

Unión Europea: El Derecho Civil contra el Derecho Salarial

Anne Dufresne
Corinne Gobin

I. Contextualización:

Análisis sintético de las sentencias del Tribunal de justicia (Viking y Laval).

Estas dos sentencias¹ han sido dictadas por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo casi al mismo tiempo: el caso 1 (Viking) el 11 de diciembre de 2007, el caso 2 (Laval) el 17 de diciembre de 2007. Los términos generales del conflicto que el Tribunal examina son dos: se trata de aclarar la jerarquía de las normas entre el derecho europeo y el derecho nacional, así como entre el derecho a la competencia y el derecho social. El Tribunal va a considerar como normal el establecer una posición de principio en casos de conflictos sociales colectivos: actitud banal desde el punto de vista de un conflicto comercial dentro de jurisdic-

Recibido: 15/09/10 - Aceptado: 15/10/10

Corinne Gobin: L'Université libre de Bruxelles (1997); maître de recherche au FRS-FNRS (Fonds de la recherche scientifique) à L'Université libre de Bruxelles. Faculté de philosophie et lettres.

Anne Dufresne: Du programme intégré CAPRIGHT: PCRDT (programme cadre de recherche et développement technologique). Ecole normale supérieure (ENS), Institutions et dynamiques historiques de l'économie (IDHE), Cachan, France. Problématique générale de la recherche: la relation entre emploi et protection sociale.

1 Otras dos sentencias son esenciales: la sentencia Rüffert (3/4/08) y la sentencia Luxemburgo (18/6/08). Volveremos a mencionarlas en el desarrollo de este trabajo. Las dos sentencias examinadas en esta parte (sentencia Viking, aff. C-438/05 y sentencia Laval, aff. C-341/05) se aplican también al alcance de los convenios colectivos nacionales y a la validez del contenido específico de cada sistema nacional de relaciones colectivas. Luego veremos algo más al respecto.

ciones del derecho civil; actitud más compleja desde el punto de vista de los derechos sociales fundamentales. Pero debemos recordar que el sistema judicial europeo no posee una cámara especial para tratar asuntos de relaciones laborales. En el caso de Bélgica, las jurisdicciones especializadas en las relaciones laborales se niegan a opinar en los casos de conflictos colectivos, porque consideran que esta dimensión, protegida por convenciones internacionales, está más allá de su ámbito. Solamente se examinan los conflictos de tipo individual.

A partir de entonces las decisiones del Tribunal van a ser adoptadas utilizando un doble prisma de percepción: el derecho europeo prima sobre toda otra norma nacional e internacional²; dado que la columna vertebral jurídica de la UE es el derecho a la competencia, si cualquier otro sistema de derecho entra en conflicto con los principios fundamentales de la competencia, es este último sistema de derecho el que prima. Retomando las categorías analíticas de Max Weber, todo ocurre como si el derecho a la competencia fuera pensado como si fuera el sistema global de la formalización del racionalismo jurídico (derecho racional-formal) contra una visión pensada como «inferior», porque retendría en su análisis valores presentados como “materiales” (derecho racional-material). Esta modalidad de construcción del pensamiento jurídico, próxima a una percepción kelseniana, termina en los hechos por hacer del derecho a la competencia un derecho de tipo natural, pero disfrazado de un formalismo aparente. Teniendo en cuenta estos elementos de análisis, vamos a repasar ahora los elementos decisivos considerados en estas dos sentencias del Tribunal.

En la primera sentencia se enfrentan un derecho a la acción colectiva de dimensión transnacional (es decir la huelga) con un derecho a la libertad de prestación de servicios en el transporte marítimo. El caso se sitúa en Finlandia, y las partes en conflicto son por un lado una compañía finlandesa de transporte marítimo y por otra parte un sindicato finlandés de marinos. El sindicato tuvo que enfrentar una práctica patronal de tentativa de dumping social: la compañía Viking deseaba cambiar de bandera para contratar marinos estonios o noruegos, cuyos convenios colectivos nacionales eran más bajos en cuanto a lo salarial. El sindicato finlandés, con la ayuda de la internacional sindical de su sector, la ITF, organiza el rechazo de aceptar, por parte de los otros sindicatos de marinos de los países vecinos, la negociación de nuevos acuerdos colectivos con la compañía en cuestión, y trata de obligar a esta última a aplicar las condiciones salariales definidas por el convenio colectivo finlandés a marinos no finlandeses que pudieran eventualmente ser contratados. Se

2 Ver sentencia Costa/ENEL del Tribunal de justicia del 15 de julio 1964, aff. C.6/64 para la primacía del derecho europeo sobre toda regla nacional; ver sentencia Stoeckel, CJCE, 25 de julio 1981, aff. C-345/89 para la primacía europea sobre la norma social internacional.

lanza una amenaza de huelga transnacional si la compañía no aceptara las posiciones sindicales.

El tribunal va a analizar entonces el equilibrio que se debe establecer entre el derecho a la libre prestación de servicios y el derecho a la acción colectiva. En el primer caso se trata de ver si el recurso a la amenaza de huelga, y no una huelga constituida, puede ya ser percibido como un elemento inaceptable de restricción de la libre prestación de servicios. El Tribunal va a otorgar al juez nacional un derecho al examen y al juicio sobre las acciones colectivas para evaluar cuáles serían legítimas y cuáles no lo serían. Considera así, que solamente una razón imperiosa de interés general puede justificar restricciones a la libre prestación de servicios. La defensa para la protección del empleo podría ser considerada así, pero solamente si se puede demostrar que los puestos de trabajo estaban seriamente amenazados, que las acciones colectivas realizadas serían totalmente aptas para garantizar esa protección y que no iban más allá de lo que era necesario para asegurar dicha protección. La evaluación también debe referirse a verificar si no había otros medios de negociación que se pudieran emplear, menos restrictivos que aquellos utilizados, y si todos estos medios habían sido agotados previamente por el sindicato.

La sentencia trastorna así las bases mismas del derecho social, que consiste en hacer primar las disposiciones colectivas imperativas sobre los intereses privados particulares debido al reconocimiento de una diferencia entre las partes presentes: una parte subordinada por el contrato de trabajo y una parte libre. Aquí, por el contrario, los trabajadores deben demostrar el fundamento de sus acciones, y los empleadores ven que el principio de su libertad de prestación de servicios es reconocido como legítimo, sin tener que dar explicaciones. De esta posición se desprende una clara asimetría: el derecho a la competencia es un derecho comunitario pleno, plenamente protegido, el derecho social es un derecho bastardo que navega entre el derecho nacional y el derecho comunitario y que a partir de allí debe ser doblemente examinado en cuanto a su legitimidad: a través del lente de la legislación nacional en cuanto al derecho de huelga y a través de los principios fundamentales del tratado de la Unión Europea.

El caso 2 se desarrolla en Suecia, oponiendo una empresa letona de construcción y varios sindicatos suecos de este sector. Frente a la voluntad del empleador letón de enviar trabajadores letones a una obra en construcción sueca, sin respetar las cláusulas salariales del convenio colectivo sectorial sueco, porque aplica un convenio colectivo letón con condiciones salariales inferiores, los sindicatos inician varias acciones colectivas: bloqueo de la obra con piquetes de huelguistas, boicot por parte del sindicato del sector electricidad de la entrega de materiales

eléctricos suecos a la obra en cuestión, seguidos por un boicot general a todas las obras que esta empresa tiene en Suecia.

Además de los argumentos desarrollados en el caso 1, el Tribunal responde que los casos de restricción a la libre prestación de servicios deben buscar un objetivo legítimo, compatible con el tratado. La protección de los trabajadores contra las acciones de dumping social pueden ser legítimas, pero no en este caso, porque solamente las disposiciones aplicables por el derecho europeo dentro de la directiva **Sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios** de 1996 pueden ser enfrentadas a un empleador que recluta trabajadores en otro Estado. Ahora bien, las huelgas examinadas se basan en el principio de imponer condiciones de salario y trabajo a partir de un convenio colectivo sueco, que no tiene un alcance de aplicación general, lo cual es incompatible con la directiva de 1996. Se consideran entonces estas acciones como limitaciones abusivas, que impiden al empleador disponer de su derecho a la libre prestación de servicios. En este caso, la directiva “reclutamiento de trabajadores” parece volverse, dado el contexto de transnacionalización de la actividad económica, el elemento del derecho comunitario central que define por sí solo el derecho social realmente aplicable de cara a la libre circulación económica, una especie de código del trabajo europeo por sí mismo, mientras que consagra la idea del respeto de una base nacional pero limitada a reglas mínimas generales en un cierto número de materias que están ellas mismas limitadas.³

En suma, después de estas dos sentencias nos encontramos ante dos ejemplos, en casos de acción colectiva que tienen una dimensión transnacional:

- sea que la acción se desarrolla dentro de un mismo país entre dos partes de la misma nacionalidad, en la que el empleador opera una tentativa de deslocalización. La huelga es entonces legítima únicamente si los puestos de trabajo están realmente amenazados, si el sindicato recorrió previamente toda una cadena de otras medidas menos restrictivas de la libertad de circulación, si la huelga es un medio apto para garantizar el resultado buscado y si no es desproporcionada con respecto al objetivo;
- sea que la acción se desarrolla entre un empleador que hace venir trabajadores extranjeros a un país de acogida, y los sindicatos de di-

3 a) Los períodos máximos de trabajo y los períodos máximos de descanso; b) la duración mínima de las licencias anuales pagas; c) los montos de salario mínimo, incluidos aquellos mejorados por las horas extras; este punto no se aplica a los regímenes complementarios de jubilación profesional; d) las condiciones de puesta a disposición de los trabajadores, especialmente en las empresas con trabajo interino; e) la seguridad, la salud y la higiene en el trabajo; f) las medidas de protección aplicables a las condiciones del trabajo, y acerca del trabajo de mujeres embarazadas o que acaban de dar a luz, de los niños y de los jóvenes; g) la igualdad de tratamiento de hombres y mujeres así como otras disposiciones en materia de no discriminación.

cho país. La huelga es legítima solamente si busca que se hagan respetar las reglas mínimas contenidas bajo la directiva “reclutamiento de trabajadores”.

Lo menos que se puede decir de esta asimetría creada entre el derecho a la competencia, considerado como auténticamente europeo y de pleno derecho, y el derecho sindical considerado como subalterno y puesto bajo examen (investigación por parte del Tribunal de sus límites nacionales, internacionales y comunitarios), es que hace difícil para el movimiento sindical volver a crear una relación de fuerzas que le sea aunque sea un poco favorable, frente a todo el poder conferido al empleador.

II. Demostración

1. Las ideologías dominantes en el seno de la UE: la fusión del liberalismo económico y del buen gobierno o gobernancia tecnocrática.

Si se habla de neo-liberalismo (neo en el sentido de retorno), es en referencia a la voluntad de purificar el liberalismo económico, haciéndole reencontrar toda la fuerza de la que disponía en el siglo XIX en los países europeos industrializados. El liberalismo económico es la doctrina del “dejar hacer, dejar pasar” que le otorga una libertad casi total al propietario del capital en la esfera económica. Este posicionamiento político no ha sido aprehendido como tal, sino que es vivido como reproduciendo simplemente en la economía leyes pensadas como naturales. Charles de Brouckère, gran adepto belga de esta doctrina, exclama en una de sus intervenciones parlamentarias en 1851: «Uno de nuestros colegas me ha honrado con el nombre de representante del dejar pasar y del dejar hacer. Les confieso que me siento sumamente halagado por esta calificación, y creo que el honorable miembro no comprendió el alcance de sus palabras. Los ediles o los amigos del dejar pasar y del dejar hacer son los economistas; y los detractores apasionados del dejar pasar y del dejar hacer son no solamente socialistas, sino inclusive comunistas... (...) Pues bien, dejar hacer y dejar pasar es justamente la consagración del derecho de propiedad, que es el objetivo de toda sociedad y la base de toda riqueza.⁴»

Este retorno a los orígenes constituye la base del proyecto del gran mercado interior que sería aplicado por la Comunidad Europea a partir de 1985. El programa era simple: suprimir los obstáculos de todo tipo para liberar la iniciativa privada de los propietarios del capital. Las libertades comerciales son planteadas como libertades fundamentales. Este cambio es pensado como una “evolución natural”: transnacionali-

4 Citado por B. Chlepner, in *Cent ans d'histoire sociale en Belgique*, Ed. de la Universidad de Bruselas, 1972, p. 31.

zar la economía y privatizarla sería simplemente adaptarse al curso natural de los acontecimientos.

Esta consagración de la libertad del propietario ha sido codificada en los códigos civiles. El Derecho Civil se transforma en la matriz jurídica que permite imponer la visión liberal al conjunto de las relaciones sociales, entre las cuales están las relaciones de trabajo. La relación “mágica” que esta ideología mantiene con la economía (fantasma de la mano invisible, fantasma de un mercado como fuerza natural capaz de auto-regularse si se le libera de todo impedimento...), se transfiere así a la escala del campo del trabajo, por medio de la imposición de un contrato de trabajo “civilista”. El contrato de “alquiler de servicios” está atravesado de punta a punta por el mito liberal: contrato entre dos partes iguales que intercambian servicios con total autonomía. El retorno de esta ideología a fines del siglo XX choca evidentemente en forma total con la tradición de la intervención del Estado en la economía, fruto de las transformaciones acarreadas por otras ideologías a lo largo de todo el siglo XX. Para el liberalismo económico, el Estado debe reducirse a un poder con derecho de regalía: mantener el orden pero también favorecer y apoyar el desarrollo de la iniciativa privada.

A partir de ese momento, luego de haber proclamado el retorno al liberalismo económico como programa de transformación radical de las sociedades, la Comunidad Europea, y poco después la Unión, adherirá, más allá de la eliminación o de la reducción de lo que será visto como “traba”, a una nueva teorización de lo que debe ser el poder político. El resultado de esta tarea llevará a la presentación en 2001 de un libro blanco sobre la gobernanza europea⁵. Este nuevo poder, pensado como adaptado a la transnacionalización “natural” de la economía, se presenta como una red que busca reunir múltiples “socios participantes”, todos iguales, dentro de una voluntad de fusión de las antiguas fronteras que fueran definidas entre poderes públicos y empresarios privados, poderes civiles y poderes religiosos, poderes regionales y poderes supra-regionales, asociaciones económicas y asociaciones sindicales, lobbies económicos y organizaciones asociativas. Esta red representaría la garantía de un régimen calificado como pluralista. Este, sin embargo, es inmediatamente concebido como un sistema de pluralismo comunitario, porque se trata de hacer que esta diversidad de actores esté profundamente unida alrededor de los mismos valores, formando así una comunidad “natural”. Efectivamente, los valores de esta comunidad se encuentran en la base de la creencia en el liberalismo económico. Como son “naturales”, son racionales. Por lo tanto sería a partir de entonces inconcebi-

5 Com (2001) 428 final del 25 de julio 2001. Ver sobre el análisis lexicológico de este término, Corinne Gobin, «Gouvernance» (Gobernanza, buen gobierno) in *Les Nouveaux Mots du pouvoir. Abécédaire critique*, Pascal Durand (bajo la dirección de), Éditions Aden, Bruxelles, 2007

ble que cualquier persona sensata no los aceptara. Este sistema desemboca así en la exaltación del consenso como actitud política normal y racional. Los conflictos y las tensiones, en este sistema, solamente pueden ser pasajeros porque son considerados como malentendidos que se deben resolver rápidamente, al retomar un razonamiento racional, de “buen padre de familia”, aceptando las dificultades inevitables que imponen las leyes del mercado. Esta “gobernanza” se alimenta exclusivamente del análisis de expertos, reconocidos como siendo los más adecuados en cuanto al conocimiento de las leyes económicas naturales. Esto refuerza aún más este consenso obligatorio, en que los profanos deben seguir los consejos de expertos consagrados que son, ellos sí, los únicos que saben. Como este universo está despolitizado, la dinámica mayor de poder de esta gobernanza o buen gobierno, está centrada en el trabajo de expertos percibidos como técnicos, que buscan elaborar, no leyes sometidas a debates, sino normas técnicas (indicadores), poco discutibles, al ser las que tienen más posibilidad de colarse dentro de los ritmos naturales de la economía.

Este universo representa un giro de 180° respecto al imaginario democrático, en el que la política era concebida no como una experticia sino como debe ser, un espacio social del que todos se debían apropiar, con un poder colocado permanentemente bajo tensión por una sucesión de controles y de contra-poderes institucionales, sobre la base de la separación bien clara entre competencia/interés privado y competencia/interés público por un lado, y poderes ejecutivos, parlamentarios y judiciales por otro.

2. La transformación del imaginario de las relaciones profesionales: el diálogo social inter-profesional y sectorial

La ideología de la gobernanza tecnocrática y la ideología del liberalismo económico, particularmente marcadas a escala de la Unión Europea (UE), han transformado profundamente el imaginario de lo que puede ser un sistema de relaciones profesionales tal como el que pudo existir después de la segunda guerra mundial en la mayoría de los países de Europa occidental.

Un repaso de la historia del Derecho Social y el reconocimiento del conflicto que implica, permiten comprender como esta transformación reciente con respecto a las relaciones profesionales “consensuadas” constituye una vuelta atrás increíble. Efectivamente, la visión del liberalismo económico del siglo XIX presentaba el contrato de alquiler de servicios como un acuerdo privado entre dos personas iguales, sin reglas colectivas que las protegieran. Es recién con el nacimiento del Derecho Social, a fines del XIX, que se va a consagrar la relación entre empleador y trabajador como una relación asimétrica, opuesta a la ficción de la libertad e igualdad de las dos partes. El Derecho Laboral integra enton-

ces la noción de conflicto, al imponer la realidad de la subordinación en el contrato de trabajo y al definirla jurídicamente. El hecho de reconocer esta situación asimétrica en la relación laboral, es también reconocer como legítimas las medidas de defensa colectiva, puestas en práctica para un reequilibrio: la ley, el reconocimiento del sindicato y la creación de un sistema de relaciones colectivas. Dentro de esta lógica del derecho social, la huelga cambia también de naturaleza sobre fines del siglo XIX hay un cambio en cuanto a la naturaleza de la huelga. Ya no es una falta por incumplimiento del contrato de trabajo por una de las partes (punto de vista del Derecho Civil), sino un verdadero derecho basado en un orden jurídicamente específico: el del Código Laboral. El poder de la huelga para modificar la relación de fuerzas, forma así parte constitutiva de todo sistema de relaciones laborales colectivas. Efectivamente, en un sistema capitalista basado en la desigualdad estructural entre productores y propietarios, el derecho de huelga se transforma en la piedra angular de un sistema de relaciones profesionales que, en su ausencia, aplastaría a los trabajadores. Veremos ahora porqué el empleo del derecho de huelga, así como el funcionamiento de un sistema de relaciones colectivas anclado en el conflicto, parecen actualmente imposibles a escala de la UE.

En efecto, con la construcción europea se produjo un cambio radical de cultura política en el seno de las relaciones profesionales tales como se habían generalizado en Europa hasta entonces: se pasó de la centralidad del conflicto a la cultura de la asociación de participantes. La expresión “diálogo social” apareció en el contexto institucional de la Comunidad Europea a mediados de los años 1980s para caracterizar relaciones socio-profesionales organizadas a esta escala supra-nacional. Esta noción emergió en el seno del sistema político que se constituyó a nivel de la UE en el marco de la puesta en práctica de los proyectos de Mercado Interior y luego de la Unión Económica y Monetaria. Si bien los primeros textos contenían la noción de “diálogo social” -el Acta Única (artículo 118b), luego el Tratado de Maastricht- y ya otorgaban como misión a la Comisión “desarrollarlo”, no ofrecían ninguna indicación precisa de lo que comprendía. Según un representante de una organización patronal europea: *“El éxito de la palabra ‘diálogo social’ se puede imputar a su ausencia de significado o a su ambigüedad. Se trata de designar por medio de una expresión neutra el proceso capaz de conducir a la negociación entre organizaciones de empleadores y de asalariados. Efectivamente la expresión ‘negociación colectiva’ puede asustar a algunos, y el proceso que lleva a ésta se presenta bajo su aspecto ‘consensual’”*⁶.

6 Cita surgida de los cuestionarios del informe OSE (2004), representante de la COPA, Federación patronal de la agricultura.

Una contextualización de los hechos de las tres últimas décadas es esencial para comprender lo que se ponía en juego y el alcance de este éxito. Dada la extrema tensión política con respecto al establecimiento de normas sociales europeas incómodamente obligatorias (por la vía de Directivas Europeas o de Convenciones Colectivas Europeas), opción firmemente rechazada por la UNICE (patronal europea), el empleo del término “diálogo social” desde los años 1980s permitía realizar suavemente un proceso de concertación y de relaciones paritarias, sin que esto permitiera pensar que desembocaría en molestas normas obligatorias. Hablar, “dialogar”, a priori no comprometía en nada.

Luego, el 31 de octubre de 1991, el diálogo social europeo se concreta. Los tres interlocutores sociales inter-profesionales (CES- CEEP-UNICE) llegan a un acuerdo sobre su desarrollo. Fijan las reglas del juego que se refieren al mismo tiempo a ser consultados sobre las iniciativas de la Comisión y a las modalidades según las cuales se podría poner en práctica a nivel comunitario un acuerdo entre los interlocutores sociales. Frente a la negativa del gobierno británico de ratificar esta contribución así como la Carta Social Comunitaria⁷, once de los doce estados miembros de la Comunidad se comprometen en un “Acuerdo sobre la política social”, anexo al Tratado de Maastricht bajo forma de protocolo. Este acuerdo retoma casi íntegramente la contribución de los interlocutores sociales, lo que hubiera permitido anclarlos con más firmeza en el proceso de toma de decisiones de la Comunidad. El acuerdo da a las “partes sociales” el derecho a ser consultadas en dos etapas, sobre la oportunidad y la orientación de una propuesta de directiva y luego sobre su contenido. En cualquier momento ellos pueden suspender la iniciativa legislativa de la Comisión para llegar a acuerdos entre sí, que el Consejo de la Unión no tendrá más que aprobar y transformar en “ley” (o rechazar)⁸. Este sistema finalmente llevó a que la negociación se mantenga muy dependiente de la presión legislativa de la Comisión, relativamente débil.

A partir del 2001 (Declaración de Laeken), el diálogo social pasa a otra etapa. Se autonomiza, lo que en realidad quiere decir que se orienta hacia la realización de acuerdos voluntarios no vinculantes⁹. Desde entonces, el papel que la Comisión Europea tiene en esto se ha ido poco a poco modificando. Efectivamente, su papel de actor político, que consistía en producir un programa de propuestas legislativas que incitaban a las

7 El nuevo gobierno Blair va a ratificar finalmente estos dos acuerdos en ocasión del tratado de Amsterdam en 1997.

8 A partir de mediados de los años 1990, se concluyen 3 acuerdos-marco entre la UNICE, la CES y el CEEP, de cada uno de los cuales surge una directiva comunitaria. El primero se refiere a la licencia parental (1995), el segundo sobre el trabajo de tiempo parcial (1997) y el tercero sobre los contratos de trabajo a término (1999). A partir del inicio del nuevo milenio, hay uno tras otro fracaso de las negociaciones interprofesionales: sobre la información y la consulta de los trabajadores en el plano nacional (octubre 1998); sobre el trabajo temporario (2002). El tema de la información/consulta, ha sido el objeto de una directiva durante el período transcurrido.

9 Los tres últimos acuerdos interprofesionales firmados acerca del teletrabajo (2002), el estrés (2004) y el acoso (2007), los tres voluntarios, confirman esta tendencia.

partes sociales a iniciar un diálogo, inclusive una negociación, se ha reducido. Esto significa en realidad que la Comisión no ejerce ni siquiera la presión legislativa, limitando así la posibilidad de acuerdos-marco que se puedan transformar en directivas por parte del Consejo¹⁰. Para la Comisión, su mira es clara: «*Un diálogo social ambicioso y activo debe representar un papel central [...] como método de adaptación flexible, eficaz y no conflictivo y como medio para sobrepasar los obstáculos para la modernización*»¹¹. Y la CES, por boca de Emilio Gabaglio, enfatiza el hecho de que en este proceso, el método que prima es aquel cuyo objetivo es llegar a un consenso: «*En esta cultura de relación entre partes sociales, el proceso en sí mismo, es decir negociar acuerdos para negociar acuerdos, prevalece sobre el contenido de los acuerdos. Para afirmarse y ser reconocido como actor central, hay que generar acuerdos, y casi, llegados a un extremo, cualesquiera que estos sean*»¹². Con el correr del tiempo, el diálogo social se presenta finalmente como un método para lograr, entre “socios participantes, la posibilidad de llegar a una visión consensuada del mundo, con el fin de “dejar atrás” una visión antagónica entre el trabajo y el capital.

Esta filosofía de los socios participantes cultivada a escala de la UE permite evitar reconocer la situación asimétrica en la relación de trabajo, y así no reconocer como legítimos los medios de defensa colectiva puestos en práctica para un reequilibrio: la Ley Social Europea desaparece para ventaja de la MOC, y el sindicato solamente se legitima por su presencia en un diálogo social inofensivo. De últimas, el interés estratégico para los euro-sindicatos de participar en el diálogo, es esencialmente permitirles entrar en el proceso político de la UE y adquirir una legitimidad dentro de ésta. El diálogo social puede entonces ser considerado no como un producto real de la autonomía colectiva, sino más bien como una fuente comunitaria de regulación y de legitimidad. El vínculo representativo con su base sindical, es decir su capacidad potencial de transformación social por medio de la movilización, es muy débil. Con respecto a la huelga, expresión por excelencia del conflicto, la transformación del imaginario ha llevado a que, de ser reconocida como piedra angular del sistema, se haya pasado a su difamación (cf. Decoene *et al.*), y la Comisión se enorgullece de la gran disminución del número de días no trabajados por causa de huelgas: “*Economic and monetary union has helped to create a more cooperative industrial relations climate based on shared macro-economic objectives. The sharp drop in the number of labour disputes illustrates this change. The number of working days lost through dis-*

10 Una segunda evolución del diálogo, concomitante con la ya mencionada, proviene de la introducción del Método Abierto de Coordinación (MOC), instrumento utilizado por la Comisión Europea en Materia Social, como sustituto de la legislación social existente.

11 Comunicación de la Comisión Europea, COM (2002) 341 final del 26.6.2002.

12 E. Gabaglio, *¿Qué es la Confederación Europea de Sindicatos?*, Ed. L'Archipel, Paris, 2003, pgs. 51-52.

putes in European Union fell from more than 85 million in 1979 to less than 7 million in 1996”¹³. (La unión económica y monetaria ha ayudado a crear un clima de relaciones industriales más cooperativo, sobre la base de objetivos macro-económicos compartidos. La clara disminución en el número de conflictos laborales ilustra este cambio. El número de días de trabajo perdidos por conflictos en la Unión Europea disminuyó marcadamente, pasando de más de 85 millones en 1979, a menos de 7 millones en 1996).

3. La transformación del imaginario de la política social.

Debido a la fuerza de las presiones ideológicas del liberalismo económico y de la gobernanza europea, el contenido de la política social se verá también profundamente modificado. Esto representa una ruptura radical con el antiguo proyecto europeo de la CEECA, en el que se trataba de avanzar hacia una armonización para el progreso de las condiciones de vida y de trabajo¹⁴. Esto consistía entonces, por parte de los gobiernos, en la voluntad política de elaborar leyes de progreso social, que llevarían progresivamente a todos los países hacia las normas sociales más elevadas. Por el contrario, con el desarrollo del proyecto del gran mercado, las leyes sociales van a ser inmediatamente consideradas como una traba frente al espíritu de empresa, y habrá que reducirlas. De entrada, a partir del Acta Única de 1986, ya el tono está dado: las “partes sociales” pueden negociar acuerdos-marco, pero deberá tratarse de reglas mínimas y que no puedan dificultar la gestión de las PYMES. A medida que se desarrolla el proyecto del mercado interior, la política social se va a convertir en una “dimensión del mercado interior”. Ahora bien, la emergencia de lo social en el siglo XIX había sido la resultante de la necesidad de pensar un orden del mundo diferente de aquel -fantasmagórico- del liberalismo económico, incapaz de concebir que una sociedad es, antes que nada, una maraña de solidaridades múltiples, es decir de relaciones sociales y no de simples iniciativas individuales.

Puesta bajo la presión del mercado capitalista, la política social se va a transformar en política al servicio del mercado y así, paradójicamente, en política antisocial. Cada reforma del tratado y cada cumbre europea serán una ocasión de transformar en profundidad el contenido de la política social para suprimir todo el poderío de “desmercantilización” de las relaciones sociales con que se había adornado poco a poco en el curso de un siglo de crecimiento.

- 1991: Tratado de Maastricht: la prescripción de una política social al servicio de la competitividad de las empresas penetra bajo el título de “Política Social” del Tratado. El tratado excluye toda possibili-

13 Industrial Relations in Europe 2000 (Relaciones industriales en Europa 2000), informe de la Comisión Europea, p. 7.

14 Estos términos de la CEECA fueron retomados en el Tratado de Roma (aunque no tomados en cuenta como objetivo global), pero desaparecen totalmente de las referencias europeas en el Tratado de Amsterdam.

dad de que haya leyes europeas en el ámbito de la huelga y de las remuneraciones. El encadenamiento de las políticas nacionales presupuestales y monetarias por los llamados criterios de convergencia van a lanzar a Europa, de facto, hacia una política general de austeridad social (las políticas públicas de la enseñanza serán las primera en sufrir, y mucho). Esto se acompaña de las primeras medidas de privatización de servicios públicos en el campo económico.

- 1994: el Libro Blanco de Jacques Delors, «Croissance, Compétitivité, Emploi» (Crecimiento, Competitividad, Empleo) consagra la política del empleo como vector de reforma profunda al mismo tiempo del mercado de trabajo y de los sistemas de seguridad social, a favor del refuerzo de la competitividad y de la flexibilidad. Los libros verde y blanco sobre la política social anuncian la voluntad política de la Unión de reducir tanto como sea posible el número de leyes sociales molestas.
- 1997: el Tratado de Amsterdam refuerza la visión del empleo definida en 1993 (promoción de la adaptabilidad, de la empleabilidad, de la flexibilidad, en suma de las lógicas de “responsabilidad individual” en la relación con el empleo). Además la promoción máxima de la “tasa de empleo” abre el camino hacia los regímenes de *workfare* en los que la noción de “empleo conveniente” está destinada a desaparecer. Los dos pactos adoptados (“Estabilidad” y “Crecimiento y empleo”) refuerzan la deslegitimación ya prefigurada en Maastricht respecto a la utilización de instrumentos de intervención pública (¡cuidado con la fiscalidad directa, las cotizaciones sociales, la libertad de política presupuestal, el poder de intervención pública sobre la creación de moneda!...).
- 1999: la Cumbre de Niza adopta una carta de derechos fundamentales que impone el mito liberal de la “libertad del trabajo” (el derecho a trabajar) y vuelve aleatorio el conjunto de los derechos de remuneración (el salario, excluido de los asuntos comunitarios después del Tratado de Maastricht es ignorado; las prestaciones sociales no están garantizadas como recurso al que se tiene derecho).
- 2000: la Cumbre de Lisboa somete el conjunto de otras dimensiones de lo social (enseñanza, jubilaciones, prestaciones de salud...) a la búsqueda de una mejor competitividad en tanto que factores de producción y, de manera subalterna, los asimilan también a herramientas de inclusión social (la política social se reduce así a una política de caridad a través del mantenimiento de una red mínima de seguridad). Se generalizan también los “métodos abiertos de coordinación” que buscan sacar a lo social del campo de la ley y del trabajo parlamentario, y desconectan los “logros” de su historia conflictual (por medio del *benchmarking*).

- 2005: la Comisión Europea avanza aún más en su política de “reforma de lo social contra lo social” anunciando una ofensiva contra el derecho laboral que se debiera “modernizar” en su esencia¹⁵.
- 2006-2008: el contrato de trabajo va a sufrir a partir de entonces múltiples ataques: por la nueva noción de flexi-seguridad, se tratarán de aumentar las facilidades de despido y de hacer que el contrato a término sea la nueva norma en la relación laboral; el nuevo reglamento europeo¹⁶ acerca de la ley a aplicar en materia de obligaciones contractuales va a hacer del contrato de trabajo un elemento pleno de derecho civil en el que las leyes generales de policía (o sea el orden público social) debieran ser interpretadas de manera mínima, de manera de abrir al máximo la libertad de las partes contractuales. El convenio colectivo sufrirá una reducción considerable de su impacto: la sentencia del Tribunal en el caso “Laval” solamente permite oponer a terceras partes transnacionales convenios colectivos de aplicación general. Las sentencias de los casos Ruffert y Luxembourg van a reprimir seriamente al Estado nacional cuando este desea imponer sólidas condiciones de protección del asalariado frente a la libre competencia. Estas sentencias pueden ser interpretadas como las de la dilución final de la autoridad pública nacional o regional en un nuevo orden político definido por las instancias supranacionales de toma de decisión: a partir de entonces las entidades políticas que forman los estados o las regiones autónomas (como los *Länder* alemanes) no pueden más definir en forma soberana el contenido de su orden público social. El nuevo orden público europeo integra las 4 libertades de circulación comercial como principios casi absolutos.

El conjunto de todas estas reformas lleva a que la política social, así como los antiguos Estados sociales de servicios públicos, se transformen en instrumentos al servicio de una causa única: el crecimiento del libre intercambio, o sea el crecimiento del poder de una oligarquía transnacional, dueña de los capitales, sobre el conjunto de la sociedad. Al hacer esto, dada la historia del contenido de lo social, se transforman paradójicamente en herramientas anti-sociales.

II. El artículo 28 sobre la acción colectiva: una declaración engañosa.

La carta de derechos fundamentales adoptada por la Unión Europea en la cumbre de Niza en diciembre del 2000 debe ser incluida dentro de este contexto global de transformación, tanto de las relaciones socio-pro-

15 Agenda para la política social 2006-2010 (Com 2005 33 final), seguido del libro verde « Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXIe siècle », (Modernizar el derecho laboral para enfrentar los desafíos del siglo XXI) Com 2006 708.

16 Reglamento CE n°593/2008.

fesionales como de la política social, así como de la tradición de los Estados sociales. El ejercicio que emprendieron los miembros de la Unión era la remodelación de la concepción general de lo que puede ser percibido como un derecho a través de las necesidades de este nuevo régimen político de liberalismo económico y de gobernancia. Y es por esto que todos los aspectos del derecho se ven mezclados: derechos privados, derechos sociales, derechos económicos. El enfoque de la UE respecto al derecho de huelga solamente puede ser profundamente ambiguo. En efecto, el derecho de huelga pertenece a un modelo de sociedad en el que las consideraciones de orden público social, la defensa de intereses colectivos, son considerados como perteneciendo a un orden superior a los intereses particulares (como son aquellos relacionados con el comercio), o sea exactamente lo contrario de lo que constituye el orden europeo actual. Esta ambigüedad se va a traducir de dos maneras.

Globalmente, el derecho de huelga como tal está excluido del campo de lo legible a escala europea. Por lo tanto, ninguna ley europea, aunque pueda hacer ejercer sobre un gobierno o un juez nacional el principio de primacía y de efecto directo, podrá consagrar el derecho de huelga. A partir de entonces, el derecho de huelga es considerado como un derecho subalterno. El doble examen que el Tribunal ha practicado respecto al mismo en las sentencias “Viking” y “Laval” deriva de la formulación realizada respecto al mismo en la carta. Hela aquí:

«Derecho de negociación y de acciones colectivas. Los trabajadores y los empleadores, o sus organizaciones respectivas, tienen, conforme al derecho comunitario y a las legislaciones y prácticas nacionales, el derecho de negociar y de concertar convenciones colectivas en los niveles apropiados y de recurrir, en caso de conflictos de interés, a acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga».

La huelga será así examinada por el juez de acuerdo con una doble visión: su validez en el orden nacional y su validez en el orden comunitario. Como no puede haber una ley europea que consagre la huelga, a partir de entonces el contenido del derecho comunitario que será enfrentado al derecho de huelga será siempre el del libre intercambio, inevitablemente desfavorable en su esencia a toda posibilidad de huelga. La huelga es así construida en esta carta como un derecho casi impracticable.

El derecho de propiedad, por el contrario, es formulado de manera absoluta en la misma Carta, sin tener una geometría variable según se trate de leyes nacionales o del derecho comunitario: *«Artículo 17. Derecho de propiedad. Toda persona tiene el derecho de gozar de la propiedad de los bienes que ha adquirido legalmente, de utilizarlos, de disponer de los mismos y de legarlos.»* Por otra parte, el artículo 28 sobre la acción colectiva expone sin disimulos la filosofía de participantes sociales aceptada por la UE, según la cual las fuerzas patronales se colocan en un mismo nivel que las organizaciones sindicales, como si su naturaleza y sus fuerzas pudieran ser consideradas como semejantes.

Conclusiones:

«La unión económica y monetaria se ha acompañado de un cambio de régimen importante que solamente puede tener éxito si todos los actores principales en materia de política económica asumen nuevas responsabilidades.» (Gope, 2001).

Para la Unión Europea, las cosas están claras. Patrones y sindicatos son actores económicos que deben “de manera responsable” asumir nuevas obligaciones para hacer que el libre intercambio tenga éxito.

De manera sintética, se pueden señalar seis estrategias desplegadas dentro de la UE para transformar completamente las antiguas relaciones sociales que existen en el campo de la política social y sindical.

- Acostumbrar al mundo sindical a aceptar las “duras leyes del mercado” y culturalmente acercarse cada vez más a las posiciones patronales en el plano macro-económico. Este proceso ha sido iniciado a partir de 1985 por el “diálogo social”, impulsado por la Comisión, entre la Confederación Europea de Sindicatos (CES) y las organizaciones patronales europeas. Ha permitido desarrollar una cultura del consenso, que rompe con la cultura de la negociación colectiva y por lo tanto del compromiso, deslegitimando así la conflictividad social y considerando que el contrato debe ser la base de las relaciones laborales, en lugar de la ley.
- Limitar tanto como sea posible el derecho social europeo en tanto cuerpo de normas comunes, jurídicamente obligatorias por encima de toda otra regla por ser derecho comunitario. Y cuando igual se generan algunas normas sociales, los principios comunes que definen el contenido de este derecho son muy limitados: hay numerosas referencias a las prácticas y a las legislaciones nacionales para definir las nociones “comunes”; hay Estados que obtienen numerosas derogaciones, y finalmente, es el principio de un derecho social mínimo el que predomina. Está por lo tanto estructuralmente construido para ser muy poco “común” para el conjunto de los asalariados europeos y, de todas maneras, se reduce a un derecho “piso” cuyo nivel está condenado a bajar por el juego mismo de la competitividad y de la flexibilidad. En los aspectos centrales, está prohibida toda legislación. Así, tanto las remuneraciones como el derecho de huelga y el derecho de asociación son considerados como “fuera de la ley” a escala comunitaria.
- Hacer de la política del empleo un instrumento de mercadeo del conjunto de los derechos sociales, lanzando a la UE en un régimen de *workfare* (la obligación del empleo a cualquier precio). Y subordinar todos los elementos de la política social a esta política del empleo (por ej.: la política jubilatoria se transforma en una presión para prolongar la permanencia de cada uno en el mercado del empleo).

- Crear una situación de escasez de recursos para “des-socializar” el financiamiento de los derechos sociales y transformarlos en espacios de re-mercadeo por medio de la privatización y el invento de “productos financieros”. Es el contenido mismo de la Unión Económica y Monetaria (UEM), corazón del Tratado de Maastricht (1992), reafirmado en el Pacto de Estabilidad y de Crecimiento de 1997. Esta reforma neoliberal se organizó sobre un engaño magistral: el anuncio de una escasez de recursos colectivos, siendo que los países europeos no produjeron jamás tantas riquezas. A partir de entonces, dada la escasez, es necesario que los pueblos acepten la austeridad permanente -por la moderación salarial instituida por la UEM y el Banco Central Europeo (BCE)- y que las finanzas públicas se “saneen”. ¿Cómo? Disminuyendo el impuesto directo progresivo y el nivel de cobro de las cotizaciones sociales, y desarrollando múltiples ventajas fiscales para las empresas “creadoras de riquezas” con el fin de reorientar hacia éstas esos recursos que se habían proclamado como escasos. La privatización de antiguos sectores económicos públicos es también una pieza central en esta des-socialización de los recursos.
- Homogeneizar las políticas administrativas nacionales por medio del “Método Abierto de Coordinación” (MOC). Este método, lanzado con la SEE, se extendió a otros ámbitos en ocasión del Consejo Europeo de Lisboa (2000): protección social, inclusión social, educación, juventud y formación. El MOC permite sustraer estos ámbitos del marco legislativo, y someter al conjunto de los aparatos de Estado de la UE a un gran trabajo de contra reforma: por una “socialización” de las categorías y herramientas de análisis, por medio de la europeización de los comités de funcionarios, un re-modelaje de las estadísticas nacionales, etc. Las administraciones nacionales se transforman así en los brazos seculares de la burocracia europea.
- Trastocar las jerarquías de las normas para menguar la noción de “orden público social” y por lo tanto la legitimidad de las autoridades públicas para imponer lógicas opuestas a la valorización del capital, haciendo del derecho civil la nueva matriz de análisis de las relaciones laborales.

Es finalmente la legitimidad misma de la autoridad y el poder público-democrático lo que se discute, en vistas de la restitución del poder político a diversas oligarquías (financieras, religiosas). Esto comienza con el léxico y los procesos del “buen gobierno” o “gobernanza”, pero el Antiguo Régimen puede fácilmente estar esperando al final del camino, y ciertas élites europeas sueñan con una reorganización de los poderes oligárquicos en ciudades-Estados¹⁷. En el marco de transformaciones de

17 En una entrevista con La Stampa del 12 de julio del 2000, M. Giuliano Amato, que fuera uno de los dos vice-presidentes de la Convención para el Porvenir de Europa

tal porte, podría ser imaginable, en un plazo relativamente corto, que el ejercicio de la huelga vuelva a ser sancionable penalmente.

Bibliografía

CCE, Industrial Relations in Europe 2000, report of the European Commission.

CCE, COM (2002). 341 final du 26.6.2002.

CCE, Agenda pour la politique sociale 2006-2010 (Com 2005 33 final), suivi du livre vert «Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle», Com 2006 708.

Chlepnier, B. S. (1972). *Cent ans d'histoire sociale en Belgique*. Ed. de l'Université de Bruxelles, 1972.

Gabaglio, E. (2003). *Qu'est-ce que la Confédération européenne des syndicats?*, Ed. L'Archipel, Paris.

Gobin, C. (2007). «Gouvernance» In: *Les Nouveaux Mots du pouvoir. Abécédaire critique*, Pascal Durand (sous la direction de), Éditions Aden, Bruxelles.

Weber, M. (2007). *Sociologie du droit*, Réédité. PUF, Paris.

Resumen

Este artículo pretende demostrar que las recientes sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entre 2007 y 2008 (sentencias Viking y Laval) en el ámbito de las relaciones laborales colectivas y que llevan a enmarcar y a limitar de manera importante la posibilidad de realizar una huelga de dimensión transnacional, no constituyen una aberración inexplicable, una especie de humorada por parte de los jueces europeos. Por el contrario, se inscriben en un lento camino de reformas muy coherentes iniciadas por la Unión Europea en el campo social, a partir del nacimiento del mercado interior en 1985. Nuestra hipótesis consiste en considerar que la coherencia del conjunto de estas reformas determina un cambio radical de régimen político, en el que la posibilidad de la expresión del conflicto social entre capital y trabajo, y sobre todo la huelga, se volverá imposible. Efectivamente, las ideologías

(que elaboró la «Constitución» europea, y por lo tanto el Tratado de Lisboa), describe su adhesión a los modelos que representan Inglaterra y la Edad Media: «Así, prefiero avanzar suavemente y desmembrar las soberanías pieza por pieza, evitar las transiciones brutales de las atribuciones nacionales hacia las de la Unión... ¿Por qué no volver al período que precedió a Hobbes? La Edad Media tenía una humanidad muy rica, y una diversidad de identidades que podrían servir de modelos. La Edad Media es hermosa: los centros de toma de decisión política eran entonces múltiples, sin depender unos de otros. Se encontraban más allá de las fronteras de los Estados-naciones. Como en aquella época, aparecen nuevamente nómades en nuestras sociedades. Hoy en día, tenemos nuevamente poderes sin territorio. Sin soberanías, el totalitarismo no existirá. La democracia no necesita ser soberana...».

políticas que alimentan estas reformas, la ideología del “buen gobierno” o “governancia” tecnocrático y la ideología del liberalismo económico, quitan legitimidad al conflicto social. Luego de recordar cuales fueron las decisiones del Tribunal Europeo en las sentencias antes mencionadas, explicaremos resumidamente los grandes rasgos de estas ideologías anti-conflicto. Luego mostraremos como estas limitantes ideológicas han transformado profundamente tanto el imaginario de lo que debe ser un sistema de relaciones profesionales como el imaginario del papel y del contenido de la política social. En la última parte mostraremos finalmente como, sobre la base de las explicaciones previas, el artículo 28 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que menciona la existencia de un derecho de huelga, no constituye de ninguna manera una protección para el ejercicio del mismo.

Resume

Cet article souhaite démontrer que les arrêts récents rendus par la Cour de Justice de l’Union européenne entre 2007 et 2008 (arrêts Viking et Laval) dans le domaine des relations collectives du travail et qui aboutissent à encadrer et limiter fortement la possibilité de mener une action de grève à dimension transnationale ne sont pas une aberration inexplicable, sorte de coup de tête de la part des juges européens. Ils s’inscrivent au contraire dans un lent cheminement de réformes très cohérentes entreprises par l’Union européenne dans le domaine social depuis la mise en place du marché intérieur en 1985. Notre hypothèse est de considérer que la cohérence de l’ensemble de ces réformes débouche sur un changement radical de régime politique où la possibilité de l’expression du conflit social entre capital et travail, principalement par la grève, deviendra impossible. En effet les idéologies politiques qui nourrissent ces réformes, l’idéologie de la gouvernance technocratique et l’idéologie du libéralisme économique, délégitiment le conflit social. Après avoir rappelé ce que furent les décisions de la Cour européenne dans les arrêts cités ci-dessus, nous expliquerons de façon synthétique les grands traits de ces idéologies anti-conflict. Ensuite, nous montrerons comment ces contraintes idéologiques ont transformé en profondeur tant l’imaginaire de ce que doit être un système de relations professionnelles que l’imaginaire du rôle et du contenu de la politique sociale. Dans une dernière partie, nous montrerons enfin, que sur la base des explications précédentes, l’article 28 de la charte des droits fondamentaux de l’Union européenne qui mentionne l’existence d’un droit de grève n’est en rien une protection pour l’exercice de celui-ci.