

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 SSTJCE de 11 de diciembre de 2007, asunto C-438/05 (International Transport Workers´ Federation, Finnish 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 Elektrikerförbundet)] *

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 libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios son consustanciales con el proyecto político de la unidad europea. Pero es la mejora constante e ilimitada de las condiciones de vida y de trabajo de los ciudadanos lo que justifica la existencia misma de la Unión Europea. Por ello el ejercicio de aquellas libertades ha de ajustarse a la finalidad de «asegurar la libertad y crear riqueza para los europeos», sin mácula de injusticia social (universal). En esa andadura, presididos por «el respeto a la dignidad humana» (la esencia misma de Europa), los «derechos» (también enunciados como «libertades») económicos han de coordinarse con los «derechos sociales» (que únicamente por prejuicios ideológicos no se conciben como «libertades»), lo que supone un marco de relaciones industriales conflictual ordenando en el que la utilización por parte de los trabajadores de medidas de conflicto colectivo no es más que parte del «juego propio del sistema de economía social de mercado».

Palabras clave: libertad de establecimiento, libre prestación de servicios, derechos sociales, medidas de conflicto colectivo y *dumping* social.

* Véase el texto íntegro de la STJCE de 11 de diciembre de 2007 en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 300, marzo 2008 y la STJCE de 18 de diciembre de 2007 en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 299, febrero 2008, o en *Normacef Social*.

Sumario

- I. Introducción.
- II. Las libertades de circulación (libre prestación de servicios y libertad de establecimiento) y los derechos sociales (huelga y otras medidas de conflicto colectivo) en la Unión Europea.
- III. Libertades de circulación (libre prestación de servicios y libertad de establecimiento), desplazamiento de trabajadores y prestación del trabajo en otro Estado miembro y medidas de conflicto colectivo.
- IV. Efecto horizontal «directo e indirecto» de las libertades de circulación (libertad de establecimiento y libre prestación de servicios) e interposición de medidas de conflicto colectivo.
- V. Ejercicio de las libertades de circulación (libertad de establecimiento y de circulación de servicios), deslocalizaciones y adopción de medidas de conflicto colectivo por los trabajadores.
- VI. El «sopesamiento» o «justo equilibrio» entre las libertades fundamentales de establecimiento y de prestación de servicios, y el derecho social fundamental de los trabajadores a ejercer acciones colectivas.
- VII. La adopción de medidas de conflicto colectivo para evitar el «*dumping social*».
- VIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

En los tiempos que nos ha tocado vivir, caracterizados por un economicismo sin tasa ni límites, propiciado por las ideologías con mayor valimiento social, abordar el tema de la compatibilidad entre libertades económicas y derechos sociales no es una tarea fácil, no obstante lo cual las sentencias objeto de comentario tratan semejante cuestión con notable fortuna ¹.

1. «La Comunidad (Unión Europea) no solo tiene una finalidad económica sino también social».

Según aquellas resoluciones de la justicia comunitaria las disposiciones sobre libertad de establecimiento y libre prestación de servicios no son en absoluto irreconciliables con la protección de los derechos fundamentales sociales ni con la consecución de los objetivos de la política social comunitaria, pues:

- a) Por una parte, ni las normas del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea ², sobre libertad de circulación (libre prestación de servicios y libertad de establecimiento) ni las normas comunitarias fundamentales sobre derechos sociales (derecho a la huelga y a otras acciones colectivas) establecen libertades o derechos absolutos.
- b) Por otra parte, nada en el Tratado apunta a que los objetivos de la política social deban prevalecer siempre sobre el objetivo de realizar un mercado común que funcione correctamente, ni a la inversa.

¹ En el marco de la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales establecida por el artículo 234 CE, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional, que conoce del litigio, asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciando, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. El Tribunal de Justicia únicamente puede dejar de pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho comunitario solicitada por ese órgano jurisdiccional no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal o cuando el problema planteado al Tribunal de Justicia es de naturaleza hipotética, según se indican las SSTJCE de 15 de diciembre de 1995, *Bosman*, asunto C-415/93, y de 25 de octubre de 2005, *Schulte*, asunto C-350/03.

² En adelante Tratado, Tratado CE, o el artículo respectivo seguido de CE. Que se denominará «Tratado de la Unión Europea», a partir de 1 de enero de 2009, fecha prevista para la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (art. 6.2), «siempre que se hayan depositado todos los instrumentos de ratificación o, en su defecto, el primer día del mes siguiente al del depósito del instrumento de ratificación del último estado signatario que cumpla dicha formalidad».

La inclusión de los objetivos económicos y de los objetivos sociales en el Tratado pone de manifiesto el propósito comunitario de conciliar estas políticas. Efectivamente:

«Con arreglo al artículo 3 CE, apartado 1, letras c) y j), la acción de la Comunidad implica 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", sino también "una política en el ámbito social". El artículo 2 CE establece, en efecto, que la Comunidad tiene por misión, en particular, promover "un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas" y "un alto nivel de empleo y de protección social". Por tanto, 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.»

Para considerar ese «sopesamiento» entre libertades económicas y derechos sociales, que llevan a cabo las resoluciones de la justicia comunitaria, objeto de comentario, conviene recordar, ante el protagonismo que el economicismo imperante otorga a las libertades económicas, que la protección de los derechos fundamentales que se garantiza en el ordenamiento jurídico comunitario determina que el respeto de los derechos sociales constituya un requisito para la legalidad de los actos comunitarios, y que los Estados miembros cuando aplican la normativa comunitaria deban respetar las exigencias derivadas de la protección de esos derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario³.

En la medida en que la Unión Europea como «comunidad de derecho» se ve a sí misma como una entidad política basada en el respeto de los derechos humanos fundamentales, ni las medidas de las instituciones comunitarias ni las de los Estados miembros adoptadas dentro del ámbito de aplicación del Derecho comunitario pueden ser «incompatibles con el respeto de los derechos humanos»⁴.

Es pertinente efectuar aquí una referencia a la reciente jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional sobre los derechos (fundamentales/humanos) de los extranjeros, baste con recordar que según aquella jurisprudencia cualquier regulación de la extranjería (los derechos y los deberes de los trabajadores extranjeros) «deberá tener en cuenta, en primer lugar, el grado de conexión de los

³ Según la Abogada General señora Christine Stix-Hackl, conclusión 54 de las presentadas el 18 de marzo de 2004, en el asunto C-36/02, que añade en la conclusión 70, lo siguiente: «La negativa a que el Derecho comunitario se rija por los preceptos nacionales en materia de derechos fundamentales debe relativizarse de inmediato en la medida en que, por un lado, los derechos humanos fundamentales reconocidos como principios generales del Derecho en el Derecho comunitario agotan su contenido garantista (...), a su vez, en la fuente constituida por las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y, en particular, por el CEDH; por otro lado, el Tratado prevé una serie de justificaciones para establecer limitaciones a las libertades fundamentales que garantiza, de modo que, en última instancia, es posible tener en cuenta consideraciones procedentes del ordenamiento jurídico nacional en materia de derechos fundamentales».

⁴ Según la Abogada General señora Christine Stix-Hackl, conclusión 55 de las presentadas el 18 de marzo de 2004, en el asunto C-36/02.

concretos derechos con la garantía de la dignidad humana (...), en segundo lugar, el contenido preceptivo del derecho, cuando este venga reconocido a los extranjeros directamente por la Constitución; en tercer lugar, y en todo caso, el contenido delimitado para el derecho por la Constitución y los tratados internacionales. Por último, las condiciones de ejercicio establecidas por la ley deberán dirigirse a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos, y guardar adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida»⁵.

Aquella pretensión de conformidad con los derechos fundamentales que se impone a sí misma la Unión Europea en su conjunto, y su relación con la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, se concreta en la práctica jurisprudencial del Tribunal de Justicia de modos muy diversos. Siendo sus líneas directrices las siguientes⁶:

- Aparece como principio cardinal el de la «interpretación conforme con los derechos fundamentales, que puede entenderse asimismo como una forma de interpretación conforme con el Derecho primario o interpretación "conforme con la Constitución". Con arreglo al mismo, las disposiciones del Derecho comunitario deben interpretarse, en la medida de lo posible, de un modo compatible con los derechos fundamentales pertinentes».
- «Como principio general los derechos humanos fundamentales no solo aparecen, en el marco de la protección de los derechos fundamentales en la Comunidad, como criterios de interpretación, sino de una forma mucho más directa también como norma inmediata para el examen de la legalidad de los actos comunitarios».
- No obstante en las restricciones a las libertades de circulación, resulta que cualquier restricción «no puede justificarse sin más por la protección de los derechos fundamentales específicos garantizados en la Constitución de un Estado miembro. Por el contrario, debe examinarse en qué medida dicha restricción puede justificarse por razones reconocidas en el Derecho comunitario, especialmente la protección del orden público».

2. Los supuestos de hecho y las cuestiones prejudiciales planteadas.

Una cabal comprensión de la importante doctrina sentada en las sentencias objeto de, comentario requiere efectuar una referencia a los supuestos de hecho atendidos en las mismas, así como a las cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal de Justicia comunitario, que pueden resumirse en los términos que a continuación se relacionan.

En el asunto que fue objeto de resolución por la STJCE de 11 de diciembre de 2007, el Tribunal *a quo* solicitó del Tribunal de Justicia, en esencia, que dilucidase si el artículo 43 CE (que esta-

⁵ STC 236/2007, de 7 de noviembre, a la que además me remito así como a las SSTC 259/2007, de 19 de diciembre, 260/2007, 261/2007, 262/2007, 263/2007, 264/2007, 265/2007, todas ellas de 20 de diciembre,

⁶ Indica la Abogada General señora Christine Stix-Hackl, conclusiones 57, 61 y 70, de las presentadas el 18 de marzo de 2004, en el asunto C-36/02.

blece la libertad de establecimiento) debía interpretarse en el sentido de que está excluida de su ámbito de aplicación una medida de conflicto colectivo emprendida por un sindicato o una agrupación de sindicatos contra una empresa con el fin de conseguir que celebrase un convenio colectivo cuyo contenido podía disuadirla de ejercer la libertad de establecimiento⁷. En el asunto que fue objeto de resolución por la STJCE de 18 de diciembre de 2007, el Tribunal remitente preguntó al Tribunal de Justicia si el hecho de que unas organizaciones sindicales intentasen obligar, mediante medidas de conflicto colectivo consistentes en el bloqueo de actividades, a un prestador de servicios extranjero a que se adhiciese en el Estado miembro de acogida, a un convenio colectivo relativo a las condiciones de trabajo y empleo, era compatible con las normas del Tratado sobre la libre prestación de servicios y sobre la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad, cuando la legislación de ese Estado miembro por la que se adaptaba el Derecho nacional a dicha Directiva 96/71 carecía de disposiciones expresas sobre la aplicación de condiciones de trabajo y empleo previstas en un convenio colectivo⁸.

⁷ Con mayor detenimiento, necesario para una más adecuada comprensión de la doctrina fijada en la STJCE de 11 de diciembre de 2007, asunto C-438/05, los hechos, sustancialmente expuestos, fueron los que de seguido se indican. La sociedad finlandesa de transportes con transbordadores (Viking) explotaba siete buques, entre ellos el Rosella, que operaba bajo pabellón finlandés, en la ruta marítima entre Tallin (Estonia) y Helsinki (Finlandia). Mientras aquel buque enarbolase pabellón finlandés, Viking estaba obligada, con arreglo al Derecho finlandés y al convenio colectivo de trabajo aplicable, a pagar a la tripulación, con independencia de su nacionalidad, los mismos salarios que se abonaban en Finlandia (siendo los salarios que se pagaban a las tripulaciones estonias inferiores a los que percibían las tripulaciones finlandesas). Habiendo sido deficitaria la explotación del Rosella debido a la competencia directa de los buques estonios que operaban en la misma ruta, pues tenían menos costes salariales, Viking proyectó, durante el mes de octubre del año 2003, cambiar el pabellón de aquel buque, registrándolo en Estonia, con el fin de poder celebrar un nuevo convenio colectivo con un sindicato establecido en ese Estado (Estonia), comunicando su proyecto al sindicato finlandés de marinos (FSU, afiliado a la ITF), que se opuso claramente a este proyecto. El 6 de noviembre de 2003, la ITF dirigió una carta-circular a sus afiliados en la que les requería que no entablaran negociaciones con Viking ni con su filial (Viking Eesti). Debe precisarse que los sindicatos afiliados a ITF están obligados a seguir sus recomendaciones debido al principio de solidaridad entre sindicatos y al riesgo de que se les imponga una sanción en caso de inobservancia de las mismas. FSU anunció una huelga y exigió a Viking que aumentara el número de trabajadores a bordo del Rosella y que renunciara a su proyecto de cambio de pabellón de ese buque. Viking aceptó la reivindicación a aumentar la tripulación, pero se negó a renunciar al citado proyecto de cambio de pabellón. FSU comunicó a Viking, el 18 de noviembre de 2003, que solo aceptaría la negociación con dos condiciones:

- a) Por una parte, que Viking se comprometiera, con independencia de un eventual cambio de pabellón del Rosella, a seguir cumpliendo conforme al Derecho finlandés el convenio colectivo de trabajo aplicable y mantener el acuerdo sobre la tripulación a bordo de dicho buque.
- b) Por otra parte, que el eventual cambio de pabellón no implicara despidos de trabajadores empleados en ninguno de los buques que enarbolaban pabellón finlandés propiedad de esa compañía ni modificaciones de las condiciones de empleo sin consentimiento de los trabajadores.

Viking presentó una demanda ante el Tribunal de Trabajo (Finlandia) para que se declarara improcedente la posición defendida por el aquel sindicato, y FSU anunció su intención de iniciar, el 2 de diciembre de 2003, un movimiento de huelga en relación con las circunstancias antes expuestas afectantes al buque Rosella. Como la explotación del Rosella seguía siendo deficitaria, Viking mantuvo su intención de registrar este buque bajo pabellón estonio. La ITF no retiró en ningún momento su carta-circular, por lo que esta continuaba en vigor, por lo que el llamamiento que contenía dirigía a los sindicatos afiliados en relación con el Rosella seguía siendo efectivo. El 18 de agosto de 2004, Viking presentó una demanda ante la High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Commercial Court), para que se declarara que la medida de la ITF y del FSU infringía el artículo 43 CE, se ordenara la retirada de la circular ITF y se exigiera al FSU que no obstaculizara el ejercicio de los derechos de Viking con arreglo al Derecho comunitario. Para el detalle de las cuestiones prejudiciales planteadas en este asunto me remito al texto de la sentencia publicada en esta Revista.

⁸ Precisando un poco más, en la medida mínima estrictamente necesaria para un adecuado entendimiento de la doctrina sentada en la STJCE de 18 de diciembre de 2007, asunto C-341/05, los hechos objeto de atención en aquella resolución fueron los que a continuación se indican. Laval, sociedad letona cuyo domicilio social se encuentra en Riga, entre mayo

II. LAS LIBERTADES DE CIRCULACIÓN (LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO) Y LOS DERECHOS SOCIALES (HUELGA Y OTRAS MEDIDAS DE CONFLICTO COLECTIVO) EN LA UNIÓN EUROPEA

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el artículo 12 CE, que establece el principio general de no discriminación por razón de la nacionalidad⁹, está destinado a aplicarse

y diciembre de 2004 desplazó a Suecia a varios trabajadores para la ejecución de obras contratadas por L&P Baltic Bygg AB (Baltic, sociedad sueca de la que Laval tuvo el 100% de su capital hasta el final de 2003), en particular para la construcción de un centro escolar en Vaxholm. Laval, que había firmado, en Letonia, en septiembre y octubre de 2004, convenios colectivos con el sindicato letón de los trabajadores de la construcción, no estaba vinculada por ningún convenio colectivo celebrado con sindicatos suecos (Byggnads y Byggettan, sindicatos suecos de la construcción, y Elektrikerna, sindicato sueco de electricistas), los cuales no tenían ningún afiliado entre el personal de Laval. Alrededor del 65% de los trabajadores letones desplazados estaban afiliados al sindicato de los trabajadores de la construcción en su Estado de origen. En junio de 2004, se iniciaron negociaciones entre Byggettan, por una parte, y Baltic y Laval, por otra, para la adhesión de Laval al convenio colectivo sueco de la construcción. Laval pidió que los salarios y las demás condiciones de trabajo se definieran paralelamente a estas negociaciones, para que el nivel de las remuneraciones y las condiciones de trabajo se fijaran ya en el momento de la adhesión a dicho convenio, lo que aceptó Byggettan. En septiembre de 2004, Byggettan exigió a Laval la adhesión al convenio colectivo de la construcción para la obra de Vaxholm, y la garantía de que los trabajadores desplazados percibirían un determinado salario por hora (alrededor de 16 euros), declarándose dispuesto aquel sindicato a adoptar inmediatamente medidas de conflicto colectivo si no se producía un acuerdo en dicho sentido. Como las negociaciones no llegaron a ningún resultado positivo, Byggettan pidió a Byggnads que actuara para poner en práctica contra Laval medidas de conflicto colectivo, iniciándose el 2 de noviembre siguiente un bloqueo de las obras de Vaxholm, que consistió en impedir la entrega de mercancías en el lugar de las obras, emplear piquetes de huelga y en obstaculizar la entrada a las obras de los trabajadores letones y de sus vehículos. Laval solicitó la intervención de las fuerzas de la policía, las cuales le indicaron que las medidas de conflicto colectivo eran lícitas en Suecia y que no podían intervenir ni retirar los obstáculos físicos que impedían el acceso a las obras. En una reunión de mediación, llevada a cabo el 1 de diciembre de 2004, y en la audiencia de conciliación celebrada ante el Arbetsdomstolen el día 20 del mismo mes y año, Byggettan propuso a Laval que se adheriera al convenio colectivo sueco de la construcción antes de tratar la cuestión salarial, en cuyo caso cesarían inmediatamente las medidas de conflicto colectivo, entrando en vigor la cláusula de paz social, permitiéndose así emprender una negociación sobre los salarios. Sin embargo, Laval se negó a adherirse a dicho convenio porque no le era posible conocer, con antelación, las obligaciones que se le impondrían en materia salarial. En diciembre de 2004 se intensificaron las medidas de conflicto colectivo dirigidas contra Laval, iniciándose también el 3 de diciembre de 2004 por el sindicato de electricistas (Elektrikerna) una acción de solidaridad. Medida que tuvo como efecto que las empresas suecas que pertenecían a la organización patronal de los instaladores eléctricos no pudieran prestar servicios a Laval. En Navidad, los trabajadores desplazados por Laval volvieron a Letonia y no regresaron a las obras de Vaxholm. En enero de 2005, otras organizaciones sindicales anunciaron más acciones de solidaridad consistentes en un boicot de todas las obras emprendidas por Laval en Suecia, de modo que esta empresa ya no pudo seguir ejerciendo sus actividades en el territorio de ese Estado miembro. En febrero de 2005, el municipio de Vaxholm solicitó la resolución del contrato que le vinculaba con Baltic y, el 24 de marzo de 2005, esta fue declarada en quiebra. Para el conocimiento concreto en su literalidad de las cuestiones prejudiciales planteadas me remito a lo manifestado en la sentencia publicada en esta Revista.

⁹ Según indica la Abogada General señora 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, Comisión/Alemania, asunto C-318/05, de 11 de septiembre de 2007, Schwarz y Gootjes-Schwarz, asunto C-76/05, de 23 de octubre de 2007, Morgan, asunto C-11/06, de 12 de julio de 2005, Schempp, asunto C-403/03, de 2 de octubre de 2003, García Avello, asunto C-148/02, y de 24 de noviembre de 1998, Bickel y Franz, asunto C-274/96).
- b) «Entre las situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario se incluyen las 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 mis-

de manera independiente solo en situaciones reguladas por el Derecho comunitario para las que el Tratado no prevea normas específicas contra la discriminación ¹⁰.

Efectivamente, entrar en si se violentaba o desconocía la prohibición de discriminación establecida en aquel artículo 12 CE, en los asuntos resueltos por las sentencias objeto de comentario, no resultaba pertinente, habida cuenta de que semejante precepto comunitario está destinado a aplicarse de manera independiente únicamente cuando no existan normas de Derecho comunitario que específicamente prohíban la discriminación, y siendo así que precisamente el Tratado establece en sus artículos 43 y 49 CE tales normas específicas para los ámbitos de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios ¹¹, a los mismos debería referirse cualquier cuestión sobre la aplicación del Derecho comunitario.

1. La libertad de establecimiento en los tratados fundacionales.

Según se establece en el artículo 43 CE, están prohibidas «las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro». Prohibición que se extiende «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».

Según jurisprudencia comunitaria, reiterada, el artículo 43 CE 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 la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado ¹².

mo 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 2007, Comisión/Alemania, asunto C-318/05; de 23 de marzo de 2004, Collins, asunto C-138/02; de 2 de octubre de 2003, García Avello, asunto C-148/02; de 11 de julio de 2002, D'Hoop, asunto C-224/98, y de 20 de septiembre de 2001, Grzelczyk, asunto C-184/99).

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, Eman y Sevinger, asunto C-300/04; de 10 de enero de 2006, IATA y ELFAA, asunto C-344/04, y de 2 de octubre de 2003, García Avello, asunto C-148/02). 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, Schumacker, asunto C-279/93; de 22 de marzo de 2007, Talotta, asunto C-383/05, y de 18 de julio de 2007, Lakebrink y Peters-Lakebrink, asunto C-182/06).

¹⁰ SSTJCE de 26 de noviembre de 2002, Oteiza Olazábal, asunto C-100/01, y de 29 de abril de 2004, Weigel, asunto C-387/01.

¹¹ SSTJCE de 11 de marzo de 2001, Metallgesellschaft y otros, asunto C-397/98; de 11 de octubre de 2007, Hollmann, asunto C-443/06, y de 17 de enero de 2008, asunto C-105/07.

¹² 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.

La libertad de establecimiento es, pues, consustancial con el proyecto político de la unidad europea, conseguida mediante la disolución 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 al ejercicio de una actividad a título lucrativo. Aquella 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 Comunidad, 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 ¹³.

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 ¹⁴.

Es necesario insistir en que la libertad de establecimiento, que reconoce el artículo 43 CE a los nacionales comunitarios y que implica para estos el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas, en las mismas condiciones fijadas por la legislación del Estado miembro de establecimiento para sus propios nacionales, comprende (*ex art.* 48 CE), 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 Comunidad 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 ¹⁵.

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 TJCE ¹⁶ el artículo 43 CE 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 también 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 48 CE, 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

¹³ Conclusiones 25 y 26 de las presentadas el 7 de diciembre de 2004, por el Abogado General señor Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, en el Asunto C-140/03.

¹⁴ Conclusión 27, de las presentadas el 7 de diciembre de 2004, por el Abogado General señor Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, en el Asunto C-140/03.

¹⁵ STJCE de 21 de septiembre de 1999, Saint-Gobain ZN, asunto C-307/97.

¹⁶ A partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, ya aludido, pasará a denominarse Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

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 43 CE ¹⁷. La libertad de establecimiento 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 ¹⁸.

Esto es, el derecho a la libertad de establecimiento se reconoce no solo a los nacionales comunitarios sino también a las sociedades ¹⁹ 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 Comunidad ²⁰, y si bien las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento, según su tenor literal, se proponen asegurar el disfrute del trato nacional en el Estado miembro de acogida, se oponen, asimismo, 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 normativa ²¹.

2. La libre prestación de servicios en las normas constitutivas de la Unión Europea.

Al tenor del artículo 49 CE están «prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación», pudiendo el prestador de un servicio, «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». Entendiéndose por «servicios las prestaciones realizadas 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» y comprendiendo, en particular, las actividades de carácter industrial y de carácter mercantil.

La libre prestación de servicios no solo exige eliminar toda discriminación en perjuicio del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro por razón de su nacionalidad, sino también suprimir cualquier restricción ²², aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios

¹⁷ 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.

¹⁸ STJCE de 28 de enero de 1986, Comisión/Francia, asunto 270/83.

¹⁹ 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.

²⁰ SSTJCE de 27 de septiembre de 1988, Daily Mail and General Trust, asunto 81/87; de 9 de marzo de 1999, Centros, asunto C-212/97; de 5 de noviembre de 2002, Überseering, asunto C-208/00, y de 14 de octubre de 2004, Comisión/Reino de los Países Bajos, asunto C-299/02.

²¹ STJCE de 16 de julio de 1998, ICI, asunto C-264/96.

²² SSTJCE de 18 de julio de 2007, Comisión/Alemania, asunto C-490/04; de 25 de julio de 1991, Säger, asunto C-76/90; de 28 de marzo de 1996, Guiot, asunto C-272/94, y de 19 de enero de 2006, Comisión/Alemania, asunto C-244/04.

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 ²³.

El artículo 49 CE se opone a la aplicación de toda normativa nacional que dificulte más la prestación de servicios entre Estados miembros ²⁴. Conforme a esta norma, el derecho a la libre prestación de servicios puede ser invocado por una empresa (frente al Estado y otros particulares en su caso), donde esté establecida cuando dichos servicios se presten a destinatarios establecidos en otro Estado miembro y, en términos generales, 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 ²⁵.

Siendo, además, necesario que la aplicación de las normas nacionales de un Estado miembro a los prestadores de servicios establecidos en otros Estados miembros sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo ²⁶.

El artículo 49 CE al oponerse, en particular, a toda normativa nacional que pueda prohibir u obstaculizar en mayor medida las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos ²⁷, determina que solo pueda limitarse la libre prestación de servicios mediante normas justificadas por razones imperiosas de interés general y que se apliquen a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el Estado miembro de acogida, en la medida en que dicho interés no quede salvaguardado por las normas a las que está sujeto el prestador en el Estado miembro en el que está establecido ²⁸.

Desde la perspectiva de un mercado único y para permitir alcanzar sus objetivos, el artículo 49 CE se opone también 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 ²⁹.

²³ SSTJCE de 8 de septiembre de 2005, *Mobistar y Belgacom Mobile*, asuntos acumulados C-544/03 y C-545/03; de 5 de diciembre de 2006, *Cipolla y otros*, asuntos acumulados C-94/04 y C-202/04; de 11 de enero de 2007, *ITC*, asunto C-208/05, y de 13 de diciembre de 2007, *United Pan-Europe Communications Belgium SA, Coditel Brabant SPRL, Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision (Brutélé), Wolu TV ASBL*, asunto C-250/06.

²⁴ STJCE de 11 de septiembre de 2007, *Schwarz y Gootjes-Schwarz*, asunto C-76/05.

²⁵ STJCE 5 de octubre de 1994, *Comisión/Francia*, asunto C-381/93.

²⁶ SSTJCE de 25 de julio de 1991, *Säger*, asunto C-76/90; de 31 de marzo de 1993, *Kraus*, C-19/92, y de 30 de noviembre de 1995, *Gebhard*, asunto C-55/94.

²⁷ SSTJCE de 28 de abril de 1998, *Safir*, asunto C-118/96, y de 8 de septiembre de 2005, *Mobistar y Belgacom Mobile*, asuntos acumulados C-544/03 y C-545/03.

²⁸ SSTJCE de 23 de noviembre de 1999, *Arblade y otros*, asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96; de 24 de enero de 2002, *Portugaia Construções*, asunto C-164/99, y de 21 de octubre de 2004, *Comisión/Luxemburgo*, asunto C-445/03.

²⁹ SSTJCE de 28 de abril de 1998, *Safir*, C-118/96, y de 30 de enero de 2007, *Comisión/Reino de Dinamarca*, asunto C-150/04.

3. Las medidas de conflicto colectivo en el derecho originario comunitario.

En el artículo 136 CE se establece que la Comunidad y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, han de procurar, encontrándose entre sus fines u objetivos, el fomento del empleo, 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, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones.

Según las SSTJCE de 11 y 18 de diciembre de 2007, objeto de comentario, del artículo 3 CE, apartado 1, letras c) y j), resulta lo siguiente:

Que la acción de la Comunidad implica 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», sino también «una política en el ámbito social».

El artículo 2 CE establece, en efecto, que la Comunidad tiene por misión, en particular, promover «un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas» y «un alto nivel de empleo y de protección social». Consecuentemente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³⁰, establece en su artículo 28 que los trabajadores y los empresarios o sus organizaciones respectivas tienen el siguiente derecho (fundamental europeo):

«A emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas en defensa de sus intereses, incluida la huelga.»

Aquel contenido del artículo 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión reproduce al artículo 6, apartado 4, de la Carta Social Europea, bien que mejorándola en cuanto que no condiciona la adopción de las aludidas medidas de conflicto colectivo, pues si bien en este último tratado se reconoce «el derecho de los trabajadores y empleadores, en caso de conflicto de intereses, a emprender acciones colectivas, incluido el derecho de huelga», añade (lo que desaparece en el texto actual del art. 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea) que tal derecho habrá de actuarse «sin perjuicio de las obligaciones que puedan dimanar de los convenios colectivos en vigor», en una clara referencia condicionante a las conocidas como «compromisos u obligaciones convencionales de paz laboral».

El anexo de la Carta Social Europea, que forma parte integrante de dicho convenio (*ex art. 38*) precisa, a propósito del precitado artículo 6, apartado 4, de la misma norma comunitaria, que solamente se podrá «regular el ejercicio del derecho a la huelga por ley». Resultando también, y con más precisión, de su artículo 31.1, que el ejercicio efectivo de los derechos y principios consagrados por

³⁰ Según el contenido dado en Lisboa en 2007, que recoge, adaptándola, la Carta proclamada el 7 de diciembre de 2000, a la que sustituirá a partir del día de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

la Carta Social Europea no puede ser objeto de restricciones o limitaciones que no estén especificadas en dicha Carta, «salvo las establecidas por la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática para garantizar el respeto de los derechos y libertades de terceros o para proteger el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las buenas costumbres».

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en lo sucesivo, CEDH) que tiene reconocido un «significado particular» por reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia ³¹, aun cuando no mencione expresamente el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en su artículo 11, apartado 1, de reiterada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, también denominado Tribunal de Estrasburgo y Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), resulta que la expresión «para la defensa de sus intereses» que figura en dicha disposición, demuestra que el CEDH protege la libertad de defender los intereses profesionales de los trabajadores, miembros o no de un sindicato, mediante la acción colectiva ³² cuyo ejercicio y desarrollo deben al mismo tiempo autorizar y hacer posible los Estados europeos ³³.

Se afirma ³⁴ que «el derecho a la acción colectiva para la defensa de los intereses de los miembros de un sindicato constituye un derecho fundamental. No se trata, pues, únicamente de un «principio general del Derecho del Trabajo», como ya había admitido el Tribunal de Justicia en una jurisprudencia relativamente antigua sino de un principio general del Derecho comunitario en el sentido del artículo 6 UE, apartado 2. Por lo tanto, ese derecho debe estar protegido en toda la Comunidad.

No obstante también debe advertirse que reconocer tal estatuto y tal protección al derecho a la acción colectiva no conduce a excluir la aplicabilidad de las normas del Tratado relativas a la libre circulación (libertad de establecimiento y libre prestación de servicios), por las siguientes razones:

- En primer lugar, como ponen de relieve los instrumentos internacionales y la jurisprudencia del TEDH, porque es preciso distinguir entre el derecho a la acción colectiva y sus moda-

³¹ Lo que se plasmó en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, proclamada solemnemente el 7 de diciembre de 2000 en Niza por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, tras haber sido aprobada por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros.

³² Aun cuando se desprenda de la jurisprudencia del TEDH que el artículo 11, apartado 1, del CEDH, al dejar a cada Estado la elección de los medios para alcanzar ese fin, no incluye necesariamente el derecho de huelga, puesto que los intereses de los miembros de un sindicato pueden defenderse por otros medios y dado que, además, el artículo 11 del CEDH no se refiere expresamente al derecho de huelga, pudiendo el Derecho interno someterlo a una regulación que limite su ejercicio en determinados casos, según las SSTEDH de 30 de junio de 1993, de 25 de abril de 1996 y 11 de enero de 2006. Asimismo, el TEDH tiene reconocido que la celebración de convenios colectivos también puede constituir un medio para la defensa de los intereses de los miembros de un sindicato. La única modalidad de acción colectiva que ha recibido expreso reconocimiento por el TEDH, como un auténtico derecho, es el «derecho a ser oído» por el Estado, así se recoge en las SSTEDH de 27 de octubre de 1975 y de 3 de junio de 2002.

³³ En definitiva, según la jurisprudencia del TEDH el artículo 11, apartado 1, del CEDH exige que se permita a los trabajadores (sindicatos) luchar por la defensa de los intereses de sus miembros sin referir los medios para alcanzar dicho resultado.

³⁴ Por el Abogado General señor Paolo Mengozzi, cuyas conclusiones 78, 79, 80, 81, 83, 84 y 85, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-341/05, se siguen en este apartado.

lidades de ejercicio, que pueden variar de un Estado miembro a otro y no gozan automáticamente de la protección que se reconoce al propio derecho. Apreciación válida no solo para el derecho de huelga (frecuentemente mencionado como uno de los medios más importantes de ejercicio de la acción colectiva, se garantiza generalmente a reserva del reconocimiento de un derecho equivalente a favor de los empresarios, la mayoría de las veces en forma de cierre patronal) sino que también es, en todo caso, pertinente, en lo que respecta a otras modalidades, bastante menos corrientes, que revisten otras medidas de conflicto colectivo, como pueden ser los bloqueos o las acciones de solidaridad.

- En segundo lugar, porque los instrumentos de protección de los derechos humanos y las Constituciones de los Estados miembros reconocen la posibilidad de imponer ciertas restricciones al ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, bien que tales restricciones deban estar previstas en un acto legislativo o reglamentario, justificadas por la persecución de un interés general imperioso y no tener como consecuencia afectar al «contenido esencial» de dicho derecho, o atentar contra la propia sustancia del derecho o libertad así protegidos.
- En tercer lugar, porque si bien «es, ciertamente, incontestable que incumbe a los Estados miembros garantizar que los sindicatos puedan defender los intereses de sus miembros mediante la acción colectiva en su territorio. Cuando los Estados miembros autorizan una o varias de las modalidades de esta acción en su territorio, también les corresponde el derecho a definir sus límites y las condiciones para su ejercicio, con arreglo a los instrumentos de protección de los derechos humanos antes citados (y) les incumbe por igual garantizar que las obligaciones que han decidido asumir en virtud del Tratado, entre ellas, en particular, el respeto de las libertades fundamentales de circulación que este contempla, se cumplan en su territorio».

Lo indicado en los apartados anteriores no significa que únicamente puedan imponerse limitaciones de origen exclusivamente nacional al ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, cuando tales acciones de que se trate tengan por objeto obligar a un prestador de servicios extranjero y, por lo tanto, dicho operador, para oponerse a esas acciones colectivas, tienda a prevalecer, entre otras, de una de las libertades fundamentales de circulación previstas por el Tratado ³⁵.

Efectivamente, la inaplicabilidad de las normas y principios del Tratado sería muy poco coherente, e incluso contradictorio, excluir del ámbito de aplicación del Tratado unas medidas de conflicto colectivo, que adoptasen la forma de una huelga, bloqueo y de una acción de solidaridad, y someter (aun cuando solo fuera eventualmente) al mismo tiempo, a toda normativa nacional (tanto legal como convencional) a la obligación de respetar el principio de no discriminación (entre nacionales y extranjeros, comunitarios), como se desprende precisamente de las disposiciones de dicho Tratado ³⁶. Pudiéndose concluir lo siguiente:

³⁵ Indica el Abogado General señor Paolo Mengozzi, en la conclusión 82, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-341/05.

³⁶ Precisa el Abogado General señor Paolo Mengozzi, en la conclusión 89, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-341/05.

- Que «descartar en cualquier hipótesis la aplicabilidad de las libertades de circulación del Tratado para garantizar la protección de los derechos (sociales) fundamentales equivaldría en realidad a consagrar una jerarquía entre normas o principios de derecho primario, que, si bien no carece necesariamente de pertinencia, no se admite en el estado actual del Derecho comunitario».
- Que «la aplicación de las libertades fundamentales de circulación previstas por el Tratado deben, en definitiva, conciliarse con el ejercicio de los derechos sociales fundamentales»³⁷.

III. LIBERTADES DE CIRCULACIÓN (LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO), DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES Y PRESTACIÓN DEL TRABAJO EN OTRO ESTADO MIEMBRO Y MEDIDAS DE CONFLICTO COLECTIVO

También ha de hacerse una referencia al derecho derivado comunitario pertinente a los efectos del presente comentario, contenido sustancialmente en las Directivas 96/71/CE (en adelante, Directiva 96/71) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y 2006/123/CE (en adelante, Directiva 2006/123) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

1. Libre prestación de servicios, desplazamiento de trabajadores y medidas de conflicto colectivo.

En la materia objeto de atención en el presente apartado, ha de comenzarse por dejar claramente establecido lo siguiente:

- a) Que, según la Directiva 96/71 el desplazamiento de los trabajadores puede consistir:
 - En la ejecución de trabajos por una empresa, por cuenta de esta y bajo su dirección, en el marco de un contrato celebrado entre dicha empresa y el destinatario de la prestación de servicios.
 - En el suministro de trabajadores para su utilización por parte de una empresa, en el marco de un contrato público o privado.

³⁷ Siendo precisamente la necesidad de una «ponderación» de esas exigencias lo que afirmó el Tribunal de Justicia en la sentencia Schmidberger, de 12 de junio de 2003, asunto C-112/00.

- b) Que una medida incompatible con la Directiva 96/71 será *a fortiori* contraria al artículo 49 CE, puesto que esa Directiva tiene por objeto ejecutar, en su ámbito de aplicación específico, el contenido de dicho artículo ³⁸, y que, a la inversa, reconocer que una medida es conforme con la Directiva 96/71 no significa necesariamente que responda a las exigencias del artículo 49 CE.
- c) Que, en particular, aunque la Directiva 96/71 admita que los Estados miembros puedan aplicar al prestador de servicios de un Estado miembro que desplaza temporalmente trabajadores al territorio de otro Estado miembro, condiciones de trabajo y empleo más favorables para los trabajadores que las contempladas en particular en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 96/71, el reconocimiento de dicha facultad debe no obstante ejercerse respetando la libre prestación de servicios garantizada en el artículo 49 CE ³⁹.

Efectivamente, la Directiva 96/71 se adoptó habida cuenta de que, con arreglo a la letra c) del artículo 3 del Tratado, la supresión entre los Estados miembros de los obstáculos a la libre circulación de personas y servicios constituía uno de los objetivos de la Comunidad, que toda restricción en razón de la nacionalidad o la residencia estaba prohibida en el ámbito comunitario, y que la realización del mercado interior no solo ofrecía un entorno dinámico para la prestación transnacional de servicios (que requiere un clima de competencia leal) sino que también invitaba a un número cada vez mayor de empresas a desplazar a sus trabajadores temporalmente para trabajar en el territorio de un Estado miembro distinto de aquel en el que trabajaban habitualmente.

Aquella transnacionalización de las relaciones de trabajo planteó de inmediato problemas sobre el Derecho aplicable a los contratos (de trabajo) y a la prestación misma del trabajo por parte de los desplazados. Al respecto conviene precisar que el Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (art. 3) establece, como norma general, la libertad de elección de la ley por las partes, bien que semejante elección no pueda tener por resultado privar al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley que fuera aplicable a falta de semejante elección (art. 6.1).

Únicamente, a falta de la precitada elección, indica el Convenio de Roma, el contrato se registrará (art. 6.2), por la ley del país en que el trabajador realice habitualmente su trabajo en ejecución del contrato, aun cuando se haya desplazado temporalmente a otro país o si el trabajador no realiza habitualmente su trabajo en un mismo país, por la ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador ⁴⁰. Posibilitándose la aplicación de los convenios colectivos correspondientes a toda persona que realice un trabajo por cuenta ajena (incluso de carácter temporal), vigente en el territorio de un Estado miembro, aunque su empresario se halle establecido en otro Estado miembro.

³⁸ STJCE de 14 de abril de 2005, Comisión/Alemania, asunto C-490/04.

³⁹ Destaca el Abogado General señor Paolo Mengozzi, en las conclusiones 149, 150 y 151, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-341/05.

⁴⁰ A menos que del conjunto de circunstancias resulte que el contrato de trabajo tenga lazos más estrechos con otro país, en cuyo caso será aplicable la ley de ese otro país.

Todo ello, añade el tratado internacional antes citado, sin perjuicio de que surtan efecto, junto con la ley declarada aplicable, las normas de policía del Estado miembro a cuyo territorio haya sido desplazado temporalmente el trabajador, si bien las disposiciones imperativas de protección mínima vigentes en el país de acogida no impiden la aplicación de las condiciones de trabajo y de empleo aplicables en el territorio del Estado miembro de origen y que sean más favorables a los trabajadores. Además, el proveedor de servicios debe observar un «núcleo duro» de disposiciones de protección, claramente definidas en la Directiva 96/71, independientemente de la duración del desplazamiento del trabajador.

La relación entre los derechos y obligaciones establecidos en la Directiva 96/71 y la posibilidad de que los trabajadores (mediando en su caso sus organizaciones de defensa de intereses profesionales, o sindicatos) interpongan medidas de conflicto colectivo, puede enunciarse de la siguiente manera ⁴¹:

- La Directiva 96/71 no se opone a que las condiciones de trabajo (referidas en su art. 3) previstas en la legislación de un Estado miembro o determinadas mediante convenio colectivo aplicable (de hecho o de derecho) a las empresas nacionales, se haga o pretenda hacerse extensiva frente a un prestador de servicios extranjero, que desplaza temporalmente trabajadores, mediante el ejercicio del derecho reconocido a las organizaciones de trabajadores de adoptar medidas de conflicto colectivo, inclusive cuando dicho prestador está ya vinculado por un convenio colectivo celebrado en el Estado miembro de su establecimiento.
- Para que las condiciones de trabajo y empleo relativas a materias distintas de las contempladas en su artículo 3, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 96/71, previstas por un convenio colectivo aplicable, de derecho o de hecho, a las empresas nacionales, puedan imponerse a un prestador de servicios extranjero mediante el ejercicio del derecho de acción colectiva (reconocido a los trabajadores y/o a sus organizaciones profesionales) en un Estado miembro, aquella Directiva 96/71 exige que tales condiciones constituyan disposiciones de orden público, en el sentido de su artículo 3, apartado 10. De ser así, la sujeción de un prestador de servicios extranjero a dichas condiciones debe, en cualquier caso, respetar las exigencias que impone el artículo 49 CE.
- No están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 96/71 y deben, por lo tanto, examinarse a la luz del artículo 49 CE, las condiciones, distintas de las relativas al trabajo y al empleo, previstas por un convenio colectivo aplicable, de derecho o de hecho, a las empresas nacionales y que pudiera verse obligado a suscribir un prestador de servicios extranjero que desplazase temporalmente trabajadores, como consecuencia de la adopción de medidas de conflicto colectivo por parte de las organizaciones (sindicales) de trabajadores del país de desplazamiento.

⁴¹ Siguiendo las indicaciones del Abogado General señor Paolo Mengozzi, en la conclusión 218, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-341/05.

2. Libertad de establecimiento, libre circulación de servicios, prestación del trabajo por trabajadores inmigrantes (extranjeros) y medidas de conflicto colectivo.

La Directiva 2006/123 tiene por finalidad eliminar los obstáculos que se oponen a la libertad de establecimiento de los prestadores en los Estados miembros y a la libre circulación de servicios entre los Estados miembros, así como garantizar, tanto a los destinatarios como a los prestadores de los servicios, la seguridad jurídica necesaria para el ejercicio efectivo de estas dos libertades fundamentales del Tratado.

Dado que los obstáculos que entorpecen el mercado interior de los servicios afectan tanto a los operadores que desean establecerse en otros Estados miembros como a los que prestan un servicio en otro Estado miembro sin establecerse en él, procedía permitir que el prestador desarrollase sus actividades de servicios dentro del mercado interior, ya fuera estableciéndose en un Estado miembro, ya fuera acogiéndose a la libre circulación de servicios, pudiendo elegir los prestadores de servicios entre estas dos libertades en función de su estrategia de desarrollo de negocio.

Según se establece en la Directiva 2006/123, artículo 9, los Estados miembros solo pueden supeditar el acceso a una actividad de servicios a un régimen de autorización cuando aquel régimen reúna las siguientes condiciones:

- No ser discriminatorio para el prestador de servicios.
- Su necesidad esté justificada por una razón imperiosa de interés general.
- El objetivo perseguido no se pueda conseguir mediante una medida menos restrictiva ⁴².

La libertad de circulación de servicios supone, alternativamente al ejercicio del derecho a la libertad de establecimiento, que los Estados miembros están obligados a respetar el derecho de los prestadores a llevar a efecto servicios en un Estado miembro distinto de aquel en el que estén establecidos, de tal manera que el Estado miembro en que se preste el servicio asegure la libertad de acceso y el libre ejercicio de la actividad de servicios dentro de su territorio, no pudiendo supeditar ni el acceso a la actividad ni su ejercicio, en su territorio, a requisitos que no respeten los principios siguientes:

- No discriminación. El requisito no podrá ser directa o indirectamente discriminatorio por razón de la nacionalidad o, en el caso de las personas jurídicas, por razón del Estado miembro en que estén establecidas.
- Necesidad. El requisito deberá estar justificado por razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente.
- Proporcionalidad. El requisito deberá ser el adecuado para conseguir el objetivo que se persigue y no ir más allá de lo necesario para conseguirlo.

⁴² Porque «un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz», se indica en la Directiva.

La Directiva 2006/123 se aplica siempre que las actividades de que se trate estén abiertas a la libre competencia, estableciendo solamente los requisitos que afectan al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio, no afectando a las condiciones de empleo y trabajo de quienes prestan materialmente esos servicios ⁴³.

Conviene recordar que en su primera propuesta, aquella Directiva (conocida como Directiva Bolkestein) proponía adoptar el «principio del país de origen», por el cual el prestador estaba sujeto únicamente a la ley del país en el que estuviese establecido, no debiendo los Estados miembros imponer restricciones a los servicios prestados por un prestador establecido en otro Estado miembro. Principio que se acompañaba de excepciones generales, transitorias o para casos concretos ⁴⁴. La

⁴³ La Directiva, en el texto definitivamente aprobado, continúa remitiéndose al respecto a la Directiva 96/71/CE, bien que en términos diferentes a los contenidos en la propuesta de Directiva o Directiva Bolkestein. Efectivamente, el texto definitivo no interfiere en absoluto, como lo hacía su propuesta inicial, con la Directiva 96/71, sino que simplemente se remite a ella, en el entendimiento de que es la norma que se aplica a los trabajadores (esto es, a tenor del art. 39 CE, a las personas que realicen, durante cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de esta, ciertas prestaciones por las cuales perciben remuneraciones) «desplazados», en el marco del ejercicio de la libertad de establecimiento o de circulación de servicios por su empleador o empresario. En tales casos, como es sabido, la Directiva 96/71/CE establece que los prestadores deben cumplir con las condiciones de trabajo y empleo en una serie de ámbitos, que en la misma se enumeran, vigentes en el Estado miembro en el que se presta el servicio, comprendiendo no solo a las establecidas por disposiciones legislativas sino también a las establecidas en convenios colectivos, siempre que estos estén oficialmente declarados o sean, *de facto*, de aplicación general. Además, precisa la Directiva 2006/123 que no debe impedirse que los Estados miembros apliquen condiciones de trabajo y empleo relativas a materias distintas de las enumeradas en el artículo 3.1 de la Directiva 96/71/CE por razones de orden público, y que tampoco debe afectar a las condiciones de trabajo y empleo que el trabajador empleado para prestar un servicio transfronterizo sea contratado en el Estado miembro en que se presta el servicio, ni afectar al derecho de los Estados miembros en los que se presta el servicio a determinar la existencia de una relación laboral, ni a la distinción entre trabajadores por cuenta propia y trabajadores por cuenta ajena, incluidos los «falsos trabajadores por cuenta propia».

⁴⁴ En su exposición de motivos, apartado 3, punto b), relativo a la «combinación de métodos de regulación» se establecía que por la vigencia del «principio del país de origen» resultaba que «el cual el prestador (estaba) sujeto únicamente a la ley del país en el que (estuviese) establecido y los Estados miembros no (debían) imponer restricciones a los servicios prestados por un prestador establecido en otro Estado miembro». Asimismo, la aplicación de aquel principio, se advertía en la misma exposición de motivos, permitía al prestador «prestar un servicio en uno varios otros Estados miembros sin tener que someterse a la normativa de estos últimos». Este principio, se decía, también permitía «hacer responsable al Estado miembro de origen, ya que se le obliga a garantizar un control eficaz de los prestadores establecidos en su territorio, incluso aunque (presten) servicios en otros Estados miembros». También se establecía «excepciones al principio del país de origen» en cuanto que se consideraban «necesarias por las disparidades existentes en el nivel de protección del interés general en determinados ámbitos, la intensidad de la armonización comunitaria, el grado de cooperación administrativa o determinados instrumentos comunitarios». Algunas de semejantes excepciones se concebían como transitorias (hasta el año 2010), con el fin de que hubiera tiempo de proceder a una armonización complementaria de determinadas cuestiones específicas, siendo posible establecer excepciones en casos individuales si se cumplían determinadas condiciones en cuanto al fondo y de procedimiento». Se establecían «obligaciones de asistencia recíproca entre autoridades nacionales, indispensable(s) para garantizar un elevado nivel de confianza recíproca entre los Estados miembros», confianza que, a su vez, se consideraba «el fundamento del principio del país de origen». Considerando ya el texto de aquella propuesta de Directiva (Bolkestein), apartados 58, 59 y 60, en ellos se establecía lo siguiente: «La presente Directiva no tiene por objeto tratar de las cuestiones de Derecho laboral como tales. Este reparto de cometidos y la determinación de las formas que deba adoptar la cooperación entre el Estado miembro de origen y el Estado miembro de desplazamiento permitirán facilitar el ejercicio de la libre circulación de servicios, en especial mediante la supresión de determinados procedimientos administrativos desproporcionados, al tiempo que se mejora el control del cumplimiento de las condiciones de empleo y de trabajo con arreglo a lo dispuesto en la Directiva 96/71/CE. (...) por lo demás, en lo que se refiere a las condiciones de empleo y de trabajo distintas de las contempladas en la Directiva 96/71/CE y con arreglo al principio de la libre circulación de servicios establecido en la Directiva, el Estado miembro de desplazamiento no debe poder tomar medidas restrictivas contra un prestador establecido en otro Estado miembro. La

pretendida imposición de aquel «principio del país de origen» provocó una reacción general contraria al mismo de tal envergadura que fue determinante del rechazo de la Constitución Europea, en los referéndum (referendos) que para su ratificación fueron convocados por algunos Estados miembros.

La Directiva 2006/123 finalmente aprobada no contempla ya aquel «principio del país de origen», respetando el ejercicio de los derechos fundamentales aplicables en los Estados miembros y reconocidos por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que incluyen el derecho a emprender acciones colectivas acudiendo a medidas de conflicto colectivo, de acuerdo con la legislación y las prácticas nacionales que respeten el Derecho comunitario.

Cuando un operador se desplaza a otro Estado miembro para ejercer en él una actividad de servicios, ha de distinguirse entre las situaciones que entran en el ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento y las que entran en el ámbito de aplicación de la libre prestación de servicios, en función del carácter temporal de la actividad de que se trate.

Siendo procedente recordar, en lo referente a la distinción entre aquellas libertades (de establecimiento y la libre prestación de servicios), que el elemento clave, sin perjuicio de la temporalidad ya citada, es determinar si el agente está o no establecido en el Estado miembro en que presta el servicio, pues si está ubicado en ese Estado miembro, deben aplicarse las disposiciones referentes a la libertad de establecimiento y si, por el contrario, el agente no está establecido en el Estado miembro en que presta sus servicios, sus actividades deben quedar cubiertas por las disposiciones alusivas a la libre prestación de servicios.

El carácter temporal de las actividades de que se trate debe apreciarse no solo en función de la duración de la prestación, sino también en función de su frecuencia, periodicidad o continuidad. El carácter temporal de la libre prestación de servicios no excluye la posibilidad de que el prestador se dote de cierta infraestructura en el Estado miembro en el que presta el servicio (p. ej. de una oficina) en la medida en que sea necesaria para hacer efectiva la prestación correspondiente, sin que por ello pueda considerarse que se esté recurriendo al ejercicio de la libertad de establecimiento.

libre circulación de servicios incluye el derecho de que un prestador de servicios desplace a su personal, incluso si se trata de personas que no tienen la ciudadanía de la Unión, sino que son nacionales de un tercer Estado que se encuentran legalmente en el Estado miembro de origen y tienen un empleo regular. Conviene prever que el Estado miembro de origen esté obligado a hacer lo necesario para que el trabajador desplazado ciudadano de un tercer país cumpla las condiciones de residencia y empleo regular prescritas en su normativa, incluido lo relativo a la Seguridad Social. Conviene prever que el Estado miembro de desplazamiento no podrá imponer al trabajador o al prestador controles preventivos, especialmente en lo que se refiere a los documentos de entrada o de estancia o los permisos de trabajo, excepto en los casos que contemple la Directiva, ni podrá imponer obligaciones como, por ejemplo, la obligación de tener un contrato de trabajo de duración indeterminada o un empleo anterior en el Estado miembro de origen del prestador». Finalmente el artículo 16.1 era del siguiente tenor: «Principio del país de origen. 1. Los Estados miembros harán lo necesario para que los prestadores estén sujetos únicamente a las disposiciones nacionales de su Estado miembro de origen que formen parte del ámbito coordinado. El primer párrafo se refiere a las disposiciones nacionales relativas al acceso a la actividad de un servicio y a su ejercicio, y en particular a las que rigen el comportamiento del prestador, la calidad o el contenido de la publicidad, los contratos y la responsabilidad del prestador».

La Directiva 2006/123 no impide la aplicación por un Estado miembro de sus normas (legales, reglamentarias, administrativas o convencionales) sobre las condiciones de trabajo y empleo, si bien debe justificar en aras de la protección de los trabajadores, que no son discriminatorias, y que su aplicación resulta necesaria y proporcionada.

IV. EFECTO HORIZONTAL «DIRECTO E INDIRECTO» DE LAS LIBERTADES DE CIRCULACIÓN (LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS) E INTERPOSICIÓN DE MEDIDAS DE CONFLICTO COLECTIVO

Se afirma ⁴⁵ que el Tratado no resuelve expresamente la cuestión del efecto horizontal de los artículos 43 y 49 CE, siendo por lo tanto necesario «considerar el lugar y la función que estas disposiciones tienen en la economía del Tratado» ⁴⁶.

Junto con las disposiciones sobre competencia, se precisa ⁴⁷, las disposiciones sobre libre circulación forman parte de un conjunto coherente de normas cuya finalidad, que se describe en el artículo 3 CE, 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».

Esto es, aquellas normas «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 que «sin las normas sobre libre circulación y competencia resultaría imposible alcanzar el objetivo fundamental de la Comunidad de tener un mercado común que funcione (eficientemente)».

Por lo tanto, se añade ⁴⁸, «no resulta sorprendente que el Tratado confiera a los operadores del mercado derechos que pueden ser invocados contra las autoridades de los Estados miembros y contra otros sujetos, sean o no empresarios. En principio, por lo que atañe a las empresas u otros operadores en el mercado, las normas sobre competencia juegan un papel principal. En lo que se refiere a las autoridades de los Estados miembros, este papel corresponde a las disposiciones sobre libre circulación. De ahí que, para garantizar eficazmente los derechos de los operadores del mercado, las normas sobre competencia tengan un efecto horizontal, mientras que las normas sobre libre circulación tengan un efecto vertical».

⁴⁵ Por el Abogado General señor Poiares Maduro, en la conclusión 31, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05.

⁴⁶ Indica el Abogado General señor Poiares Maduro, en la conclusión 31, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05.

⁴⁷ Señala el Abogado General señor Poiares Maduro, en las conclusiones 32, 33, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05.

⁴⁸ Precisa el Abogado General señor Poiares Maduro, en la conclusión 34, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05.

Sin embargo, continúa afirmándose, «esto no hace válido el argumento a contrario de que el Tratado excluye el efecto horizontal de las disposiciones sobre libre circulación». Aquel «efecto horizontal (directo o indirecto ⁴⁹)» se derivará lógicamente del Tratado 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 ⁵⁰, resultando de todo ello lo siguiente:

- a) 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» ⁵¹.
- b) 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» ⁵².
- c) 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» ⁵³.

⁴⁹ Como indica el Abogado General señor Poirares Maduro, en la conclusión 39, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05, «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 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».

⁵⁰ Concreta el Abogado General señor Poirares Maduro, en la conclusión 35, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05. 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 la aplicación 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 puede 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».

⁵¹ Indica el Abogado General señor Poirares Maduro, en la conclusión 43, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05.

⁵² Indica el Abogado General señor Poirares Maduro, en la conclusión 48, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05.

⁵³ Indica el Abogado General señor Poirares Maduro, en la conclusión 46, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05, según el cual «el Tribunal de Justicia lo ha reconocido en la sentencia Angonese, cuando aplicó el artículo 39 CE a un banco privado de Bolzano».

Efectivamente, «los trabajadores no pueden cambiar sus cualificaciones profesionales u obtener un trabajo alternativo con la misma facilidad con que los comerciantes pueden alterar sus productos o encontrar modos alternativos de comercializarlos. (...) La posibilidad de que, a la larga, los incentivos económicos debiliten (...) prácticas de contratación discriminatorias es un consuelo muy limitado para el individuo que busca empleo hoy. El dicho de que "el mercado puede seguir siendo irracional más tiempo del que tú puedes seguir siendo solvente" es quizá más cierto en el ámbito de la libre circulación de los trabajadores que en cualquier otro»⁵⁴.

d) 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»⁵⁵.

La circunstancia de que «determinados sujetos privados están sometidos a las normas sobre libre circulación:

- No supone el fin de su autonomía privada.
- Tampoco significa necesariamente que estén sometidos exactamente a los mismos estándares.

Efectivamente, las autoridades estatales puede(n) aplicar distintos baremos en su análisis de cualquier obstrucción a las libertades de circulación, dependiendo:

- De la procedencia y de la gravedad del obstáculo al ejercicio del derecho a la libre circulación.
- De la fuerza y validez de las contrapuestas reivindicaciones de autonomía privada.

En otras palabras, los sujetos privados pueden todavía seguir haciendo a menudo cosas que las autoridades públicas no pueden»⁵⁶. «Incluso en los casos que entran dentro de su ámbito de aplicación, las disposiciones sobre libre de circulación no sustituyen al Derecho nacional como marco jurídico pertinente para la evaluación de los conflictos entre sujetos privados».

Esto es, «los Estados miembros tienen libertad para regular la conducta privada siempre que respeten los límites establecidos por el Derecho comunitario»⁵⁷, de tal manera que «el Derecho

⁵⁴ Añade el Abogado General señor Poiares Maduro, en la conclusión 47, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05.

⁵⁵ Abogado General señor Poiares Maduro, en la conclusión 50, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05.

⁵⁶ Destaca el Abogado General señor Poiares Maduro, en la conclusión 49, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05.

⁵⁷ Indica el Abogado General señor Poiares Maduro, en la conclusión 51, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05.

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»⁵⁸.

La aplicabilidad de los Derechos nacionales de los Estados miembros en cuestiones en que estén implicadas las libertades de circulación (libertad de establecimiento y libre prestación de servicios) y el grado de libertad de que gozan los Estados miembros para regular las relaciones *inter privados*, tiene consecuencias o implicaciones procesales, de tal modo que⁵⁹:

- «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».
- «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».
- «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».
- «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».
- «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».

V. EJERCICIO DE LAS LIBERTADES DE CIRCULACIÓN (LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y DE CIRCULACIÓN DE SERVICIOS), DESLOCALIZACIONES Y ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE CONFLICTO COLECTIVO POR LOS TRABAJADORES

Las libertades de circulación se protegen en el Tratado CE porque la posibilidad para una empresa de trasladarse a un Estado miembro o de prestar servicios en otro Estado miembro, en el

⁵⁸ Indica el Abogado General señor Poiares Maduro, en la conclusión 54, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05.

⁵⁹ Siguiendo las indicaciones del Abogado General señor Poiares Maduro, en las conclusiones 52 y 53, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05.

que sus costes de funcionamiento sean más bajos, «es crucial en la consecución de un comercio intracomunitario efectivo. Si solo se permitiera a las empresas utilizar los recursos productivos disponibles en un país o región concretos, se dificultaría el desarrollo económico de esa región así como el de las regiones donde los recursos requeridos fueran más fácilmente disponibles»⁶⁰.

Sin embargo, se añade, a pesar de que la efectiva realización de aquellas libertades genera ventajas en general, «a menudo también tiene consecuencias dolorosas, en particular para los trabajadores de las empresas que deciden trasladarse. Inevitablemente, la consecución del progreso económico a través del comercio intracomunitario lleva implícito el riesgo de que los trabajadores de la Comunidad experimenten cambios en sus condiciones laborales o, incluso, sufran la pérdida de sus empleos»⁶¹.

El resultado de semejante conflicto debe resolverse de manera que se concilien aquellas ventajas y desventajas y se eviten cualesquiera perjuicios para los trabajadores, pudiendo para ello partirse de la siguiente reflexión:

«Aunque el Tratado establece el mercado común, no da la espalda a los trabajadores que se ven perjudicados por sus aspectos negativos. Por el contrario, el ordenamiento económico europeo está firmemente anclado en un contrato social⁶²: los trabajadores de toda Europa deben aceptar las consecuencias negativas recurrentes que son inherentes a la creación de una prosperidad creciente por el mercado común, a cambio de lo cual la sociedad debe comprometerse a la mejora general de sus condiciones de vida y de trabajo, y a la prestación de apoyo económico a aquellos trabajadores que se encuentran en dificultades como consecuencia del mecanismo del mercado. Tal como demuestra su exposición de motivos, este contrato está incorporado en el Tratado.»⁶³

La adopción de medidas de conflicto colectivo adoptadas por los trabajadores, mediando sus organizaciones profesionales (en su caso) debe considerarse incluida en la autonomía jurídica de que disponen⁶⁴, en virtud del Derecho comunitario y los ordenamientos de los Estados miembros⁶⁵. Semejantes medidas y los medios de acción colectiva⁶⁶:

⁶⁰ Señala el Abogado General señor Poiares Maduro, en la conclusión 57, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05.

⁶¹ Indica el Abogado General señor Poiares Maduro, en la conclusión 58, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05.

⁶² Tomado prestada la locución y aplicando la idea básica contenida en la obra capital de Rousseau, *Le contrat social*.

⁶³ Afirma el Abogado General señor Poiares Maduro, en la conclusión 59, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05.

⁶⁴ «Puesto que las asociaciones o sindicatos de defensa de los intereses profesionales de los trabajadores no constituyen entidades de Derecho público», confirma el Abogado General señor Poiares Maduro, en la conclusión 59, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05.

⁶⁵ STJCE de 11 de diciembre de 2007, objeto de comentario.

⁶⁶ Concluye el Abogado General señor Poiares Maduro, en la conclusión 60, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05.

- Constituyen «instrumentos esenciales para que los trabajadores expresen su voz y para hacer que los gobiernos y los empresarios cumplan su parte del contrato social».
- Permiten «poner énfasis en el hecho de que el traslado de las empresas a otro país, a pesar de ser, en última instancia, beneficioso para la sociedad, conlleva unos costes para los trabajadores que serán desplazados, y que estos costes no deberían ser soportados únicamente por los trabajadores».
- Pueden ser «el último recurso de las organizaciones profesionales de defensa de los intereses de los trabajadores (sindicatos, en su caso) para lograr su reivindicación de que se regule de modo colectivo el trabajo de los asalariados»⁶⁷.

El papel nuclear de las medidas de acción colectiva en el Derecho comunitario plantea, inevitablemente, una cuestión de límites, en cuanto su puesta en práctica confluya con las libertades de circulación (libre prestación de servicios y libertad de establecimiento). Por ello debe plantearse la siguiente cuestión:

«¿Con qué fines puede utilizarse la acción colectiva y hasta dónde puede llegar?».

La respuesta a semejante interrogante supone:

- a) Por una parte dar cumplida satisfacción al desafío que para la Unión Europea supone el «proteger a aquellos trabajadores que han sido perjudicados a causa del funcionamiento del mercado común garantizando, al mismo tiempo, los beneficios globales del comercio intra-comunitario»⁶⁸.
- b) Por otra parte no desconocer el papel básico que las libertades de establecimiento y de circulación de servicios tienen en el progreso y desarrollo económico de Europa, procurando ventajas y beneficios de todo tipo a los ciudadanos europeos.

La respuesta más atinada a semejante cuestión, y al tenor de los criterios expuestos, es la siguiente:

«Una acción colectiva que produzca el efecto de compartimentar el mercado laboral o de restringir el derecho de establecimiento de una empresa que pretende trasladarse a otro Estado miembro, con objeto de proteger a los trabajadores de esta empresa, no parece compatible con el ordenamiento comunitario»⁶⁹.

⁶⁷ STJCE de 11 de diciembre de 2007, objeto de comentario, la cual añade que deben, en su caso, «considerarse relacionadas (a las medidas de conflicto colectivo) de modo inseparable, con los convenios colectivos (vigentes o a celebrarse)»,

⁶⁸ Destaca el Abogado General señor Poiares Maduro, en la conclusión 60, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05.

⁶⁹ Indica el Abogado General señor Poiares Maduro, en la conclusión 68, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05, que se apoya en la STJCE de 9 de diciembre de 1997, Comisión/Francia, asunto C-265/95.

Esto es:

- a) «Una acción colectiva dirigida a persuadir a una empresa de que conserve sus actuales empleos no debe confundirse con una acción colectiva dirigida a impedir que una empresa pueda prestar sus servicios una vez que se ha trasladado al extranjero. De tal modo:
- Que el primer tipo de acción colectiva representa una forma legítima de que los trabajadores protejan sus derechos y se corresponde con lo que sucedería normalmente si el traslado de la empresa tuviera lugar dentro de un Estado miembro.
 - Sin embargo, no puede decirse lo mismo de una acción colectiva que simplemente pretenda impedir que una empresa que se ha trasladado a otro lugar preste sus servicios conforme a Derecho en el Estado miembro en el que estaba establecida con anterioridad»⁷⁰.
- b) «Impedir, o amenazar con impedir, a través de una acción colectiva, que una empresa legalmente establecida en un Estado miembro preste sus servicios conforme a Derecho en otro Estado miembro es, esencialmente, el tipo de obstáculo a los intercambios comerciales (declarados) incompatible(s) con el Tratado (...) ya que es directamente contrario a la razón de ser del mercado común»⁷¹.

VI. EL «SOPESAMIENTO» O «JUSTO EQUILIBRIO» ENTRE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE ESTABLECIMIENTO Y DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS, Y EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL DE LOS TRABAJADORES A EJERCER ACCIONES COLECTIVAS

Ha de comenzarse por recordar que, según reiterada jurisprudencia comunitaria, los artículos 43 y 49 CE no rigen solamente la actuación de las autoridades públicas, sino que se extienden asimismo a sujetos y normativas de otra naturaleza que tengan por finalidad regular colectivamente el trabajo por cuenta ajena, el trabajo por cuenta propia y las prestaciones de servicios⁷².

No puede afirmarse que medidas de conflicto colectivo como el derecho de huelga (o el derecho de cierre patronal) estén excluidos del ámbito de las libertades de circulación (libertad de esta-

⁷⁰ Afirma el Abogado General señor Poiras Maduro, en la conclusión 67, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05.

⁷¹ Afirma el Abogado General señor Poiras Maduro, en la conclusión 68, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05, que alude a la STJCE de 9 de diciembre de 1997, Comisión/Francia, asunto C-265/95.

⁷² SSTJCE de 12 de diciembre de 1974, Walrave y Koch, asunto 36/74; de 14 de julio de 1976, Donà, asunto 13/76; de 15 de diciembre de 1995, Bosman, asunto C-415/93, de 11 de abril de 2000, Deliège, asuntos C-51/96 y C-191/97; de 6 de junio de 2000, Angonese, asunto C-281/98, y de 19 de febrero de 2002, Wouters y otros, asunto C-309/99. Como indica en la STJCE de 11 de diciembre, objeto de comentario, las medidas de conflicto colectivo están comprendidas, en principio, en el ámbito de aplicación del artículo 43 CE.

blecimiento y libre prestación de servicios)⁷³, en base a que, de acuerdo con el artículo 137 CE, apartado 5, la Unión Europea no sea, *prima facie*, competente para regular esos derechos sociales. Efectivamente⁷⁴:

- «Aunque en las materias no comprendidas en el ámbito de competencias de la Comunidad, los Estados miembros pueden fijar libremente, en principio, los requisitos de existencia de los derechos de que se trate y las formas de ejercicio de estos derechos, los Estados miembros deberán, en el ejercicio de esta competencia, respetar el Derecho comunitario».
- El hecho de que «el artículo 137 CE no se aplique al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal no puede excluir una medida de conflicto colectivo de la aplicación de las normas comunitarias relativas a las libertades de circulación».
- El «derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, incluido el derecho de huelga, constituye un derecho fundamental que no supone, por ello, su exclusión del ámbito de aplicación del artículo 43 CE».

Ciertamente el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, incluido el derecho de huelga, está reconocido en diferentes instrumentos internacionales en los que los Estados miembros han participado o a los que se han adherido, como la Carta Social Europea, por lo demás expresamente mencionada en el artículo 136 CE, y el Convenio OIT núm. 87, así como en instrumentos elaborados a nivel comunitario o en el marco de la Unión, como la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, también mencionada en el artículo 136 CE, y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Ahora bien, aunque aquel derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo deba ser, por tanto, reconocido como derecho fundamental (como afirma el art. 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, dicho derecho está protegido, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales, y forma parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario), su ejercicio puede ser sometido a ciertas restricciones, y además, no podrán llevarse a efecto medidas de conflicto colectivo cuando sean contrarias a las buenas costumbres o estén prohibidas por el Derecho nacional o el Derecho comunitario.

⁷³ Puesto que las condiciones de trabajo de los diferentes Estados miembros se rigen, bien por disposiciones de carácter legislativo o reglamentario, bien por convenios colectivos y otros actos celebrados o adoptados por personas privadas, si las prohibiciones previstas en los artículos 43 y 49 CE se limitaran a los actos de la autoridad pública, ello podría crear desigualdades en su aplicación, afirma el Tribunal de Justicia en su sentencia de 11 de diciembre de 2007, objeto de comentario, lo que también se deduce de las SSTJCE de 12 de diciembre de 1974, Walrave y Koch, asunto 36/74; de 14 de julio de 1976, Donà, asunto 13/76; de 15 de diciembre de 1995, Bosman, asunto C-415/93; de 11 de abril de 2000, Deliège, asuntos C-51/96 y C-191/97, y de 6 de junio de 2000, Angonese, asunto C-281/98.

⁷⁴ Como indica la STJCE de 11 de septiembre de 2007, objeto de comentario y, por analogía (referidas al ámbito de la Seguridad Social), SSTJCE de 28 de abril de 1998, Decker, C-120/95, y Kohll, asunto C-158/96; (en cuanto a la fiscalidad directa), SSTJCE de 4 de marzo de 2004, Comisión/Francia, asunto C-334/02, y de 13 de diciembre de 2005, Marks & Spencer, asunto C-446/03.

Debiendo repararse en que la protección de los derechos fundamentales puede justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario, en virtud de una libertad fundamental garantizada por el Tratado. Al extremo es así, que incluso derechos y libertades tan trascendentes como la protección de la dignidad humana o las libertades de expresión y de reunión, no están excluidos del ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado y su ejercicio debe conciliarse con las exigencias relativas a los derechos protegidos por dicho Tratado y con el principio de proporcionalidad ⁷⁵.

Consecuentemente el carácter fundamental atribuido al derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo no permite excluirlas del ámbito de aplicación de los artículos 43 y 49 CE.

Cuestión diferente es determinar si acaso determinadas restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios resultan inherentes a la adopción de medidas de conflicto colectivo, no resultando contrarias, por lo tanto, a la libre competencia (practicable) que preside, como principio organizativo nuclear, el sistema de «economía social de mercado» ⁷⁶ imperante en la Unión Europea al tenor de sus normas fundacionales.

Al respecto indica el Tribunal de Justicia que si bien determinados efectos restrictivos de la competencia son inherentes a los acuerdos o convenios colectivos celebrados entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores, sin embargo resulta que los objetivos de política social perseguidos por dichos acuerdos resultarían gravemente comprometidos si los interlocutores sociales estuvieran sujetos a la prohibición de prácticas concertadas o colusorias que establece el Derecho comunitario (*ex art. 81 CE*, apartado 1) en la búsqueda común de medidas destinadas a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo.

Esto es, los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas entre interlocutores sociales para el logro de dichos objetivos no deben considerarse comprendidos, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del artículo 81 CE del Tratado ⁷⁷.

No obstante aquellos limitados efectos restrictivos de la competencia que producen los acuerdos o convenios colectivos (determinantes de que no puedan considerarse incluidos en la prohibición de prácticas colusorias o restrictivas de la competencia, *ex art. 81 CE*) no pueden extrapolarse.

⁷⁵ SSTJCE de 14 de octubre de 2004, Omega, asunto C-36/02; de 12 de junio de 2003, Schmidberger, asunto C-112/00, y de 11 de septiembre de 2007, objeto de comentario.

⁷⁶ Cabe recordar que el artículo 1.3 de la no nata Constitución Europea establecía lo siguiente: «La Unión obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico». Indica GALBRAITH, J.K., *La Economía del Fraude Inocente. La verdad de nuestro tiempo*, Crítica, Barcelona 2004, pág. 18, que «el término "capitalismo" se encuentra en declive (...). 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 defensores del sistema» y, más adelante, en pág. 24, que «hablar de sistema de mercado, (...), carece de sentido; es una fórmula errónea, insípida, complaciente». Nuestra Constitución de 1978 establece en su artículo 38 que «se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado».

⁷⁷ STJCE de 21 de septiembre de 1999, Albano, asunto C-67/96.

Efectivamente, el razonamiento relativo a las relaciones entre acuerdos o convenios colectivos y las prácticas colusorias o restrictivas de la competencia no puede extenderse a las relaciones entre acuerdos o convenios colectivos y libertades fundamentales establecidas en el Título III de dicho Tratado, advierte el Tribunal de Justicia. No puede considerarse que sea inherente al propio ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo cierta vulneración de las citadas libertades fundamentales.

Además, según el Alto Tribunal, debe destacarse que el hecho de que un acuerdo o una actividad estén excluidos del ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado relativas a la libre competencia no entraña que ese acuerdo o esa actividad también estén excluidos del ámbito de aplicación de las disposiciones del mismo Tratado relativas a la libre circulación de personas o de servicios, dado que estas disposiciones responden a requisitos de aplicación propios ⁷⁸.

De tal modo, concluye el Tribunal de Justicia, que en principio, no está excluida del ámbito de aplicación de los artículos 43 y 49 CE una medida de conflicto colectivo emprendida por un conjunto de trabajadores, sindicato o una agrupación de sindicatos contra una empresa con el fin de conseguir una finalidad laboral concreta, cuyo contenido puede disuadirla del ejercicio de la libertad de establecimiento ⁷⁹.

Configuradas las citadas libertades de la manera expuesta, las libertades de circulación de referencia (libre prestación de servicios y libertad de establecimiento), el derecho social fundamental de los trabajadores a adoptar medidas de conflicto colectivo, y las relaciones entre aquellas libertades y del derecho social fundamental indicado, ha de indagarse si acaso y en qué medida de los preceptos del Tratado que regulan los artículos 43 y 49 CE se derivan derechos para una empresa privada que esta puede oponer a los trabajadores colectivamente considerados, a un sindicato o a una asociación de sindicatos. Para responder a esta cuestión propuesta, ha de partirse de las siguientes consideraciones:

- La eliminación, en la Unión Europea, de los obstáculos a la libre prestación de servicios correría peligro si la supresión de las barreras de origen estatal pudiera ser neutralizada con obstáculos derivados de actos realizados en ejercicio de su autonomía jurídica por asociaciones y organismos que no estén sometidos al Derecho público ⁸⁰ (p. ej, sindicatos u otras organizaciones de empresarios y de trabajadores).
- El hecho de que determinados preceptos del Tratado estén formalmente dirigidos a los Estados miembros no excluye que ciertos derechos puedan, al mismo tiempo, otorgarse a cual-

⁷⁸ STJCE de 18 de julio de 2006, Meca-Medina y Majcen/Comisión, asunto C-519/04 P. Reiterada jurisprudencia comunitaria tiene declarado que las cláusulas de los convenios colectivos no están excluidas del ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación, así SSTJCE de 15 de enero de 1998, *Schöning-Kougebetopoulou*, asunto C-15/96; de 24 de septiembre de 1998, *Comisión/Francia*, asunto C-35/97, y de 16 de septiembre de 2004, *Merida*, asunto C-400/02.

⁷⁹ STJCE de 11 de diciembre de 2007, objeto de comentario.

⁸⁰ SSTJCE de 12 de diciembre de 1974, *Walrave y Koch*, asunto 36/74; de 15 de diciembre de 1995, *Bosman*, asunto C-415/93; de 11 de abril de 2000, *Deliège*, asuntos C-51/96 y C-191/97; de 6 de junio de 2000, *Angonese*, asunto C-281/98, y de 19 de febrero de 2002, *Wouters y otros*, asunto C-309/99.

quier particular interesado en la observancia de las obligaciones así definidas ⁸¹ (en clara correspondencia derechos subjetivos, públicos o privados, y deberes u obligaciones).

- La prohibición de vulnerar cualesquiera libertades fundamentales previstas por las disposiciones del Tratado, que tenga carácter imperativo se extiende, en especial, a todos los convenios o acuerdos que tengan por objeto regular, de forma colectiva, el trabajo por cuenta ajena ⁸².

Por ello cuando las medidas de conflicto colectivo son emprendidas por un sindicato o agrupación de sindicatos de trabajadores y tienen una finalidad laboral específica, tanto el artículo 43 CE como el artículo 49 CE deben interpretarse en el sentido de que una empresa privada puede invocarlos directamente contra ese sindicato ⁸³ o agrupación de sindicatos ⁸⁴.

Punto en el que conviene recordar, dado que prácticamente todos los empresarios tienen naturaleza societaria (específicamente de sociedades mercantiles de capital) y porque las libertades de prestación de servicios y de establecimiento constituyen principios fundamentales de la Comunidad, que las disposiciones del Tratado garantistas de dichas libertades tienen efecto directo asegurando el derecho a efectuar prestaciones y de ubicación en otro Estado miembro, no solo a las personas físicas sino asimismo a las sociedades con nacionalidad de un Estado miembro (contempladas en el art. 48 CE) ⁸⁵.

El artículo 43 CE, en relación con el artículo 48 CE, concede a las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad el derecho a abrir y gestionar agencias, sucursales o filiales en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales. De ahí se desprende de forma directa, según reiterada jurisprudencia, que dichas sociedades tienen derecho a ejercer su actividad en otro Estado miembro, mientras que la localización de su domicilio estatutario, su administración central o su centro de actividad principal sirven para determinar, a semejanza de la nacionalidad de las personas físicas, su sujeción al ordenamiento jurídico de un Estado miembro ⁸⁶.

⁸¹ SSTJCE de 12 de diciembre de 1974, Walrave y Koch, asunto C-36/74; de 15 de diciembre de 1995, Bosman, asunto C-415/93; de 11 de abril de 2000, Deliège, asuntos C-51/96 y C-191/97; de 6 de junio de 2000, Angonese, asunto C-281/98, y de 19 de febrero de 2002, Wouters y otros, asunto C-309/99.

⁸² STJCE de 8 de abril de 1976, Defrenne, asunto C-43/75.

⁸³ El hecho de que la restricción a las libertades de circulación (de prestación de servicios y de establecimiento) se derive del ejercicio de un derecho atribuido por un ordenamiento jurídico nacional no modifica la interpretación respecto del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, incluido el derecho de huelga.

⁸⁴ Aquella interpretación no se limita a los organismos cuasi públicos o a las asociaciones que ejercen una función normativa y que disponen de un poder cuasi legislativo. Por otra parte no puede olvidarse que los sindicatos al ejercer el poder autónomo del que disponen en virtud de la libertad sindical de negociar con los empresarios o las organizaciones profesionales las condiciones de trabajo y de remuneración de los trabajadores, participan en la elaboración de los convenios que tienen por objeto regular, de forma colectiva, el trabajo por cuenta ajena. Además semejante doctrina esta corroborada por la jurisprudencia comunitaria sobre las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías, de la que se deriva que las restricciones pueden tener un origen no estatal y resultar de actos realizados por personas privadas o agrupaciones de dichas personas, así SSTJCE de 9 de diciembre de 1997, Comisión/Francia, asunto C-265/95 y de 12 de junio de 2003, Schmidberger, asunto C-112/00.

⁸⁵ STJCE de 27 de septiembre de 1988, Daily Mail and General Trust, asunto 81/87.

⁸⁶ Conclusión 94 de la presentadas por el Abogado General señor Siegbert Alber el 30 de enero de 2003; SSTJCE de 10 de julio de 1986, Segers, asunto 79/85 y 5 de noviembre de 2002, Überseering, asunto C-208/00.

Las disposiciones del Tratado correspondientes a la libertad de establecimiento⁸⁷ y a la libre prestación de servicios, si bien tienen por objetivo, en especial, asegurar el disfrute del trato nacional en el Estado miembro de acogida, también se oponen a que el Estado miembro de origen obstaculice el establecimiento en otro Estado miembro de uno de sus nacionales o de una sociedad (constituida de conformidad con su legislación y que responda, por lo demás, a la definición del art. 48 CE)⁸⁸. Los derechos garantizados por los artículos 43 y 49 CE quedarían vacíos de contenido si el Estado de origen pudiera prohibir que las empresas dejen su país para establecerse en otro Estado miembro⁸⁹.

Consecuentemente cualesquiera restricciones a las libertades de circulación (libertad de establecimiento y libre prestación de servicios) solo puede admitirse, si se dan todas y cada una de las siguientes circunstancias:

- Que persigan un objetivo legítimo compatible con el Tratado.
- Que estén justificadas por razones imperiosas de interés general.
- Que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen.
- Que no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlo⁹⁰.

Al hilo de la licitud/ilicitud de las restricciones a las libertades de circulación (libertad de establecimiento y libre prestación de servicios) y dada la contundente afirmación, de la jurisprudencia comunitaria, de que «la comunidad no solo tiene una finalidad económica, sino también social», se plantea la cuestión, que no puede sino considerarse nuclear al Derecho comunitario, de si acaso, las acciones y medidas de conflicto colectivo, que puedan plantear y emprender los trabajadores directamente o a través de sus organizaciones profesionales (sindicatos de trabajadores) están «naturalmente justificadas»:

- Al ser necesarias para garantizar la protección de derechos sociales fundamentales reconocidos por el Derecho comunitario.
- Porque tienen por objetivo la protección de los derechos de los trabajadores, lo cual constituye una razón imperiosa de interés general.

⁸⁷ El concepto de «establecimiento», en el sentido de los citados artículos del Tratado, implica el ejercicio efectivo de una actividad económica por medio de una instalación permanente en otro Estado miembro por una duración indeterminada y que la matriculación de un buque no puede disociarse del ejercicio de la libertad de establecimiento cuando ese buque constituye un instrumento para el ejercicio de una actividad económica que implica una instalación permanente en el Estado miembro de matriculación. Sobre esta base, el Tribunal de Justicia ha llegado a la conclusión de que los requisitos establecidos para la matriculación de los buques no deben obstaculizar la libertad de establecimiento, en el sentido de los artículos 43 y 48 CE. Así en la STJCE de 25 de julio de 1991, *Factortame* y otros, asunto C-221/89.

⁸⁸ Una medida de conflicto colectivo adoptada para ejecutar la política de lucha contra los pabellones de conveniencia, que tiene por objeto principal impedir que los armadores matriculen sus buques en un Estado distinto del Estado del que son nacionales los propietarios efectivos de esos buques, puede, cuando menos, restringir el ejercicio por una empresa naviera de su derecho al libre establecimiento.

⁸⁹ STJCE de 27 de septiembre de 1988, *Daily Mail and General Trust*, asunto 81/87.

⁹⁰ SSTJCE de 30 de noviembre de 1995, *Gebhard*, asunto C-55/94, y 15 de diciembre de 1995, *Bosman*, asunto C-415/9.

De todo lo anteriormente expuesto y dado que se trata, a la postre, de la colisión entre libertades económicas y derechos sociales, unas y otros fundamentales para la Unión Europea, resulta que deben «sopesarse» unas y otros en la búsqueda de un «justo equilibrio» entre las finalidades de política económica y de política social inherentes a la Unión Europea. De acuerdo con semejante exigencia de «sopesamiento y «justo equilibrio» el Tribunal de Justicia firma lo siguiente:

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 a una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado ⁹¹.

Según el Tribunal de Justicia no corresponde a su jurisdicción sino a la del órgano jurisdiccional *a quo* (el que plantee la cuestión prejudicial) verificar si los objetivos perseguidos mediante las medidas de conflicto colectivo adoptadas se pretende proteger a los trabajadores ⁹², debiéndose considerar que, aunque pudiera considerarse razonable, a primera vista, cualquier medida relativa a la protección de los empleos y de las condiciones de trabajo que pudieran verse afectados por una decisión empresarial, las medidas de conflicto colectivo planteadas por los trabajadores han de ser adecuadas para garantizar la realización del objetivo perseguido (la protección de los trabajadores) ⁹³ y no ir más allá de lo necesario para lograrlo ⁹⁴, no pudiendo mantenerse esta calificación si se comprobara que los empleos o las condiciones de trabajo de que se trata no están comprometidos o seriamente amenazados ⁹⁵.

⁹¹ SSTJCE de 12 de junio de 2003, Schidberger, asunto C-112/00; de 23 de noviembre de 1999, Arblade y otros, asuntos C-369/96 y C-376/96; de 15 de marzo de 2001, Mazzoleni e ISA, asunto C-165/98, y de 25 de octubre de 2001, Finalarte y otros, C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 y C-68/98 a C-71/98.

⁹² Bien entendido que aunque corresponde, en definitiva, al juez nacional, que es el único competente para apreciar los hechos e interpretar la legislación nacional, determinar si, y con qué alcance, una medida de conflicto colectivo es conforme con las exigencias exigibles, el Tribunal de Justicia debe proporcionar a ese juez nacional respuestas útiles, siendo competente para dar indicaciones, basadas en los autos del asunto principal y en las observaciones escritas y orales que se le hayan presentado, que permitan a este juez resolver el litigio concreto del que conoce, según SSTJCE de 17 de julio de 1997, Krüger, asunto C-334/95; de 28 de noviembre de 2000, Roquette Frères, asunto C-88/99, y de 15 de junio de 2006, Air Liquide Industries Belgium, asuntos acumulados C-393/04 y C-41/05.

⁹³ Las medidas de conflicto colectivo pueden constituir, según las circunstancias especiales de un asunto, uno de los principales medios de los sindicatos para proteger los intereses de sus miembros, al respecto deben traerse a colación la SSTEDH Syndicat national de la police belge c. Bélgica, de 27 de octubre de 1975, y Wilson, National Union of Journalists y otros c. Reino Unido, de 2 de julio de 2002.

⁹⁴ Según indica la STJCE de 11 de diciembre de 2007, objeto de comentario, medidas de conflicto colectivo que tengan como finalidad conseguir que una empresa cuyo domicilio social se encuentra situado en un Estado miembro determinado celebre un convenio colectivo de trabajo con un sindicato establecido en ese Estado y aplique las cláusulas previstas por ese convenio a los trabajadores asalariados de una filial de dicha empresa establecida en otro Estado miembro, constituyen restricciones a las libertades de circulación (libertades de prestación de servicios y de establecimiento) que pueden estar justificadas, en principio, por la protección de una razón imperiosa de interés general, como la protección de los trabajadores (siempre que se compruebe que son adecuadas para garantizar la realización del objetivo legítimo perseguido y que no van más allá de lo necesario para lograr este objetivo).

⁹⁵ Procede precisar que según la STJCE de 11 de diciembre de 2007, objeto de comentario, las medidas de conflicto colectivo que tienen por objeto garantizar la ejecución de la política seguida contra pabellones de conveniencia, en la medida en que esta política logre impedir que los armadores matriculen sus buques en un Estado distinto del Estado del que son nacionales los propietarios efectivos de esos buques, las restricciones a la libertad de establecimiento que se derivan de estas medidas no pueden justificarse objetivamente. Sin embargo, es necesario constatar que, como se indicaba en la resolución de remisión en ese caso, dicha política también tenía por objetivo la protección y la mejora de las condiciones de trabajo de los marinos.

VII. LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE CONFLICTO COLECTIVO PARA EVITAR EL «DUMPING SOCIAL»

Las libertades de circulación (especialmente la libertad de circulación de servicios) concretadas en los artículos 43 y 49 CE ⁹⁶ han de ponerse en relación con la posibilidad de que los trabajadores que prestan servicios para un empresario en un determinado Estado miembro sean desplazados temporalmente a otro Estado miembro para que realicen en él trabajos en el marco de la prestación llevada a cabo por su empresario, pues el personal de una empresa establecida en un Estado miembro que es enviado temporalmente a otro Estado miembro para realizar una prestación de servicios no pretende acceder al mercado laboral de este segundo Estado, ya que vuelve a su país de origen o de residencia después de haber concluido su misión.

De tal manera que «un Estado miembro puede comprobar si la empresa establecida en otro Estado miembro, que ha enviado al territorio del primero trabajadores de un Estado tercero, utiliza la libre prestación de servicios con un fin que no sea la ejecución de la prestación de que se trate, como, por ejemplo, transferir a su personal para facilitar su colocación o garantizar su disponibilidad ⁹⁷.

Aquella competencia reconocida a los Estados miembros está orientada a equilibrar la contraposición entre el ejercicio de la libre prestación de servicios y la evitación del «dumping social». Consecuente con aquella finalidad el Derecho comunitario:

a) Se opone a que un Estado miembro:

- Prohíba a un prestador de servicios establecido en otro Estado miembro desplazarse libremente por su territorio con todo su personal
- Someta el desplazamiento del referido personal a condiciones más restrictivas que las aplicadas a sus propios nacionales.

Porque «el hecho de imponer tales condiciones al prestador de servicios de otro Estado miembro le discrimina en relación con sus competidores establecidos en el Estado de acogida, que pueden recurrir libremente a su propio personal, y afecta además a su capacidad para llevar a cabo la prestación» ⁹⁸.

b) Por el contrario, no se opone a que los Estados miembros extiendan su legislación o los convenios colectivos de trabajo celebrados por los interlocutores sociales, relativos a los

⁹⁶ SSTJCE de 16 de septiembre de 1999, Becu y otros, asunto C-22/98, y de 28 de octubre de 1999, Vestergaard, asunto C-55/98.

⁹⁷ STJCE de 21 de septiembre de 2006, Comisión/República de Austria, asunto C-168/04.

⁹⁸ STJCE de 27 de marzo de 1990, Rush Portuguesa, asunto C-113/89.

salarios mínimos (salario convenio, en su caso), a toda persona que realice un trabajo por cuenta ajena, incluso con carácter temporal, en su territorio, con independencia del Estado de establecimiento del empresario ⁹⁹.

Por ello precisamente, como ya se indicó, la adopción de la Directiva 96/71 no tuvo otro objetivo sino el de establecer, en interés de los empresarios y los miembros de su personal, las condiciones de trabajo y empleo aplicables a la relación de trabajo cuando una empresa establecida en un Estado miembro determinado desplace trabajadores al territorio de otro Estado miembro, con carácter temporal, en el marco de una prestación de servicios.

No obstante, también ha de precisarse que aquella norma es «minimalista». Mediante el contenido de su artículo 3 la Directiva 96/71 pretende alcanzar los siguientes objetivos que, por estar en su literalidad desequilibrados, acaban incidiendo en contradicción. A saber:

- La «protección mínima» de los trabajadores desplazados.
- La «igualdad de trato» entre los prestadores de servicios y las empresas nacionales que se encuentren en una situación similar.

Siendo así que la «protección mínima» supone costes sociales igualmente mínimos, y la «igualdad de trato» supone igualdad de costes sociales; la contradicción está servida, bien que se pretenda superar por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Efectivamente, por una parte que aquellas dos exigencias deban perseguirse de forma concurrente no constituye obstáculo para poder afirmar que el primero de los objetivos indicados exige a los Estados miembros que velen por que se garanticen a los trabajadores desplazados temporalmente a su territorio las condiciones mínimas de trabajo y empleo relativas a las materias enumeradas en su apartado 1, entre ellas la cuantía del salario mínimo (que será el salario convenio, en su caso), al mismo tiempo que les autoriza, por una parte, a aplicar condiciones de trabajo y empleo más favorables para los trabajadores, conforme a lo dispuesto en su apartado 7, y, por otra parte, a imponer condiciones de trabajo y empleo vigentes en ese Estado miembro, relativas a materias distintas de las contempladas en el apartado 1 precitado, en la medida en que se consideren materia de orden público.

Por otra parte para el logro del segundo de los objetivos antes indicados, consistente en asegurar la igualdad de trato entre los prestadores de servicios que desplazan temporalmente trabajadores y las empresas nacionales, se prevé que las garantías ofrecidas a dichos trabajadores deben estar establecidas mediante disposiciones legales, reglamentarias, administrativas y/o mediante convenios

⁹⁹ SSTJCE de 3 de febrero de 1982, *Seco y Desquenne & Giral*, asuntos 62/81 y 63/81, y de 14 de enero de 2002, *Portugaia Construções*, asunto C-164/99. No obstante debe recordarse que en todo caso la aplicación de tales normas debe ser adecuada para garantizar la realización del objetivo que persiguen, que consiste en la protección de los trabajadores desplazados, y no ir más allá de lo que sea necesario para alcanzarlo, como indican las SSTJCE de 23 de noviembre de 1999, *Arblade* y otros, asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, y de 14 de abril de 2005, *Comisión/Alemania*, asunto C-341/02.

colectivos o laudos arbitrales «que deban respetar todas las empresas pertenecientes al sector o profesión de que se trate correspondientes al ámbito de aplicación territorial de estos».

Consiguientemente ¹⁰⁰ los Estados miembros tienen amplias facultades para determinar las condiciones de trabajo y empleo relativas a las materias contempladas en el artículo 3.1 de la Directiva 96/71, incluidas las cuantías de salario mínimo, que las empresas deben garantizar a los trabajadores a los que desplazan en el marco de una prestación de servicios transnacional, con el objeto de superar la contradicción antes expuesta y hacer real y efectiva la igualdad de «costes laborales» de los operadores económicos.

En el sentido antes expuesto precisa el Tribunal de Justicia, en su Sentencia de 18 de diciembre, objeto de comentario, que el artículo 3 de la Directiva 96/71 permite, además, que los Estados miembros, a falta de un sistema de declaración de aplicación general de convenios colectivos o laudos arbitrales, tomen como base para imponer las condiciones de trabajo y empleo a aplicar a los trabajadores desplazados a su territorio, los convenios que surtan efecto general en todas las empresas similares pertenecientes al sector de que se trate o los celebrados por las organizaciones de los interlocutores sociales más representativas a escala nacional y que sean ampliamente aplicados en el conjunto del territorio nacional.

Bien entendido que el uso de esta última posibilidad exige que el Estado miembro lo decida así, y que la aplicación de los convenios colectivos a las empresas que desplazan trabajadores garantice a estos la igualdad de trato en relación con las empresas nacionales que pertenezcan al sector o a la profesión de que se trate que se encuentren en una situación similar.

Se considera que existe aquella igualdad de trato cuando las empresas nacionales de referencia estén sometidas a las mismas obligaciones que las empresas objeto de los desplazamientos y cuando a unas y a otras puedan serles exigidas esas obligaciones laborales con los mismos efectos ¹⁰¹.

Por tanto, indica el Tribunal de Justicia ¹⁰² aquella norma comunitaria:

- a) Impide «que, mediante una aplicación a sus trabajadores de las condiciones de trabajo y empleo (relativas a las materias relacionadas en el art. 3.1 de la Directiva 96/71) vigentes en el Estado miembro de origen, las empresas establecidas en otros Estados miembros puedan ejercer una competencia desleal hacia las empresas del Estado miembro de acogida, en el marco de una prestación de servicios transnacional, cuando el nivel de protección social es más elevado en el Estado miembro de acogida».

¹⁰⁰ STJCE de 18 de diciembre de 2007, objeto de comentario, también STJCE de 18 de julio de 2007, Comisión/Alemania.

¹⁰¹ También cabe que los Estados miembros que opten por un sistema que no figure expresamente entre los previstos en la Directiva, para fijar las condiciones de trabajo y empleo relativas a las materias contempladas en el artículo 3 de la Directiva 96/7, pero habrá de ser tal que en ningún caso obstaculice la libre prestación de servicios a los empresarios de los distintos Estados miembros.

¹⁰² STJCE de 18 de diciembre de 2007, objeto de comentario.

- b) Asegura «a los trabajadores desplazados la aplicación de las disposiciones de protección mínimas del Estado miembro de acogida en relación con las condiciones de trabajo y empleo mientras realizan actividades con carácter temporal en el territorio de dicho Estado miembro, con la consecuencia de que, cuando las condiciones de trabajo y empleo disfrutadas por los trabajadores desplazados en el Estado miembro de origen [en relación con las materias contempladas en el art. 3.1 a) a g), de la Directiva 96/71] es inferior al nivel de protección mínima reconocido en el Estado miembro de acogida, esos trabajadores disfrutarán de mejores condiciones de trabajo y empleo en este último Estado».

Esto es, destaca el Tribunal de Justicia en las sentencias objeto de comentario, sin perjuicio de la facultad de las empresas establecidas en otros Estados miembros de adherirse voluntariamente en el Estado miembro de acogida, en particular en el marco de un compromiso asumido hacia su propio personal desplazado, a un sistema de condiciones laborales (en su caso establecido en un convenio colectivo) eventualmente más favorable, el nivel de protección que debe garantizarse a los trabajadores desplazados al territorio del Estado miembro de acogida alcanza, en principio, al previsto en el artículo 3, apartado 1, párrafo primero, letras a) a g), de la Directiva 96/71, salvo que dichos trabajadores ya disfrutaran, en virtud de la legislación o de convenios colectivos en el Estado miembro de origen, de condiciones de trabajo y empleo más favorables en relación con las materias previstas en dicha disposición.

Por todo ello afirma el Tribunal de Justicia que, aun siendo cierto que la libre prestación de servicios constituye uno de los principios fundamentales de la Comunidad ¹⁰³, por lo que cualquier restricción a semejante libertad ha de considerarse excepcional, resulta que:

«El derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo con la finalidad de proteger a los trabajadores del Estado de acogida ¹⁰⁴ frente a una eventual práctica de *dumping* social ¹⁰⁵ puede constituir una razón imperiosa de interés general, (...), que puede justificar, en principio, una restricción a una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado.» ¹⁰⁶

¹⁰³ SSTJCE de 4 de diciembre de 1986, Comisión/Francia, asunto 220/83, y Comisión/Dinamarca, asunto 252/83.

¹⁰⁴ Alude la STJCE de 18 de diciembre de 2007, objeto de comentario, que medidas de coacción destinadas a garantizar a los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios transnacional las condiciones de trabajo y empleo fijadas en un determinado nivel, están comprendidas en el objetivo de la protección de los trabajadores.

¹⁰⁵ Sin embargo se destaca, no sin fundamento, que un sistema de lucha contra el *dumping* social que consista en que el prestador de servicios no tenga derecho a esperar que, en el Estado miembro en el que realiza su prestación, se tengan en cuenta de algún modo las obligaciones derivadas de los convenios colectivos a los que ya está sujeto en el Estado miembro en el que está establecido, dudosamente puede considerarse no discriminatorio por nacionalidad, pues no tiene en cuenta, cualquiera que sea su contenido, los convenios colectivos a los que las empresas que desplazan trabajadores ya están vinculadas en el Estado miembro en el que están establecidas, creando una discriminación contra dichas empresas, en la medida en que les aplica el mismo trato que a las empresas nacionales que no han celebrado convenio colectivo alguno, resultando consecuentemente ilícitas las medidas de conflicto colectivo adoptadas contra empresas vinculadas por un convenio colectivo sujeto a la legislación de otro Estado miembro.

¹⁰⁶ SSTJCE de 23 de noviembre de 1999, Arblade y otros, asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96; de 15 de marzo de 2001, Mazzoleni e ISA, asunto C-165/98; de 25 de octubre de 2001, Finalarte y otros, asuntos acumulados C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 y C-68/98 a C-71/98, y de 11 de diciembre de 2007, International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union, asunto C-438/05.

VIII. CONCLUSIONES

Las sentencias objeto de comentario merecen una crítica favorable aunque solo sea por su insistente y constante apelación a que la Unión Europea «tiene no solo una finalidad económica, sino también social», y a que, por ello, deben «sopesarse» los derechos derivados de las disposiciones comunitarias relativas a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios y el derecho social fundamental de los trabajadores a adoptar «medidas de conflicto colectivo», buscando el «justo equilibrio» entre los objetivos y fines de las políticas económicas y sociales de la Unión Europea.

Pero es que además también abordan, con notable acierto, la cuestión que debe recordarse, nuclear del «*dumping* social», que obstaculizó la aprobación de la Directiva sobre libre prestación de servicios, y que fue el *leitmotiv* del rechazo, infundado y gravemente dañoso para Europa y los ciudadanos europeos, de la Constitución Europea por varios Estados miembros (encabezados por Francia), y que ahora se pretende subsanar mediante el remedo del Tratado de Lisboa.

Efectivamente, en las sentencias objeto de comentario, tras afirmarse la «consustancialidad» con el «mercado común» de las libertades de establecimiento y de prestación de servicios (bien que las sentencias aludan, con exceso, a su «consustancialidad con el proyecto político europeo»), se establece inequívocamente el derecho de los trabajadores a adoptar medidas de conflicto colectivo con la finalidad de protegerse frente a eventuales prácticas de *dumping* social. Medidas (ejemplificadas con la referencia a la huelga, pero que las sentencias no tasan, contemplando expresamente otros medios de presión laboral) que estarán, en tal caso, atendiendo a «una razón imperiosa de interés general, que puede justificar, en principio, restricciones de las libertades fundamentales comunitarias», lo cual no deja de ser una afirmación más que estimable, dados los tiempos que nos ha tocado vivir.