en otro conflicto anterior no basta por sí mismo para acordar el cierre tal como se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1998, ha de tenerse en cuenta que el cierre es preventivo y trata de evitar que se produzcan daños o que vuelvan a producirse; de otro lado cabe señalar que el concepto de peligro es indeterminado puesto que supone la posibilidad de que se produzca un daño para la seguridad de las personas o de las cosas y esta posibilidad no ha de apoyarse en criterios personales del empresario sino en un juicio basado en principios de experiencia».

La pretensión de «nivelar» libertades económicas/libertades de circulación y adopción de medidas de conflicto colectivo se pone en evidencia cuando se advierte (art. 4) que:

- «Los Estados miembros, siempre que se produzcan actos o circunstancias graves que afecten al ejercicio efectivo de la libertad de establecimiento o la libre prestación de servicios y 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 Estados miembros, informarán al Estado miembro de establecimiento o de origen del prestador de servicios y/o a otros Estados miembros afectados, así como a la Comisión.»
- «Los Estados miembros afectados responderán lo antes posible a las solicitudes de información de la Comisión y de otros Estados miembros acerca de la naturaleza del obstáculo o de la amenaza. Todo intercambio de información entre los Estados miembros se transmitirá también a la Comisión.»

La continuidad en la protección de los derechos de los trabajadores desplazados y, de manera más general, en situaciones transfronterizas, en el contexto de la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento, constituye una necesidad, ante el riesgo de «dumping social» y competencia desleal, con afección a también a las libertades económicas. El sistema de economía de mercado europeo, máxime en los actuales momentos de crisis económica,¹³⁸ debe obrar a favor del desarrollo de una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social (art. 3 TUE). En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión Europea debe tener en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada y con la lucha contra la exclusión social (art. 9 TUE).

Como afirma la Comisión Europea en la propuesta de reglamento sobre el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en el contexto de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, «los derechos derivados de las disposiciones del TFUE sobre la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales deben aplicarse de acuerdo con los objetivos de la política social, entre los que figuran, tal como se desprende claramente del párrafo primero del artículo 151 del TFUE, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, una protección social adecuada y el diálogo social».

El derecho de huelga, y a adoptar otras medidas de conflicto colectivo, está reconocido en instrumentos sociales internacionales a los que se han adherido Estados miembros,¹³⁹ apareciendo recogido en instrumentos elaborados por esos Estados miembros a nivel de la Unión Europea¹⁴⁰ y en

¹³⁸ Como precisa el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, cit. sobre el tema «El Tratado de Lisboa y el funcionamiento del mercado único (2011/C 44/12), punto 4.5, «la crisis financiera se ha propagado rápidamente, especialmente en Europa, trayendo consigo unas consecuencias económicas y sociales tan inesperadas como imprevisibles, como el Comité ha tenido ocasión de señalar, dando lugar a la recesión más profunda desde los años treinta, con más de 23 millones de parados, es decir, un nivel de desempleo que no se había conocido desde la II guerra mundial».

¹³⁹ Lo reconoce la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961. Asimismo el derecho de huelga está consagrado en el Convenio n.º 87 de la OIT, firmado por todos los Estados miembros de la UE.

¹⁴⁰ Como sucede en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, adoptada en la reunión del Consejo Europeo celebrada el 9 de diciembre de 1989 en Estrasburgo.

la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 28), proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 y adoptada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2008, teniendo también protección constitucional en algunos Estados miembros (así en el art. 28.2 de la Constitución Española para el derecho de huelga, y en el art. 37.2 para las medidas de conflicto colectivo).

Pero ni la huelga ni las medidas de conflicto colectivo constituyen derechos absolutos, por lo que su ejercicio puede ser sometido a ciertas restricciones, que también pueden resultar de las constituciones, legislaciones y prácticas nacionales, debiendo ejercerse aquellos de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales. Lo mismo acontece con las libertades económicas que, tanto en cuanto que derechos fundamentales como cuanto en su ejercicio efectivo, pueden ser objeto de restricciones y limitaciones. El recurso a la huelga, boicots y bloqueos para proteger los intereses y los derechos de los trabajadores y garantizar la protección de los puestos de trabajo o las condiciones de trabajo y empleo, será legítimo a condición de que se haga de conformidad con el Derecho y las prácticas nacionales y de la Unión Europea.

La propuesta de reglamento tiene una clara vocación transfronteriza o europea, aclarando que las instituciones europeas no pretenden sustituir ni a los Estados miembros, ni a los interlocutores sociales en la regulación de las relaciones laborales, individuales o colectivas. Por ello indica que únicamente «establece las normas y principios generales aplicables a escala de la Unión en lo que respecta al ejercicio del derecho fundamental a adoptar medidas de conflicto colectivo en el contexto de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios», pero que «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», ni «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».

Aquella circunstancia resulta explicativa de que el reglamento (art. 3) faculte a los interlocutores sociales a nivel europeo, para que «de conformidad con los derechos, las competencias y las funciones que les confiere el Tratado», puedan «celebrar acuerdos a nivel de la Unión o establecer directrices con respecto a las modalidades y los procedimientos de mediación, conciliación u otros mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos resultantes del ejercicio efectivo del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, incluidos el derecho o la libertad de huelga, en situaciones transnacionales o situaciones de carácter transfronterizo». No obstante advertir que, naturalmente, «las modalidades y los procedimientos para la resolución extrajudicial de conflictos no podrán impedir a las partes interesadas recurrir a soluciones judiciales para resolver sus litigios o conflictos» si aquellos mecanismos no permitiesen resolverlos «en un plazo de tiempo razonable».