

**EL “EFECTO SUSTITUCIÓN” DEL LEGISLADOR LABORAL Y DE LA
AUTONOMÍA COLECTIVA EN LA APLICACIÓN DEL JUICIO DE
PROPORCIONALIDAD POR PARTE DEL TJUE**

***LEGISLATOR AND COLLECTIVE BARGAINING "SUBSTITUTION
EFFECT" IN THE APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF
PROPORTIONALITY BY THE ECJ***

MIREIA LLOBERA VILA
Universitat de València

Artículo recibido el 12 de abril de 2016
Artículo aceptado el 02 de mayo de 2016

RESUMEN

El artículo trata de evaluar el fundamento empírico del juicio de necesidad desarrollado por la jurisprudencia del TJUE, cuando asimila los estándares laborales a barreras regulatorias al comercio intracomunitario. Se plantea el interrogante sobre la legitimidad y capacidad de los tribunales para pronunciarse sobre la necesidad de determinadas medidas, a partir de consideraciones judiciales de carácter técnico-económico, que vienen a sustituir al propio legislador y a los agentes sociales en el ejercicio de su autonomía colectiva. La ya consabida crítica de inconmensurabilidad del

principio de proporcionalidad se profundiza en este ámbito, pues resulta complejo establecer objetivamente el nivel de eficacia de políticas socioeconómicas en la consecución de sus finalidades mediatas, así como el tipo de gravamen que éstas imponen a las libertades de mercado. Unos estrictos límites impuestos, por parte de la jurisdicción comunitaria e internacional al ejercicio del poder estatal, que contrastan con el laxo margen de apreciación que la jurisdicción nacional otorga al legislador, en relación al cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos.

PALABRAS CLAVE: principio de proporcionalidad, derechos sociales fundamentales, barreras al comercio, autonomía colectiva, libertades de mercado.

ABSTRACT

The article analyzes the empirical foundations of the principle of necessity developed by the ECJ, when assimilating labour standards to intra-Community regulatory barriers. The author puts into question the legitimacy and capacity of the Court to substitute both legislator and social partners in the exercise of their collective autonomy. Criticism to the application of the principle of proportionality delves into this area of Law, as it is difficult to objectively determine the level of effectiveness of socioeconomic policies in achieving their mediate purposes, altogether with an assessment of the burden they impose on market freedoms. These strict limits to the exercise of state power regulation contrast sharply with the lax discretion that national jurisdiction provides the legislator, as far as compliance with standards international human rights is concerned.

KEYWORDS: proportionality principle, fundamental social rights, trade barriers, collective bargaining, market freedoms.

SUMARIO

1. Introducción: el “efecto sustitución” del legislador en la aplicación del principio de proporcionalidad.

2. El “efecto sustitución” de la autonomía colectiva.

3. *Control aplicado a las normas sociales que vulneran los estándares internacionales de derechos humanos.*

4. *A modo de conclusión: la deconstrucción de la Comunidad de principios en el nivel estatal.*

1. Introducción: el “efecto sustitución” del legislador en la aplicación del principio de proporcionalidad.

Nuestro Tribunal Constitucional se haya negado repetidamente a “realizar juicios técnicos o de oportunidad”¹ a la hora de controlar la acción del legislador. Una cautela que muestra también el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el control de medidas adoptadas por las instituciones comunitarias²:

“[...], el Tribunal de Justicia no puede sustituir la apreciación del legislador comunitario por la suya. A lo sumo, sólo puede censurar la opción normativa de éste si resulta ser manifiestamente errónea o si los inconvenientes que causa a ciertos operadores económicos son desmesurados en comparación con las ventajas que pueda presentar por otro lado”³.

Sin embargo, el TJUE se resiste a aplicar este prudente enfoque en el control de las medidas estatales⁴, especialmente en la jurisprudencia que evalúa los derechos sociales se desde la óptica de su capacidad de generar a los operadores transnacionales, “gastos y cargas administrativas y económicas”, con recientes pronunciamientos, que consolidan una extensa jurisprudencia en este sentido:

“A este respecto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que la imposición, en virtud de una normativa nacional, de una retribución mínima a los licitadores y a sus eventuales subcontratistas establecidos en un Estado miembro distinto del Estado del poder adjudicador y en el que las cuantías de salario mínimo sean inferiores constituye una carga económica adicional que puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida. Por tanto, una norma como la controvertida en el asunto

¹ STC núm. 222/2006, de 6 julio, Rec. núm. 1298/1997, [FJ 4º]; STC 197/1996 de 28 de noviembre, Rec. núm. 847/1993 [FJ 8º].

² Así, en la STJUE de Justicia de 12 de noviembre de 1996 (asunto C-84/94, Reino Unido contra Consejo) otorga al Consejo “una amplia facultad de apreciación, por tratarse de un ámbito (salud laboral) que, como en el caso de autos, implica que el legislador (comunitario) se pronuncie sobre opciones de política social y realice valoraciones complejas. Por consiguiente, el control jurisdiccional del ejercicio de dicha competencia debe limitarse a examinar si adolece de un error manifiesto o de desviación de poder o si la referida Institución se ha extralimitado claramente en su facultad de apreciación”.

³ STJUE de 13 de mayo de 1997,(Alemania contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, asunto C-233/94), [parágrafos 54-56].

⁴ Vid. GALETTA, D.U., “El principio de proporcionalidad en el derecho comunitario”, *Cuadernos de Derecho Público* n. 5/1998, pp. 75-118.

principal puede constituir una restricción en el sentido del artículo 56 TFUE [que garantiza la libertad fundamental de prestación de servicios]”⁵.

El aspecto que mayores dudas arroja entorno a los postulados del TJUE en lo que respecta al “desaliento del ejercicio de la libre prestación de servicios” derivado de la adopción de medidas laborales por parte de los Estados, surge de las dificultades conexas a la realización de un pronóstico exacto sobre los efectos económicos de tales medidas. En efecto, los elementos que provocan una inhibición en el mercado, de los operadores económicos, sólo pueden establecerse, en teoría macroeconómica, de modo aproximado. La posibilidad de establecer con certeza los efectos de las normas sociolaborales se incrementa en este caso, pues el control debe realizarse sobre consecuencias futuras, lo que exige una cautela añadida en el control de pronósticos. Establecer si el mayor coste laboral incide o no el “desaliento” de los operadores exige una valoración compleja de toda una constelación de variables, impidiendo que éste pueda servir de parámetro autónomo de valoración.

De hecho, el TJUE obvia valorar, en este análisis tan recurrente de “efectos económicos” de las medidas laborales⁶, la capacidad de los estándares sociales de generar demanda, así como tasas de productividad basadas en la calidad de los servicios, evitando la competencia social. Ciertamente, según se indicaba en el Informe Supiot, más allá del precio como único argumento “es la obtención de ventajas comparativas en términos absolutos, relacionadas con la calidad, competencia, innovación continua, diversidad y capacidad para proporcionar un servicio que se adapte al máximo a la demanda lo que determina una acción eficiente en el espacio económico global, salvo en los productos y servicios estandarizados y de baja gama”⁷. Pues si bien existen estudios económicos que relacionan niveles inferiores de protección social con mayores cotas de crecimiento económico⁸,

⁵ STJUE de 17 de noviembre de 2015, C-115/14, RegioPost, [parágrafo 69]; STJUE de de 18 de septiembre de 2014, C-549/13, Bundesdruckerei [parágrafo 30].

⁶ STJUE de 24 de enero de 2002, (asunto C-164/99, Portugaia Construções, [parágrafo 18]; STJUE 25 octubre 2001 (asuntos acumulados C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 y C-68/98 a C-71/98, Finalarte) [parágrafo 28]; STJUE de 15 de marzo de 2001, (asunto Mazzoleni e ISA, C-165/98), [parágrafo 22]; STJUE de 23 de noviembre de 1999, (asunto Arblade y otros), [parágrafo 33]; STJUE de 28 marzo 1996 (asunto C-272/94, Guiot) [parágrafo 10].

⁷ SUPLOT, A., *Trabajo y empleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 272-273.

⁸ Mediante la evaluación matemática de los componentes sociológicos, políticos, territoriales y culturales de cada sistema de relaciones laborales y de protección social, vid. BOTERO (et altri.), “The Regulation of Labor”, *Quarterly Journal of Economics*, June 2004, p.1, p. 45 y table VIII. Es también una constante en las publicaciones macroeconómicas de organismos internacionales, como en el caso del Banco Mundial, el proceder anualmente a la evaluación de la capacidad desincentivadora de la actividad económica de las normas laborales, por sus efectos “obstaculizadores” de la inversión. En estos estudios aquellos países que fijan una jornada laboral por debajo de las sesenta horas, exigen preaviso para la extinción del contrato o establecen procedimientos administrativos en caso de despidos colectivos, resultan mal parados en dicho ranking, frente a otros Estados con regulaciones más apropiadas para la inversión (“investment friendly”), de acuerdo con los indicadores que indican la rigidez o facilidad de negocio en tales países. Sin embargo, éstos pueden mejorar su ranking cuando flexibilizan o desregulan determinadas

también de los informes la OCDE se desprende que el efecto de la legislación de protección laboral y de la densidad sindical en la situación económica y de empleo resulta estadísticamente poco significativo en los distintos países miembros. Así, entre los Estados que han alcanzado mayores logros en cuanto a crecimiento económico y empleo encontramos dos modelos opuestos: países con legislaciones socialmente muy laxas y países con normas laborales protectoras, generosas prestaciones sociales y estructuras coordinadas de negociación colectiva. Pero mientras los primeros se caracterizan por disparidades de renta relativamente amplias, los segundos han alcanzado un alto nivel de empleo y una baja disparidad de renta⁹. De hecho, encontramos reflexiones similares formando parte de los argumentos del Tribunal de Justicia:

“Cualquier iniciativa en el ámbito de la competencia está sujeta efectivamente una parte de incertidumbre con respecto a cierto número de parámetros y es responsabilidad de los operadores efectuar análisis realistas. La existencia de costes (sociales) es inherente al sistema y no puede justificar la inaplicación de las legislaciones sociales”¹⁰.

Según la estructura conceptual desarrollada por Robert Alexy, tanto el subjuicio de idoneidad, como en subjuicio de necesidad, se fundan en consideraciones fácticas, que permiten determinar la capacidad de la norma, sujeta a evaluación de proporcionalidad, a la hora de conseguir su finalidad. Los diversos elementos teóricos del principio de proporcionalidad desarrollados en el marco de la teoría general de los derechos fundamentales, desempeñan un papel fundamental en la jurisprudencia comunitaria. En ella, es posible identificar con claridad los subprincipios que configuran el principio de proporcionalidad, esto es, los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, aunque en ocasiones éstos dos últimos se llegan a superponer. La interdicción de imponer “sacrificios excesivos” a los derechos fundamentales en el constitucionalismo español, y en la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos, guarda así un estrecho paralelismo con aquellos supuestos en los que la falta de proporción entre el fin perseguido y los medios empleados implique un sacrificio excesivo para tales derechos.

Ello exige evaluar el fundamento empírico del juicio de necesidad desarrollado por el TJUE, donde no existe certeza sobre las exactas consecuencias socioeconómicas de una medida estatal. Los hechos económicos, no pueden considerarse “hechos” en el sentido procesal, puesto que no pueden sujetarse a prueba: los acontecimientos económicos son interpretables desde la ciencia económica, en tanto que ciencia social. Esto ha abierto importantes interrogantes doctrinales sobre la legitimidad y

áreas, entre las que se incluye el coste y la dificultad de despedir, cuantificado numéricamente, vid. <http://www.doingbusiness.org/EconomyRankings/>

⁹ OECD, *Boosting jobs and income. Policy lessons from reassessing the OCDD Jobs Strategy*, 2006, [p.19].

¹⁰ STJUE 4 diciembre 2000 (Oyliikenne Ab, C-172/99), [parágrafos 23 y 24].

capacidad de los tribunales para pronunciarse sobre la necesidad de determinadas medidas, a partir de consideraciones judiciales de carácter “técnico”¹¹. Como se ha dicho, resulta complejo establecer objetivamente el nivel de eficacia de políticas socioeconómicas en la consecución de sus finalidades mediatas, así como el tipo de gravamen que éstas imponen sobre las libertades de mercado¹². Puesto que dicho análisis se libra esencialmente en el ámbito técnico-empírico, el TJUE se ve obligado a pronunciarse sobre las consecuencias socio-económicas de determinadas medidas sociales, deslizándose en ocasiones observaciones que tienden a considerar antieconómico tanto el estatuto jurídico diferenciado del trabajo, como el establecimiento del trabajo como sujeto político, a nivel comunitario, dotado de la autonomía colectiva.

La doctrina ha advertido, en todo caso, de la carencia de instrumentos teóricos adecuados en la economía para el análisis coherente de los instrumentos jurídicos que regulan el mercado de trabajo¹³, desde la premisa de que si bien el trabajo “nos ha acompañado siempre, los mercados de trabajo son inventos sociales muy recientes”¹⁴. Así, para Claus Offe, el mercado laboral requiere de un tratamiento específico y de instrumentos analíticos que superen el enfoque económico y que atiendan a las propias disfunciones económico-estructurales del mismo, pues en su funcionamiento inciden, entre otros, factores sociales, culturales y demográficos, que exigen una intervención pública en su organización¹⁵.

En este sentido, la doctrina científica viene exigiendo que los mecanismos de verificación, tanto del nivel de gravamen como de la eficacia, se funden en razonamientos lógicos y datos empíricos incontrovertidos en relación a las consecuencias que las medidas adoptadas pueden ocasionar y la probabilidad y magnitud de los efectos negativos¹⁶. Se sostiene, por otra parte, que si el Tribunal de Justicia evoluciona hacia un sistema más perfeccionado de protección de derechos fundamentales, los problemas de ponderación se incrementarán. Para este sector doctrinal armonizar intereses opuestos de un modo más cauteloso puede hacerse de dos modos: aproximándose a la prudente doctrina constitucional desarrollada por los

¹¹ GONZÁLEZ BEILFUSS, M. (2003), *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Elcano (Navarra), Aranzadi., p. 71 y ss.

¹² Para un análisis sobre la asimilación de los derechos sociales a “costes” económicos en el derecho comunitario a partir de la obra de Lo Faro vid. DEAKIN, S./ BROWNE, J., “Social rights and market order: adapting the capability approach”, en HERVEY, T. K. / JEFF KENNER, J. (eds.), *Economic and social rights under the EU Charter of Fundamental Rights: a legal perspective*, Oxford/ Portland, Hart, 2003, p. 38 y ss.

¹³ Vid. la obra de SOLOW, R.M. (1992), *El mercado de trabajo como institución social*, Madrid, Alianza.

¹⁴ Vid. TILLY, C./TILLY, CH. (1994), “Capitalism work and labor markets”, en SMELSER, N./ SWEDBERG, R. (eds.), *The handbook of Economic Sociology*, Princeton Princeton University Press, p. 283.

¹⁵ Vid. OFFE, C. (1985), *Disorganized capitalism*, Cambridge, Massachusetts, Polity Press, 1995, p. 58 ss..

¹⁶ Vid. BERNAL PULIDO, C., op.cit., pp. 675, 763 y 759, sobre el problema del control de la evidencia empírica en el seno del juicio de necesidad.

Estados miembros en materia de proporcionalidad, o a través de una vía bastante problemática consistente en contraponer justificaciones objetivas versus derechos fundamentales. Ciertamente, la mejor opción podría pasar por la «maximización» de derechos en el ejercicio de ponderación, pues de lo contrario existe el riesgo de legitimar el proceso de control de proporcionalidad de un modo que restrinja inapropiadamente la tutela judicial¹⁷.

A este respecto, las posturas doctrinales que desarrollan una crítica del principio de proporcionalidad en base al argumento de la “inconmensurabilidad”, ponen de relieve las dificultades de ponderación de decisiones socioeconómicas a partir de criterios financiero-económicos unívocos, negando que pueda valorarse la compensación del menoscabo a un derecho fundamental por las ventajas que ofrece la restricción a partir de “una escala que permita trasladar el valor de los intereses en juego a una moneda común para hacer posible su comparación”¹⁸. Desde este planteamiento, lograr el equilibrio entre los derechos fundamentales, los bienes constitucionales y los objetivos legislativos “no puede obtenerse sino por decisiones subjetivas, debido a que no se dispone de un denominador común para comparar y sopesar los elementos en conflicto”¹⁹.

La posición constitucional del legislador obliga a que la aplicación del principio de proporcionalidad para controlar jurisdiccionalmente sus decisiones, en relación a los bienes jurídicos que dimanen de un determinado modelo socio-económico, deba tener lugar de forma y con intensidad cualitativamente distinta a las de los restantes operadores jurídicos²⁰. De ahí que la doctrina científica exija que la comparación entre bienes jurídicos en seno el juicio de proporcionalidad en sentido estricto “no se realice en términos abstractos y generales, sino a partir de una ponderación de carácter necesariamente concreto, es decir, a partir de las específicas circunstancias del caso, lo que impide extraer pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles”²¹. Extendiendo determinados sectores de la doctrina este requisito al juicio de necesidad, “cuyo resultado debe ceñirse exclusivamente al caso concreto, sin que puedan desprenderse tampoco en este caso prohibiciones abstractas o absolutas”²².

Como ha escrito Kahn-Freund, “puesto que tales relaciones no son similares en diferentes sociedades, los efectos de una misma legislación pueden variar significativamente en diferentes entornos”²³. Así, aunque para Banplain eso no

¹⁷ En este sentido, GEWIRTZ, P., “Remedies and Resistance”, *The Yale Law Journal* n. 4/1983, vol. 92, p. 587.

¹⁸ BERNAL PULIDO, C., *op.cit.*, pp. 182 y ss.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ STC núm. 55/1996 (Pleno), de 28 marzo [RTC 1996\55], fundamentos jurídicos 6º y 8º

²¹ Vid. GONZÁLEZ BEILFUSS, M. (2003), *op.cit.*, p. 40 y ss.

²² Vid. TERRADILLOS ORMAETXEA, E., *op.cit.*, p. 26.

²³ KAHN-FREUND, “Uses and misuses of Comparative Law”, *The Modern Law Review*, 1974, p.1.

significa que no exista un cierto grado de “transferabilidad”²⁴, el Derecho del Trabajo no deja de ser parte de un sistema y las consecuencias de la modificación cualquier aspecto del mismo afecta la interrelación entre todos los elementos que lo conforman.

Esta comprensión del juicio de proporcionalidad resulta difícil de adecuar a la generalización de los efectos jurídicos del precedente judicial en la jurisprudencia comunitaria, por ejemplo, como ocurre con la doctrina contenida en *Rush Portuguesa*²⁵ y en *Laval*²⁶. Pues cuando se trata de valorar medidas sociales cuyos efectos macroeconómicos no son necesariamente trasplantables de un sistema de relaciones laborales a otro, el juicio de proporcionalidad debe atender al caso concreto para ser considerado racional desde un punto de vista herméutico, siendo éste especialmente sensible a las alteraciones en las circunstancias que rodean la medida objeto de control. Con todo, la jurisprudencia comunitaria no ha renunciado a controlar las medidas legislativas nacionales a partir de pronunciamientos genéricos, sobre el tipo de medidas laborales aceptables en el mercado interior.

2. El “efecto sustitución” de la autonomía colectiva.

Si bien la inconmensurabilidad afecta a todo tipo de decisiones prácticas, entre ellas, las decisiones jurídicas, el constitucionalismo europeo ha sido capaz de desarrollar mecanismos de democracia industrial para la toma de tales decisiones. Sin embargo, la intensidad con la que se aplica el juicio de proporcionalidad en el ámbito comunitario, a la hora de elegir medios más o menos gravosos para las libertades de mercado, ha acabado por trasladar al ámbito jurisdiccional, la valoración de los intereses en juego, que venía desarrollándose en el seno de la negociación colectiva. En el proceso dual de desintegración de la producción y de integración económica global, se ha identificado el origen de la creciente pérdida de influencia por parte de los operadores políticos y sindicales en las opciones estatales de política social y laboral, que se sostienen en simbiosis precaria con la nueva economía de fronteras abiertas, careciendo la libertad de actuación empresarial que se gesta en el mercado interior de un contrapeso colectivo real. La doctrina alude así a una pérdida de autonomía de las relaciones laborales, como ámbito propio o subsistema en las sociedades modernas y su subordinación a las estrategias competitivas de las empresas y los Estados²⁷, siendo la penetración del derecho económico comunitario

²⁴ BANPLAIN, R. (2004), “Comparativism in Labour Law and Industrial Relations”, en BLANPAIN, R./ENGELS C. (eds.), *Comparative Labour Law and Industrial Relations in industrialized Market Economies*, The Hage, Kluwer Law Internacional, pp. 3-25.

²⁵ STJUE de 27 de marzo de 1990, asunto C-113/89, *Rush Portuguesa*.

²⁶ STJUE de 18 diciembre 2007 (asunto C-341/05, *Laval un Partneri*).

²⁷ GRAHL, J./TEAGUE, P., “The regulation school, the employment relation and financialization”, *Economy and Society* vol. 29(1)/2000, p. 170-178.

en la esfera socio-laboral de los Estados miembros una manifestación más de dicho fenómeno²⁸.

Es frecuente que el TJUE, a través del juicio de necesidad, trate de ofrecer soluciones en sede jurisdiccional²⁹ a conflictos estructurales que han encontrado un relativo punto de equilibrio en el seno de los mecanismos de autotutela colectiva surgidos del constitucionalismo socioeconómico. La colisión de intereses en el orden fáctico, que el Derecho del Trabajo resuelve a través de autonomía colectiva, adquieren en el marco del juicio de proporcionalidad comunitario apariencia de conflicto jurídico, mediante una extensión metodológica de los presupuestos de ponderación de derechos fundamentales en situación de concurrencia normativa³⁰. Pues, en definitiva, si la aplicación del principio de necesidad fuese susceptible de conducir a medidas que lograsen garantizar el mismo nivel protección de los derechos de los trabajadores a partir de una inferior restricción a la libertad de empresa, hallaríamos la piedra filosofal en materia sociolaboral.

Como se recordará, en *Laval* los derechos fundamentales reconocidos a nivel estatal se califican jurídicamente como “intereses legítimos”³¹, en línea con jurisprudencia consolidada del TJUE. El *modus operandi* del Tribunal sigue un esquema recurrente: el derecho fundamental a nivel nacional adquiere el carácter de excepción, frente a libertades fundamentales de carácter “federal”. Conforme a lo dispuesto en el artículo 52.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión (en adelante, CDFU o “la Carta”), los derechos fundamentales reconocidos en la Carta pueden someterse a limitaciones cuando sea necesario por el interés general reconocido en la Unión. Así, una vez dotados los derechos de solidaridad de un estatuto jurídico vinculante, a la posible continuidad del conflicto actual entre el nivel estatal y el comunitario en su diferente comprensión de los derechos fundamentales, se suma la obligatoria ponderación de valores económicos y sociales constitucionales de acuerdo con el significado que se les ha atribuido en la CDFU.

²⁸ Vid., desde distintos planteamientos MICHELET, K., “Protection sociale et contraintes économiques et monétaires européennes”, *Droit social* n. 3/2001, pp. 292-30; LAIGRE, P., “L'intrusion du droit communautaire de la concurrence dans le champ de la protection sociale - Au sujet de Cour de justice des Communautés européennes, 16 novembre 1995, Aff. C-244/94”, *Droit social* n. 1/1996, pp. 82 ss.; LYON-CAEN, A., “Droit social et droit de la concurrence. Observations sur une rencontre”, en AAVV, *Ecrits en l'honneur du Professeur Jean Savatier, Les orientations sociales du droit contemporain*, Presses Universitaires de France, Paris, 1992, pp. 331 y ss.; LYON-CAEN, G., “L'infiltration du Droit du travail par le Droit de la concurrence”, *Droit Ouvrier* n. 525/ 1992, pp. 313 ss..

²⁹ Vid. STJUE de 19 enero 2006 (asunto C-244/04, Comisión/Alemania) [parágrafos 33-37 y 45-51]; STJUE de 23 de noviembre de 1999 (asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, Arblade) [parágrafo 78]. En este sentido STJUE de 21 de septiembre de 2006 (C-168/04, Comisión/Austria) [parágrafo 26]. Cfr. Directiva 123/2006 de Servicios, considerando 54.

³⁰ Sobre las críticas dogmáticas a la aplicación del principio de proporcionalidad como instrumento de control de las políticas económicas y sociales, vid. BERNAL PULIDO, C. (2007), op.cit., pp. 372 y ss.

³¹ STJUE de 18 diciembre 2007 (asunto C-341/05, *Laval un Partneri*) [parágrafos 96 a 99].

La doctrina científica ya anticipaba que el prolongado esfuerzo de la Convención Europea hubiera cobrado mayor sentido si, más allá de una labor de codificación y positivización del acervo comunitario actual, se hubiera alcanzado un nivel de protección material de los derechos humanos a la altura del siglo XXI³². Como expuso Cruz Villalón, la Carta no opera como los catálogos de derechos contenidos en las Constituciones nacionales. Es decir, como parámetro interpretativo del Tratado, sino que es el contenido económico del Tratado el que opera a modo de canon de interpretación de la CDFU. Según este autor, “lo que el artículo II-112.2 [actual 52 CDFU] parece decirnos es que el derecho “es” lo que se diga en las restantes partes de la Constitución, en el supuesto que se diga algo (...) cuando cabría pensar que lo normal fuera al revés: cuando el resto de la Constitución apareciese mencionado algún derecho fundamental, éste debiera ser interpretado a partir esencialmente de la Carta, o como mucho de manera integradora, a partir de la Constitución. No es así, sin embargo”.³³

Es cierto que en la jurisprudencia y la dogmática constitucional, unos derechos fundamentales no prevalecen sobre otros en función del rango que a éstos derechos otorga la Constitución, debiendo realizarse una delimitación de sus ámbitos respectivos en cada caso concreto. De modo que los derechos fundamentales no sólo son susceptibles de ser restringidos por derechos constitucionales que no sean fundamentales, sino también por los bienes constitucionalmente reconocidos e incluso por bienes jurídicos de protección infraconstitucional³⁴. Sin embargo, como escribe Bernal Pulido: “cuanto menor reconocimiento en las fuentes de Derecho tenga un principio de segundo grado menores serán las posibilidades de que tenga prioridad en la ponderación sobre el derecho fundamental con el que colisiona”³⁵. De modo que la realización de tales principios sólo podrá desarrollarse “en la medida de las posibilidades fácticas y jurídicas que jueguen en sentido contrario”³⁶, jugando en este caso en contrario el principio de efectividad de los derechos fundamentales que reconoce la CDFU en sentido pleno, y que la doctrina del efecto útil ha dotado de eficacia máxima³⁷.

En la Sentencia *Laval*, el TJUE ya alude al reconocimiento del derecho de huelga en la CDFU, sin embargo, tal derecho debía ser ponderado con el de la libertad de

³² Vid. JIMENA QUESADA, L./ALEGRE MARTÍNEZ, M.A., *Fundamentos constitucionales de la Unión Europea*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2006, pp. 121 y ss.

³³ CRUZ VILLALÓN, J., “Solidaridad. El ordenamiento laboral en la Constitución europea”, en GARRIDO MAYOL, V./ÁLVAREZ CONDE, E. (coord.), *Comentarios a la Constitución Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 997-1036.

³⁴ Como en el caso de la buena fe contractual, según el ejemplo de CASAS BAAMONDE, M.E. (2004), “La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe”, *Relaciones Laborales* n. 1/2004, p. 141 y 144.

³⁵ BERNAL PULIDO, C., *op.cit.*, p. 717-718.

³⁶ *Ibid.*, p. 714.

³⁷ Vid. BROWN, L.N./ JACOBS, F.G., *The Court of Justice of the European Communities*, London, Sweet & Maxwell, 1983, p. 343.

prestación de servicios³⁸. De modo que el problema no es la falta de reconocimiento del Derecho colectivo del trabajo, sino la expansión del contenido de la libertad de prestación de servicios, que queda catalogada como derecho fundamental de primer nivel. El TJUE establece que la libre prestación de servicios (garantizada por el artículo 56 TFUE) permite limitar el ejercicio por parte de los sindicatos del derecho de acción colectiva, pues esta libertad comunitaria “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 u organismos que no están sometidos al Derecho público”³⁹.

En efecto, en este asunto, lo novedoso del control efectuado por el TJUE radica en que éste no se realiza sobre el Estado, sino sobre medidas de conflicto colectivo adoptadas por los sindicatos. La doctrina ha cuestionado la aplicación del principio de proporcionalidad en supuestos en los que no hay intervención del poder en la libertad del individuo⁴⁰. Sin embargo, la aplicación por el TJUE del principio de remoción de obstáculos, en este caso, trasciende el carácter público o privado del sujeto que origina el efecto coartador de una libertad de mercado. Lo cierto es que las medidas de conflicto adoptadas por los sindicatos suecos superaron el test de las “razones imperiosas” del Tribunal, al considerar que éstas constituían un ejercicio legítimo de un derecho fundamental⁴¹. De modo que lo que se somete a juicio es la *finalidad* de éstas, es decir, lo que se pretende conseguir con las medidas de conflicto. En este pronunciamiento el Tribunal de Justicia no censura la acción colectiva en sí misma, sino sus fines, declarando desproporcionado que los sindicatos traten de ir más allá del estándar salarial estandarizado por las Directivas de armonización. Tal estándar salarial se configura como un tope máximo de protección, más allá del cual se está obstaculizando el comercio de servicios. No resulta por tanto lícito, conforme a esta jurisprudencia, pretender el *statu quo* jurídico existente en el nivel europeo, mediante la acción colectiva. Este enfoque resulta sorprendente para el iuslaboralista, pues desde la perspectiva constitucional nacional, tachar de desproporcionado que los sindicatos pretendan mejorar los estándares existentes, niega la esencia misma de la libertad sindical y el papel constitucional otorgado a los sindicatos en el marco del Estado social y de Derecho.

3. Control aplicado a las normas sociales que vulneran los estándares internacionales de derechos humanos

Los estrictos límites impuestos por parte de la jurisdicción comunitaria e internacional, al ejercicio del poder estatal de regulación y supervisión de los

³⁸ Vid. NIELSEN, R., “Status and protection of migrant workers”, General report, IXth European Congress of Labour and Social Security Law (16 - 19 September 2008, Freiburg, Germany).

³⁹ STJUE de 18 diciembre 2007 (asunto C-341/05, Laval un Partneri) [parágrafo 98].

⁴⁰ Vid. TERRADILLOS ORMAETXEA, E., *Principio de proporcionalidad, Constitución y Derecho del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 30.

⁴¹ STJUE de 18 diciembre 2007 (asunto C-341/05, Laval un Partneri) [parágrafo 91].

estándares sociales, contrasta con el laxo margen de apreciación que la jurisdicción nacional otorga al legislador, en relación al cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos. Los estudios de Salcedo Beltrán dan buena cuenta de los límites que se derivan, para el legislador estatal, especialmente, de las disposiciones de la Carta Social Europea (CSE)⁴². Tales límites ponen en cuestión la adecuación al derecho internacional de las medidas “anticrisis” contenidas en la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo⁴³. Incomprensiblemente, sin embargo, nuestro Tribunal Supremo se autolimita a la hora de tutelar los derechos fundamentales allí reconocidos⁴⁴, pese a que nuestro país ha aceptado expresamente la competencia de los órganos internacionales de control previstos en la Carta Social Europea (en adelante CSE)⁴⁵.

La doctrina constitucional exige un adecuado control de proporcionalidad de las medidas adoptadas por el legislador, restrictivas de los derechos fundamentales, que vulneren instrumentos internacionales vinculantes, conforme a la interpretación efectuada por los órganos de control de tales Tratados⁴⁶. De modo que, además de la necesaria incorporación de estándares socio-económicos supranacionales vinculantes a la labor interpretativa de nuestros tribunales, es acuciante la necesidad de utilizar instrumentos hermenéuticos más adaptados a la realidad histórica y a los retos que debe enfrentar nuestro orden jurídico en el contexto globalizado. En este sentido, el art. 219.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social admite expresamente la posibilidad de alegar como doctrina de contradicción la establecida en las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y “los órganos

⁴² SALCEDO BELTRÁN, C. *Negociación colectiva, conflicto laboral y Carta Social Europea*, Bomarzo, 2014; “Incumplimientos de la Carta Social Europea por España: Conclusiones xx–2 (2013)”, *Revista de Derecho Social* n. 66/2014, “Crisis económica, medidas laborales y vulneración Carta Social Europea”, *Revista Europea Derechos Fundamentales* n. 22/2013; “Carta Social Europea. Instrumento para la defensa en el ámbito nacional de los derechos sociales”, Informe 60 FIM, Mayo 2013; “El Consejo de Europa frente a la Unión Europea: Vulneración de la carta social europea por ‘Lex Laval’, Estudio 77 FIM, Enero 2014; “Aspectos conflictivos actuales (análisis de los últimos pronunciamientos del Comité Europeo de Derechos Sociales)”, *El Laborista (Revista de la Asociación Nacional de Laboralistas)*, noviembre 2013; “Incumplimiento por España de los tratados internacionales: Carta Social Europea y período de prueba”, *Revista de Derecho Social* n. 64/2013; “Reformas Legislativas, incumplimientos de la Carta Social Europea y su invocación en los órganos jurisdiccionales”, *El Laborista*, abril 2014.

⁴³ Ésta afecta esencialmente a tres bloques de materias: concretamente en vulneración (a) del derecho la negociación colectiva, con afectación singularizada de los artículos 7, 28.1, 37.1 y 24 de la Constitución; (b) del derecho al trabajo, con conexión en el derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con los artículos 35.1 y 24 de la Constitución; y (c) del principio de igualdad y prohibición de tratamientos discriminatorios, en relación con los artículos 14, 23 y 103.3 de la Constitución.

⁴⁴ Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª), Auto de 4 noviembre 2015, RCDU 926/2015.

⁴⁵ Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980, de la Carta Social Europea, hecha en Turín de 18 de octubre de 1961, BOE 26 junio 1980, núm. 153, p. 14533. Protocolo Adicional de 5 de mayo 1988, Instrumento de 7 de enero 2000, BOE 25 abril 2000, núm. 99, p. 16074.

⁴⁶ Vid. la doctrina constitucional contenida en la STCO 245/1991 [FDº 2 y 3º] y sobre la ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos: STCO 96/2001 (caso Castillo Algar, STEDH 28.10.1998), STCO 240/2005 (caso Riera Blume), STCO 313/2005 (caso Perote Pellón) y STCO 197/2006 (caso Fuentes Bobo).

jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España”.

Ciertamente, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasiones para pronunciarse en relación a los efectos jurídicos que las decisiones de los órganos de control del cumplimiento de los Tratados internacionales, en nuestro ordenamiento interno, concretamente respecto de las sentencias del TEDH y de los dictámenes del Comité de derechos Humanos de Naciones Unidas (STC 245/1991; Auto TC 260/2000; STC 70/2000 y Auto TC 104/2002). En dicha jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha establecido que la decisión de un órgano internacional, jurisdiccional o no, que establece la violación de un derecho reconocido en un Tratado acredita la violación asimismo de los derechos fundamentales homólogos reconocidos en nuestra Constitución atendiendo a que “el contenido de aquéllos constituye también parte del de éstos, formando el estándar mínimo y básico de los derechos fundamentales de toda persona en el Ordenamiento jurídico español, como resulta de la circunstancia de que los tratados y acuerdos internacionales sobre Derechos Humanos sean insoslayables instrumentos hermenéuticos de los derechos fundamentales de la Constitución Española (art. 10.2 CE)” (Auto TC 260/2000).

Esta jurisprudencia ha sido recogida por el art. 35 de la Ley 25/2014 de Tratados cuando establece que “en la interpretación de los tratados internacionales constitutivos de Organizaciones internacionales y de tratados adoptados en el ámbito de una organización internacional, se tendrá en cuenta toda norma pertinente de la organización”, remitiendo a las reglas de interpretación establecidas por la Convención de Viena y en particular dicta que: “Las disposiciones de los tratados internacionales se interpretarán de acuerdo con los criterios establecidos por las normas generales de Derecho Internacional, los consagrados en los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre Derecho de los Tratados y los contenidos en el propio tratado”⁴⁷.

Pues bien, el art. 31 de la Convención de Viena después de establecer, en su apartado primero, que: “Un Tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y su fin”, procede, en sus apartados segundo y tercero, a otorgar rango interpretativo de los Tratados a toda a la actividad desarrollada posteriormente en el marco del mismo, en el sentido siguiente:

“Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la

⁴⁷ La Convención de Viena en su art. 32 se refiere a los “medios complementarios” de interpretación y el art. 33 a la interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas.

celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

c) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

d) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;[...]"

Estas disposiciones del Convenio de Viena, a las que se remite expresamente la Ley 25/2014 de Tratados, son vehículo de la fuerza vinculante de las interpretaciones de los órganos de control del cumplimiento de los Tratados. De modo que cuando un Estado, acepta la competencia del órgano internacional de control, acepta también la obligatoriedad de las decisiones de dicho órgano. En este sentido, los órganos internacionales de control que no detentan facultades jurisdiccionales —a partir de la dicha vinculación expresa a los mismos por parte de los Estados—, constituyen los intérpretes del tratado en cuestión en su aplicación concreta a los Estados Partes. En consecuencia, el acervo jurídico (*case law*) desarrollado por dichos órganos en la interpretación de los Tratados puede y debe ser invocada directamente ante los tribunales jurisdiccionales nacionales, al igual que estos deben resolver atendiendo a tales criterios interpretativos, puesto que España se ha vinculado a los mismos, en los términos del art. 35 de la Ley 25/2014 y lo dispuesto los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena.

En efecto, España ha aceptado la competencia de los órganos internacionales de control previstos en el Derecho español internacional, y concretamente, entre los otros: la Carta Social Europea (en adelante CSE)⁴⁸, el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, el PIDESC)⁴⁹, y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)⁵⁰, establecen órganos internacionales de control cuya competencia es obligatoria para el Estado que deviene Parte en el mismo. Concretamente, el Comité de Derechos Económicos,

⁴⁸ Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980, de la Carta Social Europea, hecha en Turín de 18 de octubre de 1961, BOE 26 junio 1980, núm. 153, p. 14533. Protocolo Adicional de 5 de mayo 1988, Instrumento de 7 de enero 2000, BOE 25 abril 2000, núm. 99, p. 16074.

⁴⁹ En virtud de lo dispuesto en el art. 18.1 de su texto, el PIDESC entraría en vigor tres meses después de la fecha en que se depositase el décimo instrumento de ratificación o adhesión. Uruguay ha sido ese último país, Estado que lo ha hecho el 5 de febrero de 2013. España aprobó y ratificó el Protocolo el 9 de julio de 2010, aunque la publicación del Instrumento de Ratificación se haya realizado en el BOE de 25 febrero de 2013, núm. 48, p. 15421, de modo que ha entrado en vigor el 5 de mayo de 2013.

⁵⁰ Convenio de 4 de noviembre 1950, ratificado por Instrumento de 26 de septiembre 1979, BOE 10 octubre 1979, núm. 243, p. 23564.

Sociales y Culturales (CDESC)⁵¹, el Comité de Derechos Sociales (CDS)⁵² y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)⁵³.

Tanto el PIDESC con la CSE, establecen la obligación de nuestro país de presentar informes periódicos a sus respectivos Comités a fin de rendir cuentas sobre el modo en que se garantizan en España tales derechos. Una vez recibidas las valoraciones efectuadas, en forma de "observaciones", nuestro gobierno asumió la obligación jurídica, mediante ratificación, de corregir las deficiencias normativas o aplicativas identificadas por tales órganos de control. Así pues, en tanto que órganos que control del cumplimiento de los mismos son los destinatarios de los informes que deben presentar periódicamente los Estados Partes, y estos son los que tienen atribuida la facultad, por parte de la norma ratificada por dicho Estado, de establecer si dicho Estado se ajusta a las obligaciones internacionales derivadas del tratado. En este sentido, lo que tales órganos establecen en sus decisiones es su interpretación conforme del tratado. De forma que en el caso de declaración de violación de sus disposiciones, el Estado destinatario tiene la obligación jurídica de enmendar su conducta conforme a lo establecido por dicho órgano. Con independencia de que tal declaración de violación del Tratado reciba la denominación de "observaciones", éstas poseen efectos jurídicos obligatorios y se imponen a los Estados Partes, precisamente porque estos han aceptado someterse a tales órganos.

Es evidente que los órganos de control, por su naturaleza internacional, no pueden suplir a los jueces nacionales a la hora de aplicar en el ámbito nacional, y al caso concreto, los criterios interpretativos aportados por la instancia internacional. Esto es así, tanto en el caso del derecho comunitario, como del derecho internacional. Nadie duda del carácter vinculante de la jurisprudencia comunitaria, cuando tampoco el TJUE es competente para pronunciarse sobre la interpretación que el órgano jurisdiccional remitente efectúa de las disposiciones del Derecho nacional⁵⁴.

⁵¹ El CDESC es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del PIDESC por sus Estados Partes. Fue establecido en virtud de la Resolución 1985/17, de 28 de mayo 1985 para llevar a cabo las funciones de vigilancia asignadas al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) de la parte IV del PIDESC (arts. 16 a 25). España se obligó al cumplimiento de las recomendaciones emanadas por el órgano de control establecido en el seno de dicho Tratado mediante instrumento de ratificación, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 27 de julio de 1977. Reafirmando posteriormente su sometimiento a las resoluciones del CDSEC, mediante la ratificación del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual entró en vigor el 5 de febrero de 2013.

⁵² También se ha sometido a España, en virtud de los arts. 21 a 29 CSE, al cumplimiento de las resoluciones del CDS, en relación a los informes periódicamente presentados por nuestro país con objeto de dar cuenta de la ejecución de sus obligaciones asumidas a tenor de la Carta. Este Comité tiene competencia, igualmente, para pronunciarse sobre reclamaciones colectivas que emanen de organizaciones sindicales nacionales o internacionales, siempre que los Estados hayan aceptado su jurisdicción a esos efectos, que no es el caso de España.

⁵³ En lo que respecta al TEDH su jurisdicción devino obligatoria y automática tras la entrada en vigor del Protocolo núm. 11 al Convenio europeo de derechos humanos, de 4 de noviembre de 1950.

⁵⁴ Vid. STJUE 3 octubre 2000 (C-58/98, Corsten) [parágrafo 24]; STJUE de 23 de marzo de 2006, (Enirisorse, C-237/04), [parágrafo 24]; STJUE de 3 de mayo de 2001, (Verdonck y otros, C-28/99) [parágrafo 28]; STJUE de 15 de diciembre de 1993, (Hünermund y otros, C-292/92), [parágrafo 8].

El TJUE sólo es competente para proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación pertenecientes al ámbito del derecho de la Unión que puedan permitirle apreciar dicha compatibilidad para la resolución del asunto que le haya sido sometido⁵⁵. De modo que en su mayor parte, la jurisprudencia comunitaria está conformada por sentencias interpretativas que vinculan la validez de la norma nacional a una interpretación de la misma acorde con determinados requisitos, al igual que ocurre con la interpretación del Derecho internacional evacuada por los respectivos órganos de control instituidos en los Tratados.

Es cierto que nuestros tribunales no están aún habituados a utilizar las fuentes internacionales del derecho español. Sin embargo, el papel central que ocupa la protección de los derechos fundamentales en nuestro sistema constitucional exige dar cumplimiento a la jurisprudencia internacional cuando lo que está en juego es la protección de los derechos humanos. Ello se traduce, en algunos casos, en una modificación de la doctrina preexistente si es contraria a la establecida por la jurisprudencia internacional, como ha ocurrido, por ejemplo, en relación a la llamada “doctrina Parot”. Vale la pena reproducir aquí los argumentos de la Audiencia Nacional en relación al obligado respeto de los estándares internacionales en materia de derechos humanos:

“En nuestro sistema constitucional la declaración por el Tribunal Europeo de que se ha violado el convenio europeo implica la constatación de la existencia de una violación del derecho fundamental concernido en nuestra Constitución [...]. [Esto ha conllevado] que el propio Tribunal Constitucional, en el ámbito de su espacio de control, y siempre que los tribunales competentes no hubieran dado cumplimiento a la sentencia del Tribunal Europeo, realice una labor de ajuste a los imperativos constitucionales, algo que acometerá cuando el TEDH haya declarado violado un derecho del Convenio que sea correlativo a un derecho fundamental constitucionalmente reconocido y susceptible de recurso de amparo”⁵⁶.

En este caso, la Audiencia Nacional, apoyándose en la doctrina del Tribunal Constitucional, resalta el carácter vinculante de la jurisprudencia emitida por los órganos establecidos para la interpretación de los tratados, con independencia de que éstos tengan o no el nombre de “tribunal”, destacando su necesaria observancia en la fijación del contenido esencial de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución:

“Aunque el Convenio no hubiera introducido una instancia superior supranacional de revisión o control directo de las decisiones judiciales, ni obligase a dar efecto a las sentencias del TEDH mediante la anulación de la cosa juzgada y de la fuerza ejecutiva de la resolución judicial nacional [...] los poderes públicos, tienen la obligación de tutelar los derechos fundamentales y de reparar cualquier lesión contra

⁵⁵ STJUE de 11 de agosto de 1995, (Belgacom, C-63/94) [parágrafo 7].

⁵⁶ Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Pleno), Auto núm. 61/2013 de 22 octubre.

los mismos, por lo que no pueden quedarse indiferentes ante la declaración que realice el Tribunal Europeo acerca de la violación de un derecho, ni puede reputarse conforme a nuestro sistema constitucional el mantenimiento de una situación que, aún amparada por la cosa juzgada, puede implicar la lesión actual de un derecho fundamental”.

[...] “El Convenio Europeo integra nuestro ordenamiento jurídico, según el art. 96.1 de la Constitución (CE, en adelante), y las normas relativas a derechos fundamentales y libertades públicas deben interpretarse de conformidad con los Tratados internacionales (art. 10.2 CE); el Tribunal Europeo es el órgano cualificado de interpretación del Convenio y sus decisiones son obligatorias y vinculantes para todo Estado parte. Los jueces y los tribunales están sometidos con exclusividad a la ley, única fuente de legitimidad de su actuación (art. 117 CE). Aquí, sujeción a la ley significa vinculación al Convenio y a las decisiones y doctrina de su órgano de garantía jurisdiccional”⁵⁷.

Como ha señalado la doctrina más autorizada, la utilización del término jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales, es adecuada “(...) tanto de la emanada del sistema de informes como de la aparecida como resultado de la sustanciación de las reclamaciones colectivas”, puesto que “(...) en el sistema de reclamaciones colectivas, (...) actúa conforme a parámetros jurisdiccionales (fase de inadmisibilidad y fase de enjuiciamiento en cuanto al fondo) y dicta decisiones de fondo que presentan la misma estructura que las sentencias judiciales (...)”⁵⁸.

En este sentido, el Derecho español internacional del Trabajo se nutre de la interpretación de los órganos designados por los tratados, para la interpretación auténtica de los instrumentos internacionales ratificados por nuestro país. Dicha jurisprudencia puede ser invocada directamente ante los tribunales jurisdiccionales nacionales, al igual que estos pueden resolver atendiendo a tales criterios interpretativos. En primer lugar, en virtud del art. 10.2 CE, en el que se establece la obligación de interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución española reconoce, de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Y en segundo lugar, por mor del art. 96 CE, en el que expresamente se reconoce a los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente, como normas que forman parte del ordenamiento interno.

Los tratados internacionales son normas infraconstitucionales con una jerarquía superior a la ley (arts. 95 y 96 CE). En consecuencia, cuando el Estado ratifica un

⁵⁷ La Audiencia Nacional se sirve en este pronunciamiento de la doctrina constitucional contenida en la STCO 245/1991 [FDº 2 y 3º] y en la doctrina sobre ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos: STCO 96/2001 (caso Castillo Algar, STEDH 28.10.1998), STCO 240/2005 (caso Riera Blume), STCO 313/2005 (caso Perote Pellón) y STCO 197/2006 (caso Fuentes Bobo).

⁵⁸ JIMENA QUESADA, L. (2007), *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales, Sistema de reclamaciones colectivas. Vol I: 1998-2005*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 31 y 32.

tratado internacional, sus jueces se encuentran sometidos a sus disposiciones, lo que les obliga a velar porque el efecto útil del tratado no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del poder judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad, *ex officio*, entre las normas internas y los tratados, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las normas procesales pertinentes⁵⁹.

Por otra parte, en términos estrictamente técnicos, debemos recordar que mientras que el derecho comunitario no se erige en canon de constitucionalidad, el Derecho internacional en materia de derechos humanos opera como obligado criterio para la interpretación (STC 97/1999, STC 5/1985, STC 140/1995, STC 13/1994), articulando la garantía de los derechos fundamentales *ex art. 10.2 CE*, en tanto que bases objetivas de nuestro ordenamiento, a la que deben someterse todos los poderes públicos, de forma incondicionada.

Desafortunadamente, no es infrecuente que las jurisdicciones nacionales bloqueen el control de los órganos supranacionales establecidos por los Tratados en materia de derechos humanos⁶⁰, de normas que vulneran estándares establecidos por las normas internacionales vinculantes; dando simultáneamente entrada a la jurisprudencia comunitaria que somete los derechos sociales a un estricto control de proporcionalidad para garantizar el respeto de las libertades económicas.

4. A modo de conclusión: la deconstrucción de la *Comunidad de principios* en el nivel estatal.

Los principios de alcance político-constitucional que subyacen en la jurisprudencia que se ha analizado responde a una determinada noción de constitucionalismo, atribuyen un papel específico a la protección de los derechos fundamentales y, en definitiva, acuñan una nueva idea de Estado de Derecho. Pues, a fin de cuentas, el poder de las instituciones de la Unión sobre la propia Constitución constituye “el efecto real de la cláusula de supremacía”⁶¹. El establecimiento de estándares sociales aún se mantiene en el ámbito de la competencia estatal, pero ésta se encuentra doblemente penetrada por los tentáculos comunitarios, en ambos casos, con un carácter desregulador o inhibitorio de la intervención estatal. En primer lugar, por los límites impuestos por el Derecho comunitario de control presupuestario. Así, el

⁵⁹ Vid. JIMENA QUESADA, L. (2013), *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad: a propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi.

⁶⁰ Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª), Auto de 4 noviembre 2015, RCDU 926/2015.

⁶¹ Tribunal Constitucional (Pleno), Declaración núm. 1/2004 de 13 diciembre, Declaración ante el requerimiento formulado por el Gobierno de la Nación acerca de la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución Española y los arts. I-6, II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, Recurso núm. 6603/2004, Voto particular que formula el Magistrado don Roberto García-Calvo y Montiel, [FJ 8º].

rescate de la banca incorporó una condicionalidad de reforma del mercado laboral⁶² y de las pensiones⁶³. En segundo lugar, como hemos visto, a partir de la intervención comunitaria en sentido negativo, que determina la inaplicación del derecho social cuando traspasa el umbral permitido por la cláusula de comercio negativa, inherente a las libertades comunitarias, y que contempla los derechos sociales en tanto que “gastos y cargas administrativas y económicas”⁶⁴. Tales pronunciamientos forman parte de un cuerpo jurisprudencial que refuerza la componente federal del proceso de consolidación constitucional del derecho de la Unión, llamada tanto a deslindar las competencias entre los Estados y la Unión, como a fortalecer la primacía del derecho de la Unión frente a los ordenamientos nacionales.

Durante décadas, ambas “Comunidades de principios”, la comunitaria y la estatal, han cohabitado pacíficamente. Sin embargo, el tipo de obstáculos a los que se enfrenta el comercio de servicios, difieren considerablemente de las barreras que tuvo que superar el exitoso proceso de liberalización del comercio de mercancías. En este ámbito, el “funcionalismo en los principios” revela, una vez más, la *ratio* económico-instrumental que subyace frecuentemente en las instituciones jurídicas comunitarias, orientadas en este ámbito a la consecución del mercado interior de servicios. Para la doctrina, la liberalización de este sector es un hecho ineludible, en razón de la desproporción entre la *ratio* de comercialización internacional y el peso específico del sector secundario en el producto interior bruto (PIB), pues el PIB de la industria es actualmente inferior al 20% de los países desarrollados, concentrando sin embargo un 75% del comercio transnacional⁶⁵. Esta discordancia lleva a los países comunitarios a dejar en un segundo plano el comercio de mercancías para impulsar la entrada en los mercados exteriores de su principal producto, que son los servicios, evidenciando lo irremediable de su proceso de internacionalización.

⁶² SALCEDO BELTRÁN, C., “Crisis económica, medidas laborales y vulneración Carta Social Europea, *Revista Europea Derechos Fundamentales* n. 22/2013, pp. 93-97, ha identificado el origen de las medidas legislativas anticrisis en la imposición de condiciones por parte de la Unión Europea, previamente a la concesión de ayuda económica para hacer frente a la crisis financiera.

⁶³ Su eufemística denominación, en tanto que “Recomendaciones”, no permite maquillar tres realidades: (a) que su incumplimiento está sujeto a un estricto régimen sancionador; (b) que las reformas que se “recomiendan” a los Estados no se circunscriben a materias atribuidas competencialmente a la UE; y (c) que los destinatarios finales de las directrices presupuestarias obligatorias son los parlamentos nacionales, donde reside la soberanía popular. Cuestión en la que no abundaremos por haber sido tratadas en otro lugar. *Vid.* LLOBERA, MIREIA, “La Ley 23/2013 en el marco del procedimiento de déficit excesivo y de rescate de la banca: análisis de conformidad con el Derecho Internacional español de Seguridad Social”, *Revista de Derecho Social* n. 70/ 2015, pp. 29-54.

⁶⁴ *Inter alia* STJUE de 24 enero de 2002 (asunto C-164/99, Portugaia Construções) [parágrafo 18] STJUE de 15 marzo de 2001 (asunto C-165/98, Mazzoleni) [parágrafo 36]; STJUE de 23 de noviembre de 1999 (asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, Arblade) [parágrafos 27 y 58-59] STJUE de 18 diciembre 2007 (asunto C-341/05, Laval un Partneri) [parágrafo 99]. STJUE de 17 de noviembre de 2015, C-115/14, RegioPost, [parágrafo 69]; STJUE de de 18 de septiembre de 2014, C-549/13, Bundesdruckerei [parágrafo 30].

⁶⁵ PÉREZ GARCÍA, F. (dir.), *Productividad e internacionalización. El crecimiento español ante los nuevos cambios estructurales*, Bilbao, Fundación BBVA, 2006, p. 31.

Este proceso liberalizador está, sin embargo, plagado de “dificultades” que emanan, sobre todo, de una realidad legal particularmente adversa para los operadores económicos transnacionales, por ser éste el sector de la economía más protegido y regulado por los Estados, ya que los potenciales efectos sociales negativos de su liberalización son especialmente intensos⁶⁶. Lo que se ha traducido, a nivel comunitario, en la necesidad de aplicar de modo contundente el principio de remoción de obstáculos, fundamentalmente dirigido a eliminar las barreras reguladoras de los Estados, así como en una mayor insistencia en el desarrollo de normas comunitarias dirigidas a la eliminación de restricciones, entre las que destaca, por su alcance y trascendencia, la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

Se consolida así un sistema comunitario sin una componente política que le confiera valores no económicos, lo que contribuye a la deconstrucción de la *Comunidad de principios* en el nivel estatal. Significativamente, en dicha deconstrucción se están utilizando los instrumentos jurídicos que históricamente sirvieron para apuntalar los valores esenciales de los Estados democráticos a través de la expansión del constitucionalismo. Son las herramientas jurídicas que lograron una específica protección los derechos fundamentales, como pilar fundamental de los Estados de Derecho, el andamiaje jurídico que permite la construcción del estatus constitucional de las libertades económicas de los operadores transnacionales. En concreto, la doctrina relativa al “efecto desalentador” aplicada a la intervención estatal disuasoria del ejercicio de las libertades de mercado comunitarias, se origina en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)⁶⁷. Arriesgándose, por otra parte, la expansión de esta deconstrucción jurídica mediante la generalización de las elaboraciones jurídicas comunitarias al ámbito de la OMC y del Acuerdo Transatlántico sobre Comercio e Inversión (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*, en adelante, TTIP)⁶⁸, con una clara voluntad, como señala

⁶⁶ Vid. Informe de la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, de 24 de febrero de 2004, “Por una globalización justa: crear oportunidades para todos”, OIT, 2004, [p. 64 y ss.]. Disponible en:

<http://www.ilo.org/global/publications/ilo-bookstore/order-online/books/KD00068ES/lang-es/index.htm>

⁶⁷ Vid. STEDH de 22 febrero 1989 (asunto Barfod contra Denmark, Application n. 11508/85), [parágrafo 28]. Vid. en la jurisprudencia constitucional española la STC Sentencia núm. 174/2006 de 5 junio, Recurso de Amparo núm. 6998/2003 [fundamento de derecho 6º, apartado 3º] y STC núm. 185/2003 de 27 octubre, Recurso de Amparo núm. 4628/1998, [fundamento de derecho 6º in fine].

⁶⁸ Siendo esta también el camino elegido por el TTIP, vid. CATHARINE TITI, “The European Union’s Proposal for an International Investment Court: Significance, Innovations and Challenges Ahead”, Working paper, 5 January 2016, en: <http://ssrn.com/abstract=2711943> [05/03/2016]. Tales Tratados se sustraen del control judicial nacional y de los límites que actualmente imponen los Tribunales Constitucionales. El papel que actualmente desempeña el CIADI (Centro internacional para la resolución de conflictos en materia de inversión) es un buen ejemplo de ello. Vid. web del International Centre for Settlement of Investment Disputes, en:

<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/AdvancedSearch.aspx> [05/03/2016]

Gardeñes Santiago de “trasplantar a un contexto global o mundial soluciones que en el ámbito de la CE han demostrado una gran eficacia integradora de los mercados”⁶⁹.

Puede concluirse, por tanto, que la penetración del Derecho comunitario en nuestro sistema jurídico está resultando un factor clave en el vigente proceso de reelaboración de los derechos sociales fundamentales y de sus paradigmas normativos, a nivel estatal. Con ello, la “funcionalización” de los derechos sociales se profundiza, y la caracterización de éstos, simultáneamente, como instrumento y obstáculo del mercado, adquiere un carácter transnacional. Frente a la pérdida de vigor de los *viejos* principios del ordenamiento socioeconómico y la quiebra de los caracteres definidores de la Constitución socioeconómica, el avance de este *nuevo* Derecho social sujeto a estándares máximos a nivel supranacional, nos lleva a confirmar las tesis de Maestro Buelga, cuando anunciaba “la transición hacia otra forma de Estado, cuyos contornos son definibles por contraste y ruptura con el Estado social”⁷⁰.

⁶⁹ GARDEÑES SANTIAGO, M., *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Madrid, Eurolex, 1999, p. 42.

⁷⁰ MAESTRO BUELGA, G., *La Constitución del Trabajo en el Estado Social*, Albolote (Granada), Comares, 2002, p. 237.