

A Unión Europea e a súa dimensión social

*The European Union
and its Social Dimension*

JOSÉ-FERNANDO LOUSADA AROCHENA

Universidade da Coruña, Departamento de Dereito Público, Facultade de Dereito,
Elviña, 15071 A Coruña, España

Maxistrado especialista da Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

Recibido: 19/06/2017

Aceptado: 14/07/2017

Resumo

As institucións europeas naceron cun importante déficit social, mais a partir da década dos setenta do século pasado foi incorporándose unha dimensión social ao dereito comunitario en que se avanzou pouco e pouco para superar o devandito déficit. Con todo, a crise económica determinou un maior afondamento nas competencias económicas da Unión Europea, e isto supuxo deixar nun segundo plano a incipiente dimensión social comunitaria. Despois de analizar a súa evolución histórica, no estudo conclúese a necesidade de restablecer o pulo social e salientase a existencia dalgúns sinais normativos e xudiciais da súa recuperación, que se agarda que sexan reais e efectivos.

Palabras chave: dereito social da Unión Europea, evolución histórica, situación de presente, perspectivas de futuro.

Abstract

The European institutions were born with a significant social deficit, but from the seventies of the last century a social dimension was incorporated into the community law, which gradually progressed to overcome it. However, the economic crisis led to a further deepening of the economic powers of the European Union, which meant that the incipient Community social dimension was left on the background. After analysing its historical evolution, this study concludes the need to restore social momentum and highlights the existence of some normative and judicial signs of its recovery, which are expected to be real and effective.

Keywords: *Social law of the European Union, Historical evolution, Current situation, Future prospects.*

1. Proxectos e realizacións dirixidas á construción de Europa

Tras a segunda guerra mundial, unha necesidade fortemente sentida nos países integrantes de Europa Occidental era o establecemento de instancias supranacionais no nivel rexional, coa finalidade de evitar no futuro novas confrontacións bélicas mediante a creación dun espazo de paz e prosperidade. Deseñáronse para o efecto os seguintes dous proxectos:

- a) Un, sustentado na idea do federalismo rexional, que foi promovido en especial polo Reino Unido, pretendía a creación dunha organización supranacional de defensa dos dereitos humanos. Este proxecto cristalizou na constitución do Consello de Europa o 5 de maio de 1949 e na adopción do Convenio europeo para a protección dos dereitos humanos e das liberdades fundamentais o 4 de novembro de 1950.
- b) O outro, promovido por Francia e Alemaña e en que inicialmente non interveu o Reino Unido, sustentouse na teoría neofuncionalista, segundo a cal a integración dos estados debe iniciarse nun sector e ir revertendo (*spillover*) sobre os demais para acabar construíndo unha comunidade política.

Ambos os proxectos resultan, como vemos, ben diferentes. O primeiro é estático, o que non implica que a protección dos dereitos humanos non evolucionase en Europa desde 1950, pois fíxoo e moito grazas ao labor do Consello de Europa e do Tribunal Europeo de Dereitos Humanos; o que se quere dicir é que o ámbito de actuación destes organismos europeos segue a ser o mesmo: a protección dos dereitos humanos. Entre tanto, o segundo é un proxecto máis ambicioso e de carácter dinámico e progresivo, que comezou pola integración no ámbito da produción de enerxía, sen dúbida para detraer do control nacional un sector tan transcendental ante un eventual rearmamento bélico. Así é como se aproban o Tratado constitutivo da Comunidade Europea do Carbón e o Aceiro, en París, o 9 de maio de 1950, e o Tratado constitutivo da Comunidade Europea da Enerxía Atómica, en Roma, o 27 de marzo de 1957. Nesa mesma cidade e nese mesmo día asinouse así mesmo o Tratado constitutivo da Comunidade Económica Europea. Parecía que a fórmula do desbordamento funcionaba.

2. A visión economicista dos tratados fundacionais

Os obxectivos dos tratados fundacionais, e en particular do Tratado constitutivo da Comunidade Económica Europea, eran, de acordo coa dinámica progresiva do proxecto de integración europea, exclusivamente económicos. Os devanditos obxectivos

sustentábanse en dous piares: un *ad intra*, o libre comercio como fundamento das catro liberdades fundamentais de circulación de traballadores, mercadorías, servizos e capitais; e outro *ad extra*, unhas barreiras aduaneiras comúns. Tal despreocupación polos obxectivos sociais, configurada como un «pecado orixinal» ou un «vicio xenético» do Tratado constitutivo da Comunidade Económica Europea (Pérez de los Cobos Orihuel, 1994), xustificouse —e así se reflicte no Informe Spaak, que, de cara á negociación do Tratado constitutivo da Comunidade Económica Europea, foi redactado en 1956 polos ministros de asuntos exteriores dos futuros estados membros— na concepción liberal de que as melloras sociais son consecuencia inmediata do progreso económico, e na decisión política de reservar as políticas sociais á soberanía estatal. Tíñase a crenza —que a evolución posterior, en especial nos últimos tempos, demostrou equivocada— de que o mercado común europeo non interferiría negativamente nas políticas sociais nacionais.

Dentro desa visión economicista, os obxectivos sociais dos tratados fundacionais limitábanse, por un lado, á libre circulación de traballadores —sen abranguer a libre circulación de cidadáns, boa mostra de que a libre circulación de persoas só interesaba do punto de vista económico—; e, polo outro, a determinadas normas sociais preventivas do *dumping* social, como a igualdade de retribucións entre os sexos introducida por instancia de Francia porque, como consideraba a súa normativa ao respecto a máis avanzada, temía a perda de competitividade das súas empresas fronte ás de Alemaña e Italia.

Así é que nunha primeira etapa, de 1957 a 1974, a produción normativa de dereito derivado, en consonancia con eses escasos obxectivos sociais, restrinxíuse aos regulamentos e as directivas sobre a libre circulación de traballadores, eido en que cabe destacar os regulamentos de seguridade social dos migrantes (de 1971 e 1972, sometidos desde aquela a continuas modificacións); e á constitución do chamado Primeiro Fondo Social Europeo (1960-1971), cuxas axudas se destinaban á reconversión industrial, de aí que a maior beneficiaria fose Alemaña, e non, como presumiblemente se puidese pensar dada a súa finalidade social, Italia.

3. A idade de ouro da harmonización social

Durante os anos setenta os métodos de gobernación europeos, até a altura baseados no neofuncionalismo, enriquecéronse, pois irrompeu con forza o intergubernamentalismo a través das reunións informais —sen papeis, sen funcionarios e nun ambiente distendido en que nunca faltaba a boa mesa— dos gobernantes dos estados membros, que estes

mesmos decidiron realizar periodicamente en 1974. Nace así o Consello Europeo –posteriormente institucionalizado–, que se converterá na fonte última da cal emanarán no sucesivo as decisións fundamentais que van marcar até hoxe o devir da Unión Europea.

Baixo este novo impulso á construción europea, prodúcese un cambio de rumbo no social que se manifesta na acción simultánea, creadora de sinerxías, do daquela Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas e da Comisión Europea. O primeiro dita unha sentenza emblemática en materia social, a do coñecido como caso Defrenne, en que se lle recoñece ao principio de igual retribución entre mulleres e homes unha finalidade social, alén da económica de prevención do *dumping* social¹. Trátase do primeiro exemplo senlleiro de como o Tribunal de Xustiza desenvolveu até uns extremos inimaxinables para aqueles que elaboraron os tratados os escasos «oasis de socialidade» (Cruz Villalón e Pérez del Río, 2000) que tales textos contiñan. Pola súa vez, a Comisión Europea aproba en 1974 o Programa de acción social, que inicia unha «idade de ouro da harmonización social» (Pocar, 1988), ao tempo que adopta as directivas sobre despedimentos colectivos (1975); igualdade dos sexos en materia retributiva (1975); igualdade dos sexos no acceso ao emprego, a formación e a promoción profesionais e as condicións de traballo (1976); sucesión de empresas (1977); igualdade dos sexos na seguridade social (1978) e insolvencia empresarial (1980).

Tamén na década dos setenta se reforma o Fondo Social Europeo, que de se destinar a actuacións a posteriori en situacións de crise industrial foi reorientado cara a actuacións de mellora da empregabilidade dos traballadores a través da formación profesional ou de axudas á contratación, e, en particular, de certos colectivos como os formados por traballadores de idade madura, discapacitados ou migrantes.

4. O estancamento social dos primeiros anos oitenta

O avance social iniciado nos anos sesenta paralizouse de 1980 a 1986 debido ao bloqueo británico das políticas thatcheristas. As escasas realizacións sociais durante este período son as directivas sobre igualdade de sexos no emprego autónomo (1985) e na seguridade social privada (1986). Igualmente, aprobáronse diversas directivas sobre saúde laboral de carácter técnico, que fertilizaron o campo para a importante ampliación posterior das directivas de saúde laboral. Por último, o Fondo Social Europeo modificouse en 1983 con vistas a ampliar os beneficiarios das axudas e eliminar rixideces aplicativas.

¹ Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas do 25 de maio de 1971, C-80/70.

A Comisión Europea protagonizou un intento de superar o «ferrollo xurídico» (Cruz Villalón e Pérez del Río, 2000) do veto británico ao fomentar, desde 1985, os contactos informais dos axentes sociais europeos; falamos dos contactos de Val Duchesse, que poden considerarse o xerme da negociación colectiva europea. Porén, era necesaria unha intervención ao máis alto nivel político para superar o devandito ferrollo xurídico, e iso tivo lugar grazas a unha dinámica de consensos políticos –dos cales o Reino Unido se autoexcluíu ás veces– determinantes de tres reformas dos tratados fundacionais: a Acta única europea, o Tratado de Maastricht e o Tratado de Lisboa.

5. A Acta única europea

Nunha política de fuxida cara a adiante para superar as resistencias do Reino Unido e a incerteza da ampliación a España e Portugal, baixo o pulo francés, o Tratado constitutivo da Comunidade Económica Europea modificouse en 1986 por medio da Acta única europea, a cal, no relativo a cuestións sociais, supuxo o seguinte:

a) A posibilidade de acordar as directivas sobre saúde laboral por maioría –e non unanimidade– do Consello de Ministros. Ao abeiro da Acta única europea adoptouse a directiva marco sobre saúde laboral (1989), que posibilitou, debido ás facilidades de aprobación e cun flexible sustento competencial, a adopción de varias directivas sobre saúde laboral, entre as que destacan as directivas sobre saúde laboral de traballadores temporais e de empresas de traballo temporal (1991), protección da maternidade (1992), xornada laboral (1993) e traballadores mozos (1994).

b) A reforma dos fondos estruturais para mellorar a cohesión económica e social. A devandita reforma cristalizou en 1988 cunha definición ampla dos obxectivos e as accións do Fondo Social Europeo, que, con esa amplitude de obxectivos e accións dirixida á mellora das condicións de traballo e vida das persoas traballadoras, se mantivo –con numerosas reformas posteriores– até a actualidade.

c) O recoñecemento do diálogo social europeo, ao se faceren oficiais así os contactos informais de Val Duchesse. No entanto, o recoñecemento do diálogo social europeo non deu froitos significativos porque, aínda que se recoñecía a posibilidade de adoptar acordos, non se aclaraba cal era a súa validez e eficacia no plano xurídico. Algúns acordos daquela alcanzados cinguíronse a orientar a negociación colectiva nacional, sen establecer ningunha sanción por incumprimento.

Igualmente ao abeiro da Acta única europea, e co apoio do Consello Europeo, acomezouse o ambicioso proxecto de elaborar un zócolo comunitario de dereitos sociais, mais a Carta comunitaria de dereitos sociais fundamentais (Estrasburgo, 1989) quedou tan falta de substancia, non só polo seu contido material preñado de ambigüidades, tamén na súa eficacia xurídica, que acabou sendo unha declaración política solemne, e nin sequera así a apoiou o Reino Unido. Non obstante, a Comisión Europea usouna como unha guía do desenvolvemento normativo posterior a través dun programa de acción. De feito, precisamente grazas á inspiración da Carta comunitaria de dereitos sociais fundamentais, prodúcense, como primeiros logros normativos tanxibles, a directiva sobre a obriga dos empresarios de informaren os traballadores de determinadas condicións de traballo (1991) e a directiva de modificación daquela xa existente na altura sobre os despedimentos colectivos (1992).

6. O Tratado de Maastricht

A dinámica de avance na integración a través das reformas dos tratados fundacionais que iniciou a Acta única europea tivo continuación no Tratado de Maastricht (1992), que supuxo importantes cambios nas anteriores cláusulas sociais do Tratado constitutivo da Comunidade Económica Europea. Incluía ademais un protocolo social que fixo posible que, nos anos noventa, se consolidase unha auténtica segunda idade de ouro da harmonización social. Canto aos importantes cambios que mencionamos nas anteriores cláusulas sociais, estes comportaron, dun lado, que se superasen as finalidades económicas da circulación de persoas, o que permitiu a aparición dunha cidadanía europea a través da circulación sen pexas dos nacionais dos estados membros²; e, do outro, que tivese lugar un maior afondamento nos fondos de cohesión, isto como froito da iniciativa política de España. Impediu o veto británico outras disposicións sociais, mais os restantes once países firmaron un protocolo social en que, alén de se ampliar as competencias comunitarias, se potenciou o diálogo social europeo. Isto permitiu a transposición de directivas a través da negociación colectiva, estableceu un deber de consulta dos interlocutores sociais europeos e regulamentou os acordos colectivos europeos.

Grazas a esa potenciación do diálogo social europeo, apróbanse as directivas sobre permiso parental (1996); traballo a tempo parcial (1997); e traballo temporal e xornada

² Así e todo, aínda hoxe non se ditaron os desenvolvementos normativos necesarios para conseguir a equiparación plena da libre circulación de persoas á máis ampla libre circulación de traballadores.

de traballo de traballadores do mar (ambas de 1999), que se limitan a recoller acordos colectivos europeos. Á parte destas, apróbanse as directivas sobre o comité de empresa europeo (1994) e sobre a carga da proba de discriminación sexista (1997); e modifícanse as directivas sobre igualdade dos sexos na seguridade social privada (1996) e sucesión de empresas (1997).

7. O Tratado de Ámsterdam e a Carta comunitaria de dereitos fundamentais

O Tratado de Ámsterdam (1997) continúa con maior intensidade oonsel reformador dos tratados fundacionais iniciado coa Acta única europea e o Tratado de Maastricht. A transformación do Tratado constitutivo da Comunidade Económica Europea no Tratado da Unión Europea, en materia social, supuxo o seguinte: a) a introdución dunha cláusula antidiscriminatoria xeral, que abarca motivos de sexo, de orixe racial ou étnico, relixión ou convicións, discapacidade, idade ou orientación sexual, atribuíndo competencias por unanimidade ao Consello; b) a adhesión no Preámbulo á Carta social europea de 1961 e á Carta comunitaria de dereitos sociais fundamentais de 1989, o que, aínda que non altera su valor programático, si demostra un cambio de tendencia, en especial no Reino Unido; c) a ampliación das competencias en materia social do Parlamento Europeo, por exemplo, en normas sobre seguridade social dos migrantes; d) a coordinación das políticas nacionais de emprego e a creación dun Comité de Emprego; e) a reunificación do dereito social comunitario, ao integrarse no Tratado da Unión Europea o que estaba no Protocolo Social.

Retomando de novo o intento de integrar os dereitos humanos no ordenamento xurídico comunitario, unha Carta comunitaria de dereitos fundamentais (Niza, 2000), que asumiu mellorada a Carta de 1989, tivo, porén, o seu mesmo defecto, a saber, a ineficacia xurídica.

8. Afondamento paralelo na unión económica

Non vaiamos pensar que mentres o dereito comunitario se dotaba dunha embrionaria dimensión social, os aspectos económicos quedaban petrificados. Antes ao contrario, evolucionaron, e –no que aquí nos interesa– dous aspectos desa evolución entraron en conflito cos dereitos sociais recoñecidos nos ordenamentos xurídicos nacionais, o que significou unha alteración da relación que até ese momento se construíra entre o

dereito social e a Unión Europea, segundo a cal a Unión Europea era creadora dun dereito social comunitario. A partir da década dos noventa, xorde outro modo de relación de acordo co cal a Unión Europea tamén é limitadora dos dereitos sociais nacionais.

Un deses aspectos foi o afondamento na libre prestación de servizos, no cal un fito transcendental é a sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas no coñecido como caso Rush Portuguesa³. Na devandita sentenza entendeuse comprendida naquela libre prestación de servizos o dereito das empresas prestatarias de servizos en países –no caso, Francia– diferentes ao da súa sede negocial –no caso, Portugal– a desprazar o seu persoal mantendo a aplicación da lexislación laboral do país de orixe, sempre que se trate dun «desprazamento temporal duns traballadores que van volver ao seu país de orixe tras a conclusión das obras sen acceder en ningún momento ao mercado do estado membro de acollida». Malia que diversos casos posteriores admitiron a adopción de limitacións á libre circulación de servizos sempre que non sexan discriminatorias; estean xustificadas en razóns imperiosas de interese xeral, como a protección dos traballadores; sexan adecuadas para acadar ese obxectivo e non vaian máis alá do necesario para acadalo, desatouse o temor ao *dumping* social, en particular entre os estados membros máis desenvolvidos da Unión Europea. De aí que diversos estados comezasen a introducir restricións para protexer a competitividade das súas empresas (Casas Baamonde, 2001), cun moi evidente risco de dispersión normativa dentro do territorio da Unión Europea.

Apróbase neste contexto a Directiva 96/71/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 16 de decembro de 1996, sobre o desprazamento de traballadores efectuado no marco dunha prestación de servizos transnacional, que garante a aplicación nestes desprazamentos da lei do territorio –*lex loci laboris*– a unhas condicións mínimas de traballo: xornada e vacacións, salarios mínimos, saúde laboral, protección de embarazadas e mozos, igualdade de tratamento e condicións de subministración de man de obra, en particular por parte de empresas de traballo temporal. De condensar nunha frase o que esta norma comunitaria representa, podería afirmarse que supón introducir unha cláusula social no libre comercio que pretenden implantar os tratados comunitarios orixinarios.

O outro daqueles aspectos foi o afondamento na unión económica e monetaria, que, aínda que era un desiderátum común desde as orixes da Comunidade Económica Eu-

³ Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas do 27 de marzo de 1990, C-113/89.

ropea, resultou factible só tras a subscripción do Tratado de Maastricht, ao se dotar as institucións comunitarias dunha competencia exclusiva en materia de política monetaria e –como corolario do anterior, pois unha única moeda loxicamente esixe un alto nivel de converxencia económica– unha competencia de coordinación das políticas económicas dos estados membros que exercen conxuntamente con estes, e que se desenvolve no plano político, excluindo toda harmonización por vía de normas xurídicas.

9. O método aberto de coordinación como novidoso sistema de gobernación europea no novo milenio

Baixo o paraugas dos tratados de Maastricht e Ámsterdam, os métodos tradicionais de integración usados no ámbito da Unión Europea⁴ evolucionaron cara a un novo concepto de gobernación europea que pretende unha maior europeización ben por medio da persuasión (por exemplo, a través de libros brancos), ben por medio da consulta (por exemplo, a través do diálogo social), e moi especialmente por medio da difusión de boas prácticas a través do denominado «método aberto de coordinación», o cal se sustenta nas seguintes premisas:

- a) A subsidiariedade: a coordinación realízase no ámbito comunitario no mínimo imprescindible, deixando o desenvolvemento aos estados membros.
- b) A converxencia: preténdese a homoxeneización nos resultados.
- c) A xestión por obxectivos: facilítase a revisión, así como a transparencia, mediante o escrutinio público.
- d) A vixilancia multilateral: son os propios estados membros os que vixían o cumprimento de cada un deles (revisión polos iguais).
- e) E o enfoque integrado: os obxectivos obedecen á consecución dunha formulación de fondo.

No que aquí nos interesa, o método aberto de coordinación, caracterizado nun principio pola ausencia de sancións, aplicouse no ámbito económico a través das Orientacións xerais para as políticas económicas, e no ámbito social a través das Directrices sobre o emprego. Nos inicios da súa aplicación, coincidentes coa época de bonanza económica

⁴ Neofuncionalismo e intergubernamentalismo con realizacións baseadas na *hard law*: regulamentos e directivas cuxo incumprimento é sancionable xuridicamente.

dos primeiros anos do milenio, esta foi moi suave tanto no económico, pois podemos lembrar a benignidade con que se trataron os déficits excesivos nos primeiros anos de implantación do euro en países tan relevantes como Francia ou Alemaña; como tamén no social, pois as admonicións das institucións europeas dirixíanse a promover a flexiseguridade, fomentar novos xacementos de emprego ou glorificar o modelo danés. Tras a crise, algunhas destas admonicións pasaron xa ao baúl dos recordos.

10. Producción normativa no ámbito social nos primeiros anos do milenio

Cos novos métodos de gobernación europea produciuse un discreto retraemento na tendencia expansiva das directivas de harmonización social que se apreciaba na década dos noventa. Así é que as directivas aprobadas se limitan pola xeral á reforma doutras xa existentes –como a de xornada de traballo en 2000 e en 2003, a de sucesión de empresas en 2001 ou a de insolvencia empresarial en 2002 e en 2008–; ou son de carácter sectorial –como as directivas sobre o tempo de traballo da xente de mar de 1999, do persoal de voo na aviación civil de 2000, do transporte por estrada de 2002, ou de traballadores transfronteirizos do ferrocarril de 2005, algunhas das cales recollen acordos do diálogo social–. Só ocasionalmente se conquistaron novos territorios, como no caso das directivas sobre dereitos de información e consulta dos traballadores (2002), fondos de pensións de emprego (2003) ou prestación de servizos a través de empresas de traballo temporal (2008).

Dentro deste discreto retraemento da *hard law* social, pode situarse un certo abandono da práctica de atribuír vestidura de directiva aos acordos dos negociadores de ámbito europeo, que non é absoluto, pois xa se dixo que algunha das directivas acabadas de citar recolleron acordos do diálogo social, e iso ocorreu tamén coa directiva de reforma do permiso parental de 2010. En calquera caso, de aí que non haxa directivas receptoras do Acordo marco europeo sobre o teletraballo (2002), o Acordo marco europeo sobre o estrés laboral (2004), o Acordo marco europeo sobre acoso e violencia no lugar de traballo (2007) ou o Acordo-guía multisectorial sobre violencia e acoso de terceiros (2010).

Producíronse importantes avances, en contraste e grazas a que o título competencial de actuación comunitaria se desprazou do ámbito laboral a unha cláusula xeral antidiscriminatoria, en relación coa igualdade. Así, ditáronse directivas sobre a discriminación

racial ou étnica e sobre o establecemento dun marco xeral da igualdade de tratamento no emprego e a ocupación, ambas de 2001. No tocante á igualdade de xénero, modificouse a directiva sobre a igualdade dos sexos no acceso ao emprego, a formación e a promoción profesionais e as condicións de traballo (2002); aprobouse unha directiva sobre igualdade no acceso a bens e servizos e a súa subministración (2004); e refundiuse nunha directiva a totalidade das directivas sobre igualdade dos sexos, salvo a relativa á seguridade social pública (2006). Con todo, a produción normativa estancouse, sen que se aprobase a proposta de reforma da directiva de maternidade ou a proposta de directiva sobre participación das mulleres en consellos de administración. Tamén se aprobou unha reforma importante dos regulamentos sobre traballadores migrantes (2004), cuxa entrada en vigor demorou até a aprobación do regulamento de desenvolvemento no ano 2009.

11. Un intento falido de deriva antisocial no eido lexislativo: a Directiva Bolkestein

Simultaneamente aos anteriores avances en normativa social, e coa finalidade de afondar na libre prestación de servizos, presentouse un proxecto de directiva que permitía desprazar traballadores aplicando integramente a lexislación do país de orixe, o cal abría as portas ao *dumping* social e a unha eventual carreira á baixa das condicións de traballo no país de destino: a Directiva Bolkestein, así coñecida polo nome do comisario europeo impulsor do proxecto. É verdade que o texto finalmente aprobado en 2006 abandonou na súa totalidade o principio do país de orixe e deixou indemne a directiva sobre desprazamento temporal de traballadores no marco dunha prestación transnacional de servizos (Directiva 96/71/CE). Ora ben, tamén é verdade que iso obedeceu a unha forte contestación social motivada pola metáfora –empregada na vida política francesa– do «fontaneiro polaco» que, se dicía, podería prestar servizos en Francia sen someterse ás leis de Francia.

A devandita contestación social marcou un fito para tomar en consideración, pois non só era a primeira vez que iso ocorría en relación cunha norma comunitaria e motivaba o abandono do máis esencial do inicialmente proxectado, tamén escenificou o desapego de amplos sectores da cidadanía europea á burocracia comunitaria, influíu decisivamente no rexeitamento de Francia e Holanda ao Proxecto de Constitución europea e sentou a base para outras campañas de contestación.

12. A deriva antisocial maniféstase no ámbito xudicial: as sentenzas dos casos Viking, Laval e Ruffert

a) Segundo a sentenza do coñecido como caso Viking Line⁵, considérase restritiva do libre establecemento unha medida de conflito colectivo emprendida por un sindicato contra a empresa xestora dun buque con pavillón de Finlandia para que aplique un convenio colectivo a unha filial establecida en Estonia. En consecuencia, a súa xustificación esixe unha razón imperiosa de interese xeral, como a protección dos traballadores, á parte de que tal medida debe ser adecuada para atinxir ese obxectivo e non ir alén do necesario para logralo.

v) Segundo a sentenza do caso Laval⁶, considérase restritiva da liberdade de prestación de servizos unha medida de conflito colectivo emprendida por un sindicato contra unha empresa de Letonia que despraza traballadores a Suecia para que mellore as condicións laborais deses traballadores por encima do establecido na Directiva 96/71/CE. A devandita sentenza determinou unha reforma da lexislación sueca que foi denunciada polos sindicatos ante a Comisión de Expertos de Convenios e Recomendacións da Organización Internacional do Traballo e ante o Comité Europeo de Dereitos Sociais (organismo adscrito ao Consello de Europa), organismos que criticaron moi duramente esa reforma e, por derivación, a sentenza.

c) Segundo a sentenza do caso Ruffert⁷, é contrario á liberdade de prestación de servizos esixir legalmente á entidade adxudicadora dun servizo que designe como adxudicatarias empresas que se comprometan por escrito a pagarlles aos seus traballadores como mínimo a retribución prevista no convenio colectivo do lugar da execución.

Os casos Viking e Laval, que impoñían a submisión do dereito de folga ás liberdades de establecemento e prestación de servizos, así como o posterior caso Ruffert, levantaron unha enorme poeira doutrinal, no marco da cal se chamaba a atención sobre o distinto rango que, no dereito comunitario, se lles outorga ás liberdades económicas, que son auténticos dereitos con fundamento directo nos tratados orixinarios, por unha banda; e, pola outra, aos dereitos sociais, que son meros principios, causante dunha «deriva antisocial» da xurisprudencia comunitaria (Loy, 2011).

⁵ Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas do 11 de decembro de 2007, C-438/05.

⁶ Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas do 18 de decembro de 2007, C-341/05.

⁷ Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas do 3 de abril de 2008, C-346/06.

13. O fracaso da Constitución europea e o Tratado de Lisboa

O Tratado polo que se establece unha Constitución para Europa era unha norma de natureza híbrida entre texto internacional e texto constitucional. Foi elaborado pola convención europea que se iniciou en decembro de 2001 e remataría en xullo de 2003, adoptado por unha conferencia intergubernamental dos vinte e cinco estados membros nese último ano, e asinado solemnemente o 29 de outubro de 2004 no Capitolio de Roma. A súa entrada en vigor dependía das ratificacións –parlamentarias ou en referendo, de acordo coa opción de cada estado membro– dos estados asinantes, polo que o seu rexeitamento en Francia e Holanda impediu que chegase a entrar en vigor, malia ser aprobado no referendo que tivo lugar en España. Con todo, os elementos centrais deste tratado foron recollidos no Tratado de Lisboa (2008), que desdobrou os instrumentos convencionais do dereito orixinario comunitario no Tratado da Unión Europea e o Tratado de funcionamento da Unión Europea.

De todas as disposicións do Tratado de Lisboa, a máis transcendental no aspecto social –e tamén no político– foi sen dúbida o recoñecemento do mesmo valor xurídico de que gozan os tratados orixinarios á Carta comunitaria de dereitos fundamentais de 2000, que consta de cincuenta e catro artigos divididos en sete capítulos: o primeiro sobre a dignidade humana; o segundo sobre as liberdades; o terceiro sobre igualdade; o cuarto sobre solidariedade; o quinto sobre a cidadanía; o sexto sobre a xustiza, e o sétimo sobre disposicións xerais. Non supón ningunha ampliación das competencias da Unión Europea, pois os dereitos recoñecidos son os previamente recollidos noutras normas comunitarias sen alterar o seu alcance, pero si se eleva o rango dos establecidos en regulamentos e directivas a dereito orixinario.

Por conseguinte, os dereitos sociais que se presentan en especial no capítulo cuarto –sobre solidariedade–, e entre os cales se encontran os dereitos á información e consulta dos traballadores na empresa; a negociación e acción colectiva; o acceso a servizos de colocación; a protección fronte ao despedimento inxustificado e unhas condicións de traballo xustas e equitativas; a prohibición do traballo infantil; a protección dos mozos no traballo; a conciliación de vida familiar e profesional; a seguridade e axuda social, e a protección da saúde, aínda que se recoñecen nos mesmos termos en que figuraban en normas orixinarias ou derivadas, xa contan co mesmo valor xurídico orixinario que as liberdades económicas.

14. O dereito paralelo de corrección do déficit e a súa influencia sobre os dereitos sociais nacionais

Apenas houbo tempo para lle trasladar á cidadanía europea as vantaxes do Tratado de Lisboa, dada a chegada en 2008 da crise económica, e moi especialmente da crise da débeda soberana que afectou intensamente aos países do euro menos desenvolvidos (Grecia, Portugal, Irlanda, España). Isto obrigou a unha maior esixencia na disciplina económica que apenas aparecía desenvolvida, desde os Tratados de Maastricht e Ámsterdam, primeiro no Tratado constitutivo da Comunidade Económica Europea, logo no Tratado da Unión Europea e –xa desde Lisboa– no artigo 126 do Tratado de funcionamento da Unión Europea e no Protocolo 12 sobre o procedemento aplicable en caso de déficit excesivo. Iso, coa finalidade de dotar de maior eficacia vinculante a gobernación económica europea, o que se conseguiu:

- a) ben a través de mecanismos de xestión da crise financeira, que foron implantados por tratados internacionais subscritos polos estados membros integrados no euro, paralelos ao dereito da Unión Europea, como o Tratado de estabilidade, coordinación e gobernación da Unión Económica e Monetaria de 2011 e o Mecanismo europeo de estabilidade de 2012;
- b) ben a través de reformas do propio dereito da Unión Europea, o que deu lugar a un conxunto de medidas contidas en regulamentos e directivas coñecido como *six pack*, instaurado en 2012, e, coa finalidade de mellorar a súa aplicación a través de máis medidas, ao *two pack* de 2014.

Deste modo, implantouse desde 2011 o chamado «semestre europeo», que, utilizando o método aberto de coordinación cristalizado nas máis arriba mencionadas Orientacións xerais para as políticas económicas, serve de canal para, cada vez máis detalladamente, dirixir recomendacións aos estados membros. En principio trátase de recomendacións e só de carácter económico, mais baixo a ameaza de maiores doses de supervisión derivadas de pedimentos de rescate –o que se coñece popularmente como «os homes de negro»–, funcionan na práctica como máis que suxestións; e malia o seu carácter en principio só económico, inflúen intensamente no nivel nacional recoñecido aos dereitos sociais, en particular na contía dos salarios mínimos e o sistema de pensións públicas (Martínez Yáñez, 2015).

15. Os tratados de comercio negociados pola Unión Europea

Se a política de corrección do déficit xerou unha importante contestación pública pola restrición dos dereitos sociais que comportaba –en especial, en Grecia–, non menos oposición, polas mesmas razóns e máis estendida xeograficamente, motivaron as negociacións de tratados de libre comercio que non se limitan só á redución de aranceis –como ocorre cos tratados clásicos de libre comercio– e que, por iso, son cualificados de «tratados de nova xeración» (Guamán Hernández, 2015), como o Acordo transatlántico para o comercio e o investimento cos Estados Unidos (TTIP) ou o Acordo integral de economía e comercio co Canadá (CETA). Unha importante contestación pública que determinou que a negociación do primeiro se estancase –e acaso non se retome, á vista do programa electoral do presidente Trump– e que o segundo se aprobase, despois do veto do Parlamento valón, para entrar en vigor provisionalmente e cunhas moi importantes matizacións.

O Acordo integral de economía e comercio co Canadá, que tomaremos como modelo para esta aproximación, tanto porque xa está aprobado como porque foi postulado como o tratado modelo para outras negociacións da Unión Europea, susténtase nestes tres piares:

- a) O recoñecemento da libre prestación de servizos no seu modo máis incisivo, o chamado modo 4 no Acordo xeral sobre o comercio de servizos (GATS), pois neste acordo prevense catro formas de libre prestación de servizos, a saber: o comercio transfronteirizo; a compra no estranxeiro; o establecemento comercial; e, por último, o desprazamento de persoas físicas, que é propiamente o chamado modo 4. Se ben se mira, puidese supoñer o retorno do «fontaneiro polaco» e os aspectos máis liberais da Directiva Bolkestein, precisamente aqueles que non pasaron ao texto ao final aprobado dada a contestación que orixinou na opinión pública europea.
- b) A eliminación das chamadas barreiras non arancelarias, que derivan dos custos impostos polas regulacións e a burocracia, o cal en principio soaría razoable se non fose polo temor de que os dereitos sociais e medioambientais poidan chegar a ser considerados como indesexables barreiras deste tipo. O certo é que a xurisprudencia dos casos Viking, Laval e Ruffert permite racionalmente que se manteñan certas susceptibilidades ao respecto.
- c) A creación dun sistema de arbitraje internacional estado-investidor (ISDS) a que os investidores internacionais poden acudir, eludindo as xurisdicións nacionais, para reclamar indemnizacións ao estado parte que introduza limitacións á libre prestación de servizos, en particular no modo 4, ou impoña barreiras non arancelarias. Isto pode

debuxar un escenario que –de se levaren as normas ás súas consecuencias máis extremas– determinaría que os estados parte tivesen que indemnizar cuantiosamente os investidores estranxeiros pola mellora de dereitos sociais.

Certamente, a Unión Europea, ante a oposición xeneralizada ao Acordo integral de economía e comercio co Canadá, introduciu nel matizacións importantes co obxecto de reforzar as cláusulas sociais e medioambientais que evitan os aspectos máis negativos do modo 4 e impiden a catalogación dos dereitos sociais e medioambientais como barreiras non arancelarias, dun lado; e, do outro, de intentar previr abusos do sistema de arbitraje internacional estado-investidor⁸. Dado que, como se dixo, este acordo se aplicará nun primeiro momento só de maneira provisional –o que implica a demora na implantación do mencionado sistema de arbitraje–, teremos a ocasión de comprobar se tales matizacións son suficientes para que se produza un desenvolvemento harmónico do libre comercio e os dereitos sociais.

16. Algúns sinais normativos e xudiciais de recuperación da dimensión social da Unión Europea

O 15 de xullo de 2014 o presidente da Comisión Europea, Jean-Claude Juncker, publicou unha axenda social⁹ na cal se formula –no que aquí interesa– a creación dun piar de dereitos sociais e a revisión á alza da tan manida Directiva 96/71/CE, de xeito que a Unión Europea volva ser creadora de dereito social comunitario, e non límite de dereitos sociais nacionais. En concreto, respecto á Directiva 96/71/CE, hai dous acontecementos que cómpre salientar, un normativo e outro xudicial, que dá un novo exemplo de como sempre a actuación do Tribunal de Xustiza se acompasa coa política da Unión Europea.

O caso *Sähköalojen* é o dunha empresa polaca de electricidade que despraza a 186 traballadores a Finlandia para a electrificación dunha central nuclear, en que os tra-

⁸ Por exemplo, para previr a práctica de instalar unha filial sen radicación material nun estado parte coa finalidade de demandar a este por incumprimento do Acordo, materia en que se establecen con certo detalle as regras de compatibilidade do sistema de arbitraje coas xurisdicións nacionais; garantir a imparcialidade dos árbitros ou suxeitar os procedementos arbitrais ás regras da Comisión das Nacións Unidas para o Dereito Mercantil Internacional, en particular sobre a publicidade das sesións.

⁹ O documento, co título *Un novo comezo para Europa: a miña axenda en materia de emprego, crecemento, equidade e cambio democrático. Orientacións políticas para a próxima Comisión Europea*, pode consultarse na súa versión en inglés na seguinte ligazón: <<https://bit.ly/2tGd9Um>>.

balladores ceden os seus dereitos a reclamar o salario mínimo recollido na Directiva 96/71/CE a un sindicato finés (o que dá nome ao caso). O Tribunal de Xustiza da Unión Europea decide, dun lado, que o sindicato está lexitimado para reclamar nos termos da Directiva 96/71/CE, sen que sexa relevante que a cesión de dereitos estea prohibida en Polonia; e, do outro, que o concepto de salario mínimo a que se alude na Directiva 96/71/CE comprende a aplicación do convenio colectivo do estado de acollida sempre que as súas regras sexan vinculantes e transparentes, a indemnización diaria por desprazamento, o complemento por traxecto de máis dunha hora –dado que a empresa lles facilitou aos traballadores desprazados un aloxamento a máis dunha hora da central nuclear–, e as vacacións retribuídas; só excluíu o aloxamento e os cheques restaurante¹⁰.

A devandita sentenza, moi ben recibida polos sindicatos europeos, tivo continuación na do caso *Regio Post*, que, malia que contén algunha referencia á Directiva 96/71/CE, se refire maiormente á directiva sobre coordinación dos procedementos de adxudicación de contratos públicos. Neste caso o Tribunal de Xustiza da Unión Europea atribúelle validez á imposición á empresa adxudicataria dun servizo público –o de correos do Concello alemán de Landau– da obriga de aboar unha salario mínimo aos traballadores desprazados. A diferenza co caso *Rüffert* explícase, segundo as argumentacións do Tribunal, en que naquel caso o salario imposto érao nun convenio colectivo do sector da construción, non afectaba a contratos privados e non era de aplicación xeral, mentres que neste caso se trata dun salario mínimo establecido nunha disposición legal imperativa de protección mínima dos salarios¹¹.

Certamente, o Tribunal de Xustiza da Unión Europea aínda non tivo ocasión de graduar as sentenzas dos casos *Viking* e *Laval*, mais presumiblemente debería matizalas unha vez que o Tratado de Lisboa –inaplicable aos feitos destas sentenzas– recoñeceu o valor xurídico normativo da Carta dos dereitos fundamentais da Unión Europea, entre os cales se recoñecen de maneira expresa os dereitos de negociación e acción colectiva.

Mentres o Tribunal de Xustiza da Unión Europea ditaba estas novas sentenzas, a Comisión Europea presentou unha Proposta de modificación da Directiva 96/71/CE que, en resumida esencia, supón establecer en vinte e catro meses o tempo máximo para conceptuar o desprazamento temporal de traballadores no marco dunha prestación

¹⁰ Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea do 12 de febreiro de 2015, C-396/13.

¹¹ Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea do 17 de novembro de 2015, C-115/14.

transnacional de servizos¹²; e tamén substituír a referencia ao salario mínimo pola retribución como condicións de traballo do país de destino que deben ser respectadas. Contra esta proposta os países do leste e centro oriental de Europa exercitaron o chamado procedemento de tarxeta amarela instaurado no Tratado de Lisboa, que a estas alturas xa foi resolto no sentido de que a Proposta é perfectamente lícita, malia que aínda non foi aprobada como directiva. Pola súa vez, España aliñouse con Austria, Alemaña, Bélxica, Francia, Holanda, Luxemburgo ou Suecia a favor da Proposta. Cómpre lembrarmos que, cando se aprobou en 1996, a Directiva 96/71/CE formulaba certas resistencias en España, pois era un país cuxas empresas poderían aproveitarse das vantaxes competitivas da libre circulación de servizos. Na actualidade, após a integración na Unión Europea dos países do leste e centro oriental de Europa, o noso estado ten, ao contrario, un claro interese na ampliación da cláusula social que supón a Directiva 96/71/CE. Así o demostra a problemática, que tivo como consecuencia a promesa governamental de actuar con contundencia, das empresas só con caixa de correo¹³ no sector dos transportes.

Non é doado vaticinar o futuro, mais os anteriores son sinais normativos e xudiciais de que a relación entre o dereito social e a Unión Europea tende a recuperar o seu significado tradicional, en que a Unión Europea era creadora dun dereito social comunitario que permitía que os dereitos sociais nacionais avanzasen. Para isto traballaron moi duro moitas persoas das xeracións previas, como demostra a creación dun espazo europeo de paz e progreso económico, e a importante produción normativa social a que aludimos ao longo do estudo, desafortunadamente na súa práctica totalidade anterior á crise económica. Aínda que mesmo así os seus froitos desde a perspectiva da erradicación da precariedade laboral seguen producíndose, como se comproba co recente caso de Diego Porras¹⁴, que debe supoñer unha volta na regulación do traballo temporal, ou,

¹² Concorde co tempo establecido nos regulamentos sobre traballadores migrantes para que estes sexan considerados como tales. Créase así un criterio para distinguir os traballadores desprazados suxeitos á lexislación do seu país de orixe, sen prexuízo do establecido na Directiva 96/71/CE, dos traballadores migrantes suxeitos á lexislación do país de destino.

¹³ Unha empresa só con caixa de correo é aquela creada nun país con menores condicións laborais –polo xeral en países do leste e centro oriental de Europa, singularmente en Romanía– por unha empresa doutro país da Unión Europea con estándares laborais máis elevados, en exercicio do dereito ao libre establecemento, sen ningún tipo de infraestrutura á parte dun enderezo de correo postal. Desde o país en que se establece a empresa volve exercer a libre circulación na súa modalidade de libre prestación de servizos –trátase dunha dobre transnacionalidade–, polo que compite no país de orixe coas empresas nel radicadas, mentres os seus traballadores se suxeitan ás condicións salariais da lexislación do país de que se trate.

¹⁴ Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea do 14 de setembro de 2016, C-596/14.

por citar algún outro, o caso Elbal Moreno¹⁵, que supuxo unha volta na regulación do traballo a tempo parcial.

Acontecementos como o fracaso da Constitución europea e a contestación á Directiva Bolkestein, ao Acordo integral de economía e comercio co Canadá e ao Acordo transatlántico para o comercio e o investimento, así como ultimamente o Brexit, demostran unha desafección cidadá ao proxecto europeo cuxa solución debería pasar por un retorno á dimensión social comunitaria para conseguir un progreso social harmónico co progreso económico. De que a Unión Europea volva ser creadora dun dereito social comunitario que permita avanzar os dereitos sociais nacionais, e deixe de ser destrutora destes, depende o seu futuro. E é que a Unión Europea será social ou probablemente non será.

Referencias bibliográficas

- CASAS BAAMONDE, M. E. (2001) *Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo*. Madrid, Civitas.
- COLINA ROBLEDO, M.; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. e SALA FRANCO, T. (1995) *Derecho social comunitario*. Valencia, Tirant Lo Blanch.
- CRUZ VILLALÓN, J. e PÉREZ DEL RÍO, T. (coords.) (2000) *Una aproximación al derecho social comunitario*. Madrid, Tecnos.
- GOERLICH PESET, J. M.^a (dir.) (2011) *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia. Un estudio de las relaciones entre el ordenamiento laboral y la disciplina de mercado*. Madrid, Consello Económico e Social.
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. (2015) *TTIP: el asalto de las multinacionales a la democracia*. Madrid, Akal.
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. e NOGUERA FERNÁNDEZ, A. (2014) *Derechos sociales, integración económica y medidas de austeridad: la UE contra el constitucionalismo social*. Albacete, Bomarzo.
- LOY, G. (2011) «La tendencia antisocial de la Unión Europea» *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 131, pp. 625-656.
- MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. (2015) «La intromisión de la gobernanza económica europea en la negociación colectiva salarial y los sistemas públicos de pensiones» *Revista de Trabajo y Seguridad Social del Centro de Estudios Financieros* 389-390, pp. 13-60.
- MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J. M.^a e SEMPERE NAVARRO, A. V. (1994) *Derecho*

¹⁵ Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea do 22 de novembro de 2012, C-385/11.

social europeo. Madrid, Tecnos.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (1994) *El derecho social comunitario en el Tratado de la Unión Europea*. Madrid, Civitas.

POCAR, F. (1988) *Derecho comunitario del trabajo*. Madrid, Civitas.