

DL

CUARTA PARTE

RESPONSABILIDAD LABORAL Y DE SEGURIDAD POR DAÑOS Y PERJUICIOS

ALGUNOS ASPECTOS SOBRE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y LEY APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS DERIVADA DE LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE CONFLICTO COLECTIVO TRANSNACIONALES: EL EJEMPLO DE LA INDUSTRIA MARÍTIMA *.

Olga Fotinopoulou Basurko**
UPV/EHU

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. –II. LAS ACCIONES COLECTIVAS EN LA INDUSTRIA MARÍTIMA Y LA RESPONSABILIDAD SINDICAL POR DAÑOS. –II.1. Problema previo: la calificación de la acción colectiva como legal o ilegal. –III. LA DETERMINACIÓN DEL TRIBUNAL COMPETENTE PARA EL CONOCIMIENTO DE UNA DEMANDA DE DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADA DE UNA ACCIÓN DE CONFLICTO COLECTIVO MARÍTIMO. –III.1. El foro en materia delictual o cuasidelictual: el caso torline. –III.2. La aplicación implícita del foro por conexidad en el marco de las acciones colectivas marítimas: el ejemplo de viking line y la búsqueda del “forum shopping”. –IV. LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL POR DAÑOS DEL SINDICATO MARÍTIMO. –IV.1. La escasa operatividad del criterio conflictual *lex loci actus* en el marco de acciones colectivas emprendidas a bordo de buques. –V. LA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES IMPERATIVAS Y DE ORDEN PÚBLICO EN EL CONTEXTO ROMA II A LAS ACCIONES COLECTIVAS MARÍTIMAS: ENSEÑANZAS DEL CASO VIKING LINE.

RESUMEN

Este artículo tiene por objeto el análisis de alguna de las normas que regulan la competencia judicial internacional y la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual del sindicato por el desenvolvimiento de acciones colectivas transnacionales. En este contexto, se discuten los criterios empleados por el TJ en varios supuestos ligados a la industria marítima. No podemos olvidar que la aplicación de estas normas depende de la interpretación de diversas nociones, así como por el hecho de que los criterios allí empleados quedan afectados por las disposiciones de orden público o por las normas internacionalmente imperativas que sean de aplicación.

ABSTRACT

This article analyzes some aspects in relation to the International rules on jurisdiction and conflict of Laws European regulations to the trade union's liability in transnational industrial actions. In this context, this work discusses the European court of justice's adopted criteria using

* Trabajo realizado al amparo del Proyecto MICINN 16508/2010 sobre “La evolución normativa sobre seguridad marítima y su impacto en la protección de los derechos laborales de la gente de mar” (IP: Fotinopoulou Basurko) y galardonado ex aequo con el Premio Juan Rivero del XIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

** Profesora Titular de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social

the example of maritime industry disputes developed in the European Union. In this sense, we can not forget that the application of these rules depends on the interpretation of different concepts, as well as the fact that the law of the country to the industrial action derived from the application of different criteria would be influenced by the public –social– policy rules and in general by means of the ordre public or as internationally mandatory provisions (at least as far as intra-European cases are concerned).

Palabras clave: Acción colectiva, huelga, responsabilidad extracontractual, sindicatos, Industria marítima.

Keywords: Industrial action, strike, non-contractual liability, Trade Union, maritime sector.

I. INTRODUCCIÓN

Se ha señalado, no sin razón, que la industria marítima se erige como el primer sector económico totalmente mundializado o globalizado del mundo; mucho antes –incluso– de que este fenómeno se generalizara para el conjunto de la economía¹. A esta realidad responden un buen conjunto de factores de diversa naturaleza que, con el tiempo, han conseguido modificar la fisionomía de una industria que siendo tradicionalmente internacional, pasa hacia mediados del siglo XX a situar todos los factores de producción en distintos Estados, y entre ellos, el factor trabajo. En efecto, la aparición de subterfugios especulativos como las banderas de conveniencia (FOC), registros internacionales, bis o segundos registros de buques, han contribuido de manera decisiva a que en la actualidad sea prácticamente residual encontrar en este sector industrial empresas marítimas domiciliadas en cualquier país tradicionalmente marítimo, cuyos buques enarbolean esa misma bandera y que la tripulación esté totalmente compuesta por nacionales de ese mismo Estado.

Además de lo anterior, el contexto en el que se desenvuelve el trabajo de la gente de mar siempre ha sido bastante peculiar, dado que, entre otras cosas, no prestan servicios en espacio territorial alguno. No obstante, los fenómenos apenas apuntados han venido agravando una situación que, per se, ha sido tradicionalmente desfavorable para la consecución de unos derechos laborales medianamente dignos. En consecuencia, desde temprano, este colectivo de trabajadores ha venido aunando fuerzas para, a través de sus representantes, combatir los resultados más perversos que una globalización económica temprana y el tradicional “olvido” al que han estado sometidos, han originado en la defensa y ejercicio de sus derechos laborales. De este modo, puede decirse, casi sin temor a error, que este colectivo de trabajadores se erige como uno de los más combativos en sus reivindicaciones a nivel global; siendo una de las constantes a lo largo de la historia más reciente el recurso continuado al ejercicio de acciones colectivas transnacionales, particularmente boicots. Como fácilmente puede deducirse, el ejercicio de estas manifestaciones colectivas impacta de manera singular en las economías de los países europeos, por referirnos al ámbito geográfico más cercano, ya que aquéllos se erigen como los principales importadores de materias primas vía transporte marítimo. Por estas razón, no es extraño que las escasas, aunque no menos importantes, novedades normativas operadas en la regulación de las acciones colectivas de trabajo a nivel supranacional, hayan tenido como protagonistas sendos litigios originados en este sector industrial y además en el contexto europeo. En este sentido, cabe destacar –en primer lugar– el caso *Torline* del año 2004², donde lo que se

¹ COUPER, A.D: *Voyages of abuse. Seafarers, Human rights and Internacional Shipping*, Pluto Press, London 1999.

² C-18/02. Para profundizar sobre el asunto concreto, consúltese CHAUMETTE, P: “Fragment d’un droit des conflits internationaux du travail? CJCE 5 fevrier 2004, DFDS *Torline*, aff. C-18/02”, *Droit Social* 2005, pp. 295-302; FO-TINOPOULOU BASURKO, O: “Competencia judicial internacional en materia de responsabilidad sindical por conflicto entablado frente a empresario marítimo”, *Revista de Derecho Social* n° 26, 2004, pp. 99-114. También, PATAUT, E: “La grève dans les rapports internationaux de travail: question de qualification”, *Droit Social* 2005, pp. 303-310. Comentado brevemente por CHAUMETTE, P: “Les actions collectives syndicales dans le maillage des libertés communautaires des entreprises”, *Droit Social* n° 2, 2008, pp. 210-220.

debatía era el alcance que había que dar al art. 5.3 del entonces Convenio de Bruselas sobre competencia judicial internacional en materia delictual o cuasidelictual (CB) (actual art. 7.2 RB 2012³), para esclarecer cuál debía ser el tribunal competente para determinar la indemnización que pudiera corresponder al empresario marítimo afectado por una acción colectiva transnacional. En este caso, el litigio surge a propósito de la adopción de medidas de conflicto colectivo por parte de sindicatos suecos –con preaviso de acción colectiva por parte de un sindicato danés– para tratar de obligar a un armador de esta última nacionalidad a suscribir un convenio colectivo que se aplicara a la tripulación polaca del buque *Tor Caledonia*, de pabellón danés (segundo registro DIS), que cubría una línea regular entre el Reino Unido y Goteburgo. Las acciones colectivas emprendidas dieron lugar a un bloqueo (tras una acción de solidaridad) de la carga y de descarga del buque en el puerto de Goteburgo, lo que obligó al armador a retirar el buque de la ruta y sustituirlo por un buque de alquiler. A raíz de estos hechos, el armador va a demandar a los sindicatos suecos que habían promovido el conflicto ante los tribunales daneses a fin de resarcirse por los perjuicios sufridos.

Con posterioridad, en un asunto mucho más sonado que el anterior, el TJ tuvo que enfrentarse en el asunto *Viking Line*⁴, de finales del 2007, a un litigio donde si bien es cierto no se solicitaba indemnización alguna por daños y perjuicios ocasionados, sí que de manera indirecta impacta de manera relevante en la materia objeto de este trabajo, ya que lo que se encontraba en juego era la determinación de la licitud o ilicitud de la huelga transnacional y, en consecuencia, la eventual posibilidad de reclamar daños y perjuicios derivados de este tipo de acciones colectivas. En efecto, por lo que se refiere al asunto *Viking Line*, éste trae causa en una demanda preventiva que adopta una empresa naviera establecida en Finlandia contra un sindicato de marinos finés y la Federación internacional de trabajadores del transporte ante la comunicación por parte de estos últimos de iniciar una acción colectiva contra la compañía. En concreto, la empresa marítima había decidido re-abanderar uno de sus buques en Estonia, aprovechando que expiraba la vigencia del convenio colectivo aplicable a la tripulación del buque afectado. El cambio de registro del buque venía motivado por la intención de superar una situación económica crítica que venía atravesando la empresa naviera, siendo la intención de ésta el de sustituir a la tripulación de la nave –mayoritariamente finlandesa– por trabajadores estonios, presumiblemente más baratos que sus homólogos. A consecuencia de este intento de re-abanderamiento, el sindicato nacional con apoyo de la Federación Internacional de trabajadores del transporte comunica a la empresa naviera el inicio de una acción colectiva por la cual se deseaba instar a negociar a la empresa un nuevo convenio colectivo.

El alcance de ambos casos sobre la regulación de las acciones colectivas transnacionales en el ámbito de la UE es bien conocido. Por una parte, el asunto *Torline* que, aunque relativo a la concreción del foro competente para el conocimiento de una acción de daños y perjuicios derivada de una acción colectiva transnacional, ha dado lugar a la introducción de una norma conflictual en el Reglamento (CE) 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II⁵). Así, el art. 9 regula las normas conflictuales aplicables a las obligaciones extracontractuales respecto de la responsabilidad de una persona en calidad de trabajador o de empresario o de las organizaciones que representen sus intereses profesionales por daños causados por una acción de conflicto colectivo futura o realizada. Por su parte, el asunto *Viking line* es uno de los litigios que ha servido como fundamento para que la UE haya decidido reconocer el derecho de acción colectiva como principio general de la UE, al ser incluido como derecho fundamental en el art. 28 de la CDFUE, quedando –como es sabido– sometido a límites provenientes de la aplicación del

³ Reglamento UE n° 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012 (refundido) sobre competencia judicial internacional y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE n° 351, de 20 de diciembre de 2012).

⁴ Asunto C-438/05, *The International Transport Workers' Federation y The Finnish Seamen's Union contra Viking Line ABP y OÜ Viking Line Eesti* [Petición DO C60, de 11 de marzo de 2006, p. 11; Conclusiones del Abogado General Sr. M. Poiares Maduro, de 23 de mayo de 2007].

⁵ DOUE L199, de 31 de julio de 2007.

principio de proporcionalidad al que hacía referencia la sentencia anotada (amén del caso Laval) cuando entra en contradicción con las libertades económicas comunitarias; restricción que también se incluyó en la propuesta de Reglamento Monti II, finalmente frustrada⁶.

Teniendo en cuenta los elementos que se acaban de describir a grandes rasgos, nuestro objetivo a lo largo de las siguientes páginas tiene por objeto abordar la cuestión de la responsabilidad sindical por daños y perjuicios imputables a los sindicatos convocantes cuando se trate de supuestos derivados de acciones colectivas transnacionales, esto es, en aquellos casos en los que existe un elemento de extranjería o conexión con distintos ordenamientos jurídicos. Y para ello, qué mejor que emplear los supuestos paradigmáticos que sobre esta materia proporciona el sector de la industria marítima y, particularmente, sobre la base de los supuestos a los que se acaba de hacer mención. Y ello así, porque la mayor parte de las acciones colectivas marítimas que se han llevado adelante contra un empresario marítimo, normalmente han tenido como protagonistas a sindicatos de marinos o federaciones sindicales domiciliados en distintos países, que se exteriorizan en un país distinto (o en ninguno cuando se desenvuelven a bordo de buques) desde donde se promueven, amén de venir acompañadas por acciones de solidaridad de otros marinos o de los trabajadores portuarios. Lo anterior conduce inevitablemente a analizar tanto el tribunal competente para la solución de este tipo de controversias, como la ley que regirá el conflicto y sus consecuencias.

II. LAS ACCIONES COLECTIVAS EN LA INDUSTRIA MARÍTIMA Y LA RESPONSABILIDAD SINDICAL POR DAÑOS

Como se ha señalado con anterioridad, si algo caracteriza a los trabajadores que desenvuelven su actividad a bordo de buques, es su capacidad para organizarse y para el establecimiento de medidas de autotutela en el contexto de una industria globalizada. En este contexto, juega un papel preeminente la International Transport Workers' Federation (ITF) que aglutina a los sindicatos nacionales del sector a nivel mundial, sobre todo de los Estados tradicionalmente marítimos⁷. La ITF es una Federación de sindicatos del transporte con sede en Londres, cuya actividad principal ha sido la de desarrollar una política para combatir los pabellones de conveniencia, en lo que se conoce como campaña contra los FOCs⁸, que a lo largo del tiempo ha sufrido distintas etapas. Concretamente y a partir de los años 60, la ITF comienza a sustituir su estrategia previa orientada a destruir o eliminar los buques bajo registros abiertos por fines más realistas, como la exigencia de unos mínimos salariales y de seguridad para la gente de mar. Este tipo de intervenciones se concretan en la firma de algunos acuerdos internacionales (particularmente la firma del actual IBF collective Agreement⁹) con los armadores y la ITF —directamente o a través de sindicatos nacionales afiliados a la organización sindical— que contienen unas mínimas condiciones laborales destinadas a mejorar la situación de las tripulaciones embarcadas en buques bajo pabellón de conveniencia. Una vez que el acuerdo se ha firmado, la ITF concede un certificado, que aún hoy representa una garantía de aplicación de esos mínimos laborales o salariales que la ITF considera aceptables a la tripulación embarcada en buques que enarbolan pabellón de conveniencia. El armador o su representante deberá mostrar el citado certificado a los inspectores de la ITF en puerto cuando así lo requieran, lo que evitará que el buque sufra acciones reivindicativas¹⁰ allí donde atraque el navío.

⁶ Sobre el particular, CASTELLI, N: "Derecho de Huelga en el espacio europeo y la propuesta de regulación Monti II", *Revista de Derecho Social* n° 59, 2012, pp. 147-170.

⁷ Véase LILLIE, B: *A global Union for global workers. Collective bargaining and regulatory politics in maritime Shipping*, Routledge Chapman and Hall, 2006.

⁸ La campaña contra las banderas de conveniencia, así como la historia de la organización, etc. se puede consultar en www.itf.org.uk/education/education_handbook/index.html. También, NORTHROP, H.R y SCRASE, P.B: "The International Transport Workers' Federation Flag of convenience Shipping Campaign: 1983-1995", *Transportation Law Journal* vol. 23, n° 3, 1996.

⁹ Para un estudio en profundidad de los requisitos de la ITF a los buques FOC, ver NORTHROP, H.R y ROWAN, R.L: *The international workers' federation and Flag of convenient Shipping, Multinational Industrial relations series*, University of Pennsylvania, 1983, pp. 117-133. Asimismo y por lo que se refiere al contenido de la IBF collective Agreement consultar la siguiente página electrónica www.itf.org.uk.

¹⁰ IRIARTE ANGEL, J.L: *El contrato de embarque internacional*, Beramar ediciones, 1993, p. 55.

De este modo, puede decirse que gran parte de las acciones colectivas que se entablan en la industria marítima tienen por objeto obligar a los armadores a que suscriban el producto negociado internacional hecho por la ITF (u otros), de modo y manera que en el caso de no hacerlo, el sindicato nacional buscará apoyo en la ITF y en otros sindicatos de marinos para iniciar el conflicto de que se trate, muchas veces acompañado por la solidaridad de otros trabajadores, incluyendo a los portuarios que tienden a bloquear el buque en puerto como medida de presión para la consecución de tal fin. Lo anterior nos lleva, desde la perspectiva que tratamos, a analizar varias cuestiones relativas al foro competente y la ley aplicable para conocer de un litigio que tenga por objeto reclamar una indemnización por daños y perjuicios sufridos a consecuencia de la acción colectiva marítima. En concreto, se procederá a analizar –al albur de esta temática– de los problemas que tradicionalmente han surgido en este contexto: por una parte, encontramos la cuestión de la calificación previa al supuesto de hecho, esto es, si la huelga o la acción colectiva principal o secundaria es legal o ilegal, así como de acuerdo a qué ordenamiento de los espacialmente implicados con el conflicto va a servir para alcanzar tal calificación. Por otra parte, es bastante habitual que los armadores marítimos prefieran iniciar la demanda por daños y perjuicios derivada de una acción colectiva transnacional en el sector ante los tribunales ingleses (en función del domicilio de la ITF), tradicionalmente poco favorables a acoger las reivindicaciones sindicales de manera positiva.

II.1. Problema previo: la calificación de la acción colectiva como legal o ilegal

El primer problema al que se puede enfrentar cualquier juzgador que tenga que resolver una demanda por daños y perjuicios derivada de una acción colectiva transnacional es el de la calificación previa del supuesto de hecho. A este fin, se ha de hacer constar que el Reglamento Roma II no contiene una calificación jurídica autónoma de qué haya de considerarse como huelga lícita o ilícita (antijurídica), puesto que tiene por objeto –exclusivamente– el de identificar la Ley que rige las consecuencias de este tipo de medidas de exteriorización de controversias que hunden su raíz en las relaciones colectivas de trabajo. Lo anterior es del todo lógico, sobre todo si tenemos en cuenta que el derecho a la huelga u otras medidas de presión colectiva son derechos colectivos regulados constitucionalmente en la mayor parte de los Estados miembros y que, por otra parte, esta materia está excluida del ámbito competencial regulador de la UE, por más que en las sentencias más recientes –y no exentas de múltiples críticas– el TJ haya declarado que se trata de derechos que se integran como principios generales del Derecho comunitario. Así, el problema de calificación previa de la huelga o, en general, de la acción colectiva transnacional de que se trate es un presupuesto *sine qua non* para delimitar las consecuencias resarcitorias de la acción colectiva. En efecto, sólo en el supuesto de que la huelga o acción colectiva fuera considerada contraria al legítimo ejercicio del derecho colectivo, podría demandarse a los responsables por las eventuales responsabilidades derivadas de los daños que pudieran provocar.

Desde esta perspectiva¹¹, un sector doctrinal ha venido manteniendo en relación a las cuestiones ligadas a la dimensión colectiva y al ejercicio individual de este derecho colectivo la aplicación de la ley del lugar donde la huelga se articula; ley que normalmente coincidirá con la *lex loci laboris*. Así, se ha venido defendiendo esta conexión conflictual por el carácter netamente territorial de las consecuencias de la huelga en el Estado donde ésta se manifiesta, en tanto que esta expresión de conflicto colectivo se regula a través de disposiciones de carácter imperativo o normas de policía del Estado donde se desenvuelve. Trasladando esta consideración general al marco de la industria marítima, los pocos autores que se han dedicado a esta cuestión, han señalado que la determinación de la huelga o acción colectiva de que se trate cuando ésta se desenvuelve en un buque, vendría determinada por el ordenamiento jurídico señalado por el pabellón de la nave, aunque ello signifique considerar la bandera como una referencia territorial, lo que, desde aquí, no se comparte. El recurso al criterio tradicional de la ley del pa-

¹¹ Sobre las distintas posturas doctrinales sobre la materia, véase FOTINOPOULOU BASURKO, O: *El contrato de trabajo de la gente de mar. Un análisis de la normativa aplicable*, Comares, Granada, 2008.

bellón para la resolución de los conflictos colectivos a bordo en analogía con la *lex loci laboris* trae como consecuencia mayores limitaciones para el Derecho¹². Así, a los límites generales que restringen el ejercicio del Derecho a la huelga en cualquier ordenamiento, se le han de añadir los impuestos por la normativa en materia de seguridad en el tráfico marítimo, impuestas por el Estado representado en el pabellón, y destinadas a evitar los siniestros en el mar¹³. En efecto, al límite del mantenimiento de los servicios esenciales, por emplear una referencia propia de nuestro Derecho, le acompañan ciertas normas de policía responsables junto con las anteriores de propiciar una total restricción del Derecho a la huelga para los que trabajan a bordo de un buque¹⁴. En fin, ésta ha sido la consideración general acogida durante largo tiempo en relación al ejercicio del Derecho a la huelga en el contexto del buque. Debe insistirse en que la aplicación de la ley del pabellón como criterio principal ha tenido cierto sentido cuando el Estado que otorgaba el pabellón tenía una cierta vinculación con el buque. Incluso, y a salvo de lo anterior, una cuestión tan delicada como la de determinar una huelga como legal o ilegal propicia en la mayoría de los casos la entrada en juego del *ius fori*, y ello se debe al hecho de que, generalmente, los preceptos encargados de regular el ejercicio de aquel derecho presentan carácter imperativo¹⁵.

Dificultades prácticamente idénticas se suscitan a la hora de la determinación de la ley rectora a las huelgas y boicots de solidaridad, promovidas normalmente por los sindicatos nacionales de la gente de mar en sus puertos¹⁶. La determinación de la ley rectora de los boicots o de las huelgas de solidaridad presenta connotaciones particulares¹⁷. En estos supuestos, la principal dificultad se encuentra en la calificación que cada ordenamiento jurídico dé al supuesto de hecho, ya que si bien se avanza que la determinación de la legalidad o ilegalidad de estas acciones depende de la conceptualización que se dé al litigio principal, lo cierto es el juez que co-

¹² QUERCI, F.A.: "Note in tema di sciopero dei lavoratori marittimi" en AAVV: *Lo sciopero dei marittimi, Monografie di diritto della navigazione*, Giuffrè editorial, Milan, 1963, pp. 98-140.

¹³ Lo que ha llevado a algunos autores a señalar que el ejercicio del derecho a la huelga a bordo de un buque es en todo caso ilegal, tesis que desde aquí no se comparte. Desde una posición restrictiva, SCIALOJA, A.: "Proclamazione dello sciopero durante la sosta de la nave in porto estero". *Rivista di diritto della navigazione*, 1961, pp. 226-231, particularmente p. 227. En el mismo sentido, RUBINO, D.: "Sulla legittimità o illegittimità dello sciopero dell'equipaggio durante la sosta della nave in un porto di transito" en AAVV: *Lo sciopero dei...*, *op. cit.* p. 71.

¹⁴ DOMINEDÒ, F.M.: "Limiti di liceità dello sciopero nel rapporto di arruolamento" en AAVV: *Lo sciopero...*, *op. cit.* pp. 3-16. En este sentido, MEDINA, C.: "La legge regolatrice del diritto di sciopero dei marittimi", *Il diritto marittimo*, 1975, p. 273, quien destaca el iter doctrinal seguido en Italia que ha partido de considerar la huelga ilícita por criminal hasta el actual reconocimiento de este Derecho, si bien con ciertos límites.

¹⁵ CHAUMETTE, P.: "Reflexions sur les conflits collectifs maritimes de travail", *Droit maritime français*, 1990, pp. 287-294, quien señala como criterio conflictual aplicable a la ley del pabellón limitada por las leyes de policía de la *lex fori*. Por ejemplo, los tribunales norteamericanos han sostenido la aplicación mayoritaria de la ley del pabellón a las pretensiones de la gente de mar en el marco de un conflicto colectivo, salvo en el caso de que ésta hubiera tenido como motor los salarios o indemnizaciones por despido, en cuyo caso aplican la *lex fori*. Sobre esta cuestión, véase la nota "The effect of United States labor legislation on the Flag-of-convenience fleet: regulation of shipboard labor relations and remedies against shoreside picketing", *Yale Law Journal*, 1959-1960, pp. 498-530.

¹⁶ LUCIFREDI, C.E y ORIONE, M.: "L'action de l'ITF et les juges italiens", *Colloque droit littoral et mer*, 1992, pp. 115-119.

¹⁷ En este orden de cosas, las acciones de solidaridad de carácter internacional, esto es, aquellas huelgas que se susciten en apoyo de una huelga declarada en otro país, pueden plantear asimismo diversos problemas jurídicos en este contexto. En este sentido, la primera cuestión que cabría delinear al respecto sería determinar si un conflicto de solidaridad se torna ilícito o lícito simplemente por el hecho de que éste se desenvuelve en el extranjero. Dicha calificación, en opinión de algún autor, dependerá de la conceptualización que se otorgue en este mismo sentido al conflicto principal, ya que normalmente la ley del lugar donde se produce la huelga de solidaridad reputará como ilegal si el conflicto principal también es declarado de una manera o de otra. No obstante, existen asimismo posiciones contrapuestas en relación a cuál debe ser la ley aplicable para la determinación de la legalidad o ilegalidad de estas acciones —siendo además ésta la posición mayoritaria—. Así, se ha señalado que la regla general aplicable para determinar la legalidad del conflicto principal sería la ley del lugar donde se lleve a cabo la acción de solidaridad, y por lo tanto dependerá de las restricciones que ese ordenamiento jurídico establezca en relación con estas acciones con carácter general.

noce del asunto va a establecer bajo el prisma de la *lex fori* la naturaleza de la acción sindical que se lleve a cabo y que normalmente coincidirá con la ley del lugar donde se desarrolla el boicot o la huelga de solidaridad¹⁸. En este sentido, la mayor parte de los boicots o de las huelgas de solidaridad que se han promovido por los sindicatos de la gente de mar han sido considerados como prácticas ilegales en aplicación de la ley del lugar donde éstas se han desarrollado, tanto porque de acuerdo a la ley que rige el conflicto principal —generalmente la ley del pabellón— habían sido consideradas como ilícitas, así como y sobre todo porque se llegaba a la misma conclusión en aplicación de las disposiciones imperativas del foro o de la *lex fori* —esto es, normalmente la del ordenamiento jurídico correspondiente al Estado del puerto—. La realidad muestra que los jueces de los distintos Estados que han soportado acciones de esta naturaleza han declarado su ilicitud como solución general a través de la aplicación de la *lex fori* directamente o por aplicación de las disposiciones imperativas del foro que regulan los conflictos colectivos con independencia de la calificación dada a la acción principal, ya que estas acciones solidarias deben cumplir requisitos estrictos, como el de demostrar una razón válida para apoyar la acción que desencadenó el conflicto y no perjudicar a la economía interna del país donde se desenvuelve la acción de solidaridad de que se trate¹⁹.

A diferencia de la postura tradicionalmente sostenida con respecto a esta tipología de conflictos que acabamos de mencionar, es cierto también que para otro sector doctrinal, el problema de la calificación previa debía resolverse a través de la aplicación de la ley del país donde sobreviene o se desarrolla el conflicto, esto es, a través de la aplicación —muy particular— de la denominada *lex loci delicti*, que perfectamente puede ser distinta de la anterior.

En el marco de esta duda preliminar, se ha de señalar que la postura que finalmente ha acabado por prevalecer es ésta última, no en vano el TJ (en el caso *Torline*), ha optado por calificar este tipo de acciones colectivas —incluso las acciones de solidaridad— como delictuales; de tal manera que tanto la licitud o ilicitud de la acción colectiva como la eventual responsabilidad civil que pudiera derivarse de aquélla son consideradas materia delictual o cuasidelictual a efectos procesales; haciendo coincidir a estos efectos la regulación laboral que regula la calificación previa del conflicto con la normativa civil que ordena la responsabilidad derivada de aquélla. Asimismo, y por lo que se refiere a los supuestos de acciones de solidaridad, se señala —de acuerdo a la interpretación dada en la sentencia *Torline*— que la calificación jurídica de la acción colectiva dependerá de la ley del país donde la acción de solidaridad o secundaria se desenvuelve, sin que en estos términos interese la acción principal a ningún efecto. La solución interpretativa adoptada por el TJ parece la más razonable, ya que lo habitual será que la ley que califique el supuesto de hecho y la que determina las consecuencias resarcitorias sea la misma, ya sea por la aplicación de la regla conflictual *lex loci actus*, esto es, la ley del país donde la acción se haya emprendido o vaya a emprenderse; ya sea por la aplicación de la *lex fori* por parte del juzgador que acabe conociendo del litigio. No obstante, a pesar de lo anterior, ello no tiene porqué suceder en todo caso, piénsese por ejemplo en el supuesto de acciones colectivas que se desenvuelven extramuros de la soberanía de cualquier Estado —a bordo de buques—, o también la posibilidad de que las partes seleccionen una ley reguladora de la responsabilidad civil

¹⁸ LUCIFREDI, C.E: “Bandiere di convenienza e boicottaggio: un caso norvegese”, Il *Diritto marittimo*, 1991-IV, pp. 1160-1164. Sobre esta cuestión en un comentario sobre un supuesto concreto que guarda su interés dada la distinta aproximación que en materia de conflictos colectivos existe entre los países de la *common law* y los países continentales, LUCIFREDI, C.E: “Sciopero di solidarietà degli addetti ai rimorchiatori nel porto di Liverpool”, Il *Diritto marittimo*, 1984-III, pp. 654-670.

¹⁹ CHAUMETTE, P: “L’internationalisation du travail maritime. L’impossible encadrement?”, *Droit Maritime Français*, 1994, pp. 691-693 y el mismo autor en “Réflexions sur les conflits collectifs maritimes de travail”, *Droit Maritime Français*, 1990, pp. 300-301. En el caso del Reino Unido, las demostraciones de solidaridad no se aceptan ni siquiera dentro de las fronteras nacionales, pues sólo están admitidas las medidas de fuerza contra el propio empleador, en BREITENFELLNER, A: “El sindicalismo mundial, un posible interlocutor”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 116, n° 4, p. 594. QUIMBERT, M: “Les aspects internationaux des conflits sociaux à bord des navires étrangers dans les ports”, *Colloque droit littoral et mer*, 1992, pp. 109-111. Un comentario a un supuesto de estas características en LUCIFREDI, C.E: “Sciopero e occupazione della nave in un porto straniero: un caso di giurisprudenza francese”, Il *Diritto Marittimo*, 1982, pp. 110-115.

extracontractual del sindicato por acciones colectivas transnacionales, que perfectamente podría ser distinta de la ley que califique la jurisdicción o antijurisdicción de la acción.

III. LA DETERMINACIÓN DEL TRIBUNAL COMPETENTE PARA EL CONOCIMIENTO DE UNA DEMANDA DE DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADA DE UNA ACCIÓN DE CONFLICTO COLECTIVO MARÍTIMO

Dilucidado el problema calificadorio al que el juez que conozca del asunto debe enfrentarse con carácter previo a cualquier otra cuestión; es el momento de abordar la cuestión relativa a la competencia judicial internacional para la determinación del tribunal competente para el conocimiento de una demanda por daños y perjuicios que un empresario marítimo podría elevar como consecuencia de una acción colectiva marítima. En tal sentido, son dos los foros principales objeto de análisis. Por una parte, el estudio del actual art. 7.2 RB 2012, que prácticamente recoge –de manera mimética– lo dispuesto en el extinto art. 5.3 del CB, que fue objeto de interpretación por el TJ en el caso *Torline*, relativa a la competencia, en materia delictual o cuasidelictual de los tribunales donde se hubiera producido el hecho dañoso. En segundo lugar, y aunque no haya sido objeto de interpretación alguna por parte del tribunal de Luxemburgo con respecto a la vertiente colectiva del Derecho del trabajo, debemos hacer mención al foro por conexidad, que posibilita la interposición de una demanda conjunta por daños y perjuicios contra los sindicatos convocantes ante el domicilio de uno de ellos, sin perjuicio de que el hecho dañoso se exteriorice en otro Estado. Éste foro (por conexidad) es el que implícitamente se aceptaba en el caso *Viking Line*, cuando la empresa naviera demandó ante los tribunales del Reino Unido dado que la ITF tiene su domicilio social en aquél país.

III.1. El foro en materia delictual o cuasidelictual: el caso *Torline*

A pesar de que no nos es desconocido que el juego de foros comprendidos en el RB 2012 van más allá de la aplicación de lo dispuesto en el art. 7.2 del mismo texto, en materia delictual o cuasidelictual²⁰; lo cierto es que esta disposición se erige como el punto de conexión específico para dilucidar la competencia de los órganos jurisdiccionales que deban conocer de controversias en materia de responsabilidad por daños. Así, a continuación nos vamos a limitar a analizar este foro sobre la base de la interpretación que en su momento realizara el TJ en el caso *Torline*, que –como se ha avanzado– era un litigio cuyo supuesto fáctico se encuadraba en los supuestos de acciones colectivas de solidaridad a los que se ha hecho referencia con anterioridad.

La dificultad principal que se deriva de la aplicación del citado foro deriva del alcance que haya de darse a la expresión “*lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso*”, para lo cual resulta imprescindible manejar la interpretación que el tribunal comunitario ha realizado sobre esta expresión en otras ocasiones. A estos efectos, el problema de precisar la noción de “lugar donde se produce el hecho dañoso” surge en aquellas ocasiones en las que cabe distinguir un lugar o país donde tiene lugar el hecho o acontecimiento causal del que deriva el daño, y un lugar diferente donde aquél se exterioriza, manifiesta o materializa. Esta situación ha provocado que el TJCE en diversos pronunciamientos sobre esta materia mantenga una interpretación amplia de la dicción contenida en esta disposición²¹, determinando que esta expresión debe entenderse en el sentido de que alude tanto al lugar donde el daño ha sobrevenido como al lugar

²⁰ Ya que este foro concurre con la facultad que a las partes confiere este instrumento europeo en hacer uso de la autonomía de la voluntad para someter el litigio a los tribunales de su elección vía sumisión expresa o tácita o de emplear el foro general del domicilio del demandado;

²¹ Que se refleja en la redacción del art. 5.3 del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (RBI), que modifica la misma disposición contenida en el CB, señalando “Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro: En materia delictual o cuasidelictual, ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso”. La refundición del año 2012 de esta norma recoge de manera mimética lo dispuesto en el RBI.

del hecho causal²². A través de esta interpretación, el Tribunal comunitario ha pretendido la apertura de este foro especial, como foro de ataque al demandante, permitiendo que éste pueda elegir la presentación de la demanda ante cualquiera de los dos foros implicados, tanto ante los tribunales del lugar donde el daño se exterioriza como ante los tribunales del lugar donde se produjo el acontecimiento causal. Ahora bien, y por precisar aún más la posición interpretativa sostenida por el TJCE en relación con el art. 5.3 CB, debemos señalar que la opción que para el demandante se deriva de aquélla no responde —como a primera vista pudiera parecer— al criterio de favor laesi, esto es, como un foro de protección que juega a favor del que sufre el daño, sino que trae causa en estimar que ambos lugares constituyen contactos significativos en orden a una buena organización del proceso, especialmente en lo que se refiere a la obtención y valoración de pruebas. Asimismo, y en apoyo a esta afirmación, debemos señalar que el TJCE ha precisado el alcance de esta doble opción, lo que pone de manifiesto la ausencia del criterio de favor laesi como inspirador del art. 5.3 CB. Así, por un lado, limita el foro relativo al lugar de materialización o manifestación del daño exclusivamente respecto de las víctimas directas y, por otra parte, realiza una interpretación restrictiva que impida englobar cualquier lugar donde puedan experimentarse las consecuencias perjudiciales de un hecho que haya causado ya un daño sobrevenido en otro lugar, puesto que ello derivaría en el riesgo de consagrar el foro del domicilio del demandante.

Trasladando las notas anteriores al caso de las acciones colectivas de solidaridad que se planteaba en el caso *Torline*, y prescindiendo de supuestos más complejos que pudieran darse²³; se ha de señalar que el órgano jurisdiccional comunitario afrontó el problema de la concreción del “lugar donde se produce el hecho dañoso”, para lo cual fue necesario que este tribunal tomara una postura acerca de la existencia o inexistencia de una vinculación necesaria y objetiva entre la acción colectiva principal y la secundaria o de solidaridad. En el caso *Torline* no existen demasiadas dudas a la hora de considerar cuál de las acciones entabladas —principal o secundaria— era la única capaz de originar daños al armador danés, ya que en el caso particular, al tratarse de un trayecto regular entre Suecia y el Reino Unido, parece lógico sostener que solamente la acción de solidaridad sostenida en Suecia era la única capaz de originar daños al empresario marítimo. No obstante, y a los efectos de la determinación del tribunal competente para conocer del litigio, el TJCE afrontó la cuestión tratando de establecer si el daño se origina en Dinamarca como consecuencia del preaviso de acción colectiva realizado por el sindicato de marinos danés y la consecuencia dañosa se materializa en Suecia, o si por el contrario tanto el hecho causal como la consecuencia dañosa devienen únicamente de la acción de solidaridad planteada por el sindicato sueco en este territorio. En este sentido, el TJ sostuvo que el ejercicio de la medida de presión secundaria es consecuencia sine qua non de la acción principal, lo que le conduce inevitablemente a efectos de la aplicación del art. 5.3 CB a considerar como jurisdicciones competentes para conocer del caso tanto a Dinamarca como Estado donde se produce el hecho causal como a Suecia, lugar donde se aprecia la consecuencia dañosa del preaviso de acción colectiva de solidaridad.

Sin embargo, en mi opinión no existe una relación forzosa entre ambas acciones colectivas que haga posible habilitar al demandante dos foros alternativos de ataque contra el sindicato danés como responsable de los perjuicios económicos causados por el ejercicio de acción colectiva de la federación de trabajadores del transporte sueco²⁴. De este modo, aún siendo co-

²² Entre otras, Sentencia de 30 de noviembre de 1976, *Minas de Potasio de Alsacia* (21/76, Rec. p. 1735).

²³ Que se producirá cuando el lugar en el que se materializa el daño esta localizado en varios Estados a la vez. Supuesto que se planteó a propósito de los daños ocasionados como consecuencia de una publicación difamatoria que se distribuye en diversos Estados y que dio lugar a la STJCE de 7 de marzo de 1995, *Fiona Shevill* (C-68/93, Rec. p. I-415 y ss).

²⁴ Máxime cuando el concepto que emplea el art. 5.3 CB no puede interpretarse en el sentido de que incluya el lugar en el que la víctima alega haber sufrido un perjuicio patrimonial consecutivo a un daño inicial sobrevenido y sufrido por ella en otro Estado contratante. En este sentido, STJCE de 19 de septiembre de 1995, *Marinari* (C-365/93, Rec. p. I. 2719, apartados 14 y 15).

recta la interpretación del art. 5.3 CB en el sentido de entender que pueden ser competentes los tribunales del país donde se produce el hecho causal como aquéllos del Estado donde se exteriorizan los daños, entiendo que en el litigio que nos ocupa tanto el hecho causal como la materialización del daño se produce en Suecia. Por tanto, según esta interpretación del art. 5.3 CB serían competentes para conocer del caso los órganos jurisdiccionales suecos exclusivamente.

Por otra parte, el asunto *Torline* también se pronunció, aunque de manera tímida, acerca de si ha de considerarse al buque como “el lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso” a efectos de considerar a los órganos jurisdiccionales del Estado del pabellón competentes para el conocimiento del litigio, de acuerdo a lo dispuesto en el entonces art. 5.3 CB. La razón que en aquel momento movía al tribunal a quo a interrogar sobre esta cuestión particular se debe a que la nave ostentaba bandera danesa, de tal manera que en el caso de que el TJ hubiera respondido afirmativamente a esta cuestión, hubiera posibilitado que el armador danés pudiera ejercitar la acción de indemnización ante los tribunales daneses exclusivamente, al hacer residir la competencia para conocer del conflicto a los órganos jurisdiccionales del país que ha otorgado su nacionalidad a la nave a través del acto del registro (abanderamiento). En este sentido, el TJ va a responder que, en circunstancias como las del litigio principal, el art. 5.3 CB debe interpretarse en el sentido de que los daños que resulten de una acción colectiva emprendida por un sindicato de un Estado contratante en el que navega un buque registrado en otro Estado contratante no deben necesariamente ser considerados como acaecidos en el Estado del pabellón, de modo que el armador puede ejercitar una acción de indemnización contra dicho sindicato en este último Estado. Esta formulación repercute sobre la clásica aplicación del criterio del pabellón para la resolución de los litigios –individuales o colectivos– acaecidos en el marco de la industria marítima, debilitando el recurso al mismo. Si bien ello es así, el tribunal de Luxemburgo no se va a expresar de manera categórica sobre esta materia, por lo que en el caso de que el conflicto colectivo se suscitara a bordo de un buque, la respuesta del tribunal bien habría podido ser distinta.

III.2. La aplicación implícita del foro por conexidad en el marco de las acciones colectivas marítimas: el ejemplo de Viking Line y la búsqueda de un “forum Shopping”

Junto con la apertura de dos foros indistintos para el establecimiento de la demanda por daños y perjuicios derivado de acción colectiva transnacional que acabamos de señalar, conviene poner de manifiesto otra posibilidad que, desde aquí, entendemos puede entrañar enormes riesgos, amén de constituir jurídicamente una opción que técnicamente no compartimos. Nos referimos a la posibilidad de que la empresa naviera recurra al denominado foro por conexidad contenido en el actual art. 8.1 del RB 2012, como de manera implícita ocurrió en el caso *Viking Line*, en el que la empresa finlandesa demanda conjuntamente ante los tribunales ingleses al sindicato de marinos fines y a la federación internacional de trabajadores del transporte. En este caso, y en aplicación del criterio anterior, tal y como desde aquí se ha interpretado, la empresa no hubiera tenido posibilidades de demandar en el Reino Unido (país donde está domiciliada la ITF). Asimismo, y en aplicación del foro general del domicilio del demandado, tampoco la empresa hubiera podido eludir la aplicación de la legislación finlandesa, dado que era el sindicato de marinos fines el que eventualmente hubiera provocado daños a la naviera. No obstante, y en una buena estrategia jurídica, la empresa articula su demanda ante los tribunales ingleses que, sin mayores explicaciones, asumen la competencia para el conocimiento del litigio. La razón que lleva a la empresa a demandar a ambos sindicatos conjuntamente ante estos tribunales trae causa en la clásica posición que han mantenido éstos en relación con los conflictos colectivos relacionados con la industria marítima, ya que de acuerdo al ordenamiento jurídico inglés, la huelga y los conflictos colectivos marítimos se han venido considerando como ilícitos en la mayor parte de los casos, por no decir en su totalidad. Obviamente, y como consecuencia de lo anterior, la reclamación por daños y perjuicios que eventualmente se hubiera derivado de la acción colectiva preventiva en este caso hubiera alcanzado el éxito que la empresa naviera perseguía.

En efecto, aquí el problema es el de determinar si el foro por conexidad²⁵ recogido en el art. 6.1 del RB I (actual 8.1 RB 2012) puede ser de aplicación en el caso de acciones colectivas conectadas con más de un ordenamiento jurídico donde el sujeto colectivo que autoriza o insta al conflicto es una Federación Internacional de trabajadores (por ejemplo) domiciliada en un país distinto al de aquél donde se desenvuelve el conflicto y donde se encuentra domiciliada la organización sindical inferior –integrada en la anterior– que organiza y desarrolla la huelga. De acuerdo con lo anterior, el problema que se suscita es si la aplicación de este foro es factible a la hora de imputar responsabilidades por daños y perjuicios cuando las organizaciones sindicales se estructuran en grupos complejos integrados por distintas personas jurídicas, cada uno de ellos –debe recordarse– jurídicamente separada de las demás a efectos de la imputación de responsabilidades. Desde esta perspectiva, creemos oportuno señalar que si se admite –sin más consideraciones– que en cualquier caso de participación de la ITF en la acción de que se trate, es posible la imputación conjunta de responsabilidades ante los tribunales ingleses por aplicación conjunta del foro del domicilio del demandado-foro por conexidad del RB; a la postre lo que se deduce es la consideración en todos estos casos de que la organización sindical supranacional y los sindicatos afiliados a ella constituyen un grupo de empresas; con las evidentes consecuencias que de toda índole se detraen de esta conclusión. Esta perspectiva, conduce a considerar que en todo supuesto de esta naturaleza se está produciendo una utilización abusiva de la personalidad jurídica, lo que desde luego –como mínimo– nos parece del todo excesivo; por no señalar que no podemos estar más que en un profundo desacuerdo. En este sentido, desde aquí se considera que una cosa es que el empleo del foro por conexidad no sea factible para estos supuestos y otra, muy distinta, es que de acuerdo a la legislación aplicable resultante de la aplicación de Roma II, no sea posible imputar la responsabilidad extracontractual solidaria de los sujetos intervinientes.

IV. LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD EXTRA-CONTRACTUAL POR DAÑOS DEL SINDICATO MARÍTIMO

Como se señalaba al comienzo de estas páginas, el art. 9 Roma II establece las reglas conflictuales aplicables a la acción de conflicto colectivo transnacional conectada con más de un ordenamiento jurídico. A tal fin, se establecen los siguientes criterios de conexión. En primer lugar, la ley aplicable a la obligación extracontractual será la que las partes determinen, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 14 Roma II –Libertad de elección–, ya que el art. 9 Roma II no excluye su aplicación²⁶. En defecto de ley aplicable, y tal como recuerda el art. 9 será de aplicación lo dispuesto en el art. 4.2 Roma II, que establece como criterio de conexión la ley de residencia común de las partes. Finalmente, y en el caso de que ninguna de las anteriores jugará,

²⁵ Seguimos a estos efectos, las consideraciones vertidas por VIRGÓS SORIANO, M y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Civitas editorial, Madrid, 2000. pp. 141 y ss. El foro por conexidad, recogido en el art. 6.1 del RB I (art. 8.1 RB 2012 actual) establece que “Las personas a las que se refiere el artículo anterior también podrán ser demandadas: 1) si hubiere varios demandados, ante el tribunal del domicilio de cualquiera de ellos, siempre que las demandas estuvieren vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueren juzgados separadamente”. Esta disposición permite acumular las pretensiones contra varios demandados en el tribunal del domicilio de cualquiera de ellos, siendo un foro que opera de manera alternativa tanto al foro del domicilio del demandado como a los foros especiales por razón de la materia. Para que esta disposición sea aplicativa es necesario que se den tres condiciones. La primera que exista cierta conexidad procesal entre las pretensiones que se ejercen contra todos los demandados, y particularmente que ambas pretensiones tengan elementos fácticos o jurídicos comunes cuya tramitación independiente conllevaría el riesgo de inconciliabilidad de decisiones. En segundo lugar, que exista cierta relación material entre los demandados que justifique la acumulación de todas las demandas. En tercer y último lugar, se ha de señalar que no se puede hacer un empleo abusivo del foro previsto en el art. 8.1 RB 2012.

²⁶ En el mismo sentido, JOUBERT, N: “Les règles de conflit spéciales en matière de délits dans le Règlement du 11 juillet 2007 (Rome II)”, en VVAA (CORNELOUP y JOUBERT Dir.): *Le Règlement communautaire Roma II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Litec –lexis Nexis editorial, Université de Bourgogne, Actes du colloque du 20 septembre 2007 –Dijon, vol. 31, 2008, p. 77.

la determinación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de una acción de conflicto colectivo se someterá a la ley del país en el que se haya emprendido la acción o vaya a emprenderse. Como es visible, esta última regla conflictual constituye una excepción los parámetros generales sobre los que se asienta el criterio general contenido el art. 4 Roma II. En efecto, si tenemos en cuenta que la regla general es entender aplicable la ley del país donde se produce el daño (*lex loci delicti commissi*), con independencia del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión; el art. 9 Roma II establece que —en defecto de elección o de residencia común de las partes— será de aplicación la ley del país en el que se haya emprendido la acción o vaya a emprenderse (*lex loci actus*). De este modo, se ha querido evitar la aplicación de la *lex loci delicti commissi*, dados los problemas singulares que se habían suscitado a propósito de la sentencia *Torline*²⁷, sustituyendo esta previsión por la determinada en función del lugar donde la acción colectiva se emprenda o vaya a emprenderse. De entre las anteriores reglas conflictuales vamos a prestar atención exclusivamente a la última de las anotadas, esto es, el análisis de la *lex loci actus*, ya que en la mayor parte de las ocasiones —por no decir en su totalidad— éste será el criterio conflictual a emplear, ante la escasa operatividad de la autonomía de la voluntad y del criterio de residencia común en todos estos supuestos.

IV.1. La escasa operatividad del criterio conflictual *lex loci actus* en el marco de acciones colectivas emprendidas a bordo de buques

El art. 9 Roma II establece que en defecto de aplicación de las reglas de conexión anteriores será de aplicación la ley del país donde la huelga —o acción colectiva— se desenvuelva o vaya a desenvolverse. Con carácter general, se trata de una opción muy adecuada porque normalmente el lugar donde la huelga o acción colectiva transnacional se desenvuelve es el lugar que mayor conexión presenta con la cuestión litigiosa, amén de que el ejercicio del derecho a la huelga se encuentra sometida a normas de orden público, que ocupan —como se sabe— una posición preferente en estas regulaciones. Asimismo, si además nos encontramos con que se ejercitan acciones de presión complementarias —piquetes, bloqueos, etc.— lo normal es que se realicen en ese mismo país, lo que permite la aplicación de un mismo ordenamiento regulador. Finalmente, en la mayor parte de los casos, los daños derivados de la acción colectiva se producirán en ese mismo país. No obstante, cabe preguntarse si esta solución es la más adecuada para todos los supuestos, tomando en consideración que no podemos olvidar que las acciones colectivas transnacionales pueden presentar una multiplicidad de lugares donde la acción colectiva se desenvuelve y/o los daños se producen, amén de que —por ejemplo— en el caso de huelga a bordo de buques, este criterio devenga absolutamente inservible. En efecto, esta regla va a tener una nula operatividad en los supuestos de huelgas acontecidas a bordo de buques, puesto que el buque no es ningún territorio, ni el pabellón o bandera del buque localiza un país específico. Ahora bien, lo anterior no significa que esta regla no tenga operatividad en otros supuestos en los que este tipo de acciones colectivas venga acompañada de boicot u otro tipo de medidas en un puerto particular, ya que en este caso sí es posible identificar un territorio o locus de aplicación del citado criterio. Así, en los supuestos en los que el país donde el buque atraque y se desenvuelve la acción colectiva de que se trate tenga un interés particular en el conflicto colectivo en cuestión, esta norma podría ser de aplicación; lo que —por otra parte— ha sido habitual al aplicar la “ley del puerto” para solucionar estos conflictos²⁸.

²⁷ La aplicación del lugar del daño provocaba que la ley reguladora de la acción fuera la ley del establecimiento del empresario. Así, CRESPO HERNÁNDEZ, A: “Análisis metodológico de la ley aplicable a la responsabilidad por daños derivados de la adopción de medidas de conflicto colectivo”, <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/kinesis/analisis-conflicto-colectivo.pdf>, p. 9 del documento.

²⁸ Y en general, entiendo que esta solución tampoco es demasiado interesante en muchos supuestos de transporte internacional distintos al del transporte marítimo. Sobre alguna de estas críticas también se pronuncia, VAN HOEK, A.A.H: “Private international law aspects of collective actions – comparative report” en VV.AA (Dir. DORSSEMONT, JASPERS y VAN HOEK): *Cross-border collective actions in Europe: A legal Challenge*, Intersentia editorial, Amberes, 2007, pp. 451 y ss.

En definitiva, si bien es cierto que esta regla conflictual es la más apropiada para la mayor parte de los supuestos de estas características –también en la industria marítima–; no podemos dejar de pensar en otros casos en los que su operatividad puede o ser nula o ser escasa. Incluso es perfectamente factible que aunque este criterio conduzca a la aplicación de una ley determinada; ese ordenamiento jurídico tenga una escasa conexión socio-económica con el conflicto en cuestión.

V. LA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES IMPERATIVAS Y DE ORDEN PÚBLICO EN EL CONTEXTO ROMA II A LAS ACCIONES COLECTIVAS MARÍTIMAS: ENSEÑANZAS DEL CASO VIKING LINE.

La determinación de la ley aplicable resultante de la aplicación de los distintos criterios conflictuales establecidos en el art. 9 Roma II puede verse alterada por la aplicación de las disposiciones imperativas y de orden público contenidas en los artículos 16, 17 y 26 Roma II²⁹. La cuestión principal por la cual se trae a colación este tema tiene que ver no tanto por el hecho de que evidentemente cuestiones tan espinosas como el derecho de huelga o los derechos colectivos en general formen parte del orden público de cualquier Estado; sino por la eventual incidencia que la interpretación efectuada por el TJ a propósito de la sentencia Viking (y Laval) tiene sobre esta materia. Asimismo, el que la actividad en la industria marítima quede supeditada a la seguridad de la navegación debe considerarse como un factor a tener en cuenta, incluso de cara a la aplicación del art. 46 del TCE³⁰, que fue la disposición relativa a la noción de excepción de orden público –o por razones imperiosas de interés general– empleada por el TJ para restringir el recurso a las acciones colectivas transnacionales cuando éstas entran en conflicto con las libertades económicas comunitarias³¹.

Así, en primer lugar, y en relación con la eventual operatividad de la interpretación efectuada por el TJ en la sentencia Viking sobre los artículos 16, 17 y 26 Roma II; hemos de señalar que nuestra posición es contraria a dicha extensión. Y ello así, porque por una parte, el TJ confunde –en nuestra opinión– el alcance y función de los distintos mecanismos técnico-jurídicos encaminados o pensados para limitar o corregir el alcance de la ley designada por las normas de conflicto³²; disposiciones a las que con carácter general cabe denominar en genérico normas imperativas. En efecto, el tribunal de Luxemburgo ha ido poco a poco restringiendo la aplicabilidad de estas normas imperativas comunitarias para convertirlas –todas en su conjunto y sin excepción– bajo el abrigo de las leyes de policía estrictamente nacionales. De este modo, sea cual sea el derecho que en el ámbito laboral –fundamental (huelga u otros) o no– se contraponga al ejercicio de las libertades económicas comunitarias, acaba estando sometido a un principio de proporcionalidad que –como se observa–, en su aplicación, acaba dando primacía absoluta a los derechos económicos sobre los sociales. En efecto, el que el Tribunal de Luxemburgo haya recurrido para la interpretación del límite contenido en el art. 46 TCE (orden público o razones imperativas de interés general³³) a –entre otros– los pronunciamientos anotados, (que

²⁹ Una descripción general en PALAO MORENO, G: *Responsabilidad civil extracontractual en el Derecho europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 326-328.

³⁰ Restricción surgida a propósito de la actividad jurisprudencial del TJCE. Véase a tales efectos, las sentencias de 28 de abril de 1977, Thieffry, 71/76, Rec. p. 765, apartados 12 y 15 y Sentencia de 31 de marzo de 1993, Kraus, C-19/92, Rec. p. I-1663, apartado 32.

³¹ Sobre esta cuestión muy particular, FOTINOPOULOU BASURKO, O: “El asunto Viking Line: un litigio que va más allá de la encrucijada entre las libertades económicas comunitarias y el derecho a la huelga”, *Tribuna Social* n° 217, 2009, pp. 40-58

³² Brevemente, PAU, G: “Le norme imperative nella convenzione CEE sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali”, *Rivista di diritto internazionale*, 1982, pp. 868-872.

³³ Sobre esta cuestión, entre otros, BARILE, G: “Principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e principi di ordine pubblico internazionale”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 1986, pp. 5-20. KARYDIS, G: “L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire: un concept à contenu variable”, *Revue trimestrielle de droit européen* n°1, 2002, pp. 1-26.

en sí mismos son ya discutibles y están pensados para ser aplicados a otros efectos), deja sin valor alguno el significado general de la noción de orden público, esto es, del reconocimiento de qué norma o normas estatales (con el fin de salvaguardar los intereses estatales protectores de la organización socio-económica o política de los respectivos ordenamientos) tienen la capacidad para excepcionar en parte o en su totalidad la aplicación, en este caso, del ordenamiento comunitario. Y en este sentido, parece difícil o más bien imposible sostener que los derechos sociales fundamentales no puedan tener semejante anclaje, por cuanto que definen —en lo que a nuestro derecho interno se refiere— al propio Estado social. Por otra parte, esta interpretación le lleva al tribunal de Luxemburgo a concluir la subordinación del derecho de huelga en relación con la libertad de establecimiento o de libre prestación de servicios, en aplicación del principio de proporcionalidad³⁴. Ahora bien, la aplicación de este principio depende de que la UE cuente con competencias para regular una determinada materia y que ésta no haya sido armonizada; aspectos ambos que no concurren con respecto a las acciones colectivas, ni el derecho de huelga. Finalmente, entendemos la inaplicación de esta jurisprudencia sobre las disposiciones anotadas sobre la base de la interpretación que realiza entorno a la eficacia horizontal directa de las disposiciones sobre libertad de establecimiento sobre los convenios colectivos y, por extensión, también sobre las acciones sindicales que llevan adelante los sindicatos envueltos en el conflicto³⁵. Esta premisa, que desde aquí no se comparte en absoluto, ha sido duramente criticada por una parte de la doctrina, ya que señalan que el efecto directo horizontal no se concilia fácilmente con la naturaleza de los sindicatos, por cuanto que no son una “emanación del Estado”³⁶. Además, se señala que esa decisión afecta de manera directa al Derecho a la asociación obrera y que, además, conduce —de hecho— a la armonización del Derecho comunitario en materias que son competencia exclusiva de los Estados miembros, amén de vaciar el contenido y significado del derecho a la huelga³⁷.

³⁴ Sobre el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TJCE, véase JACOBS, F.G: “Recent developments in the principle of proportionality in European Community Law” en ELLIS, E (ed): *The principle of proportionality in the laws of Europe*, Oxford, 1999. Lo anterior entraña una doble valoración [ORLANDINI, G: *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, Working Papers, Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo “Massimo D’Antona”, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” INT – 45/2006, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Catania, pp. 19 y ss.], puesto que por un lado, la medida debe ser adecuada para garantizar el objetivo que se persigue y no debe ir más allá de lo necesario para alcanzarlo [STJCE, de 30 de noviembre de 1995, Gebhard, C-55/94, Rec. p. I-4165, apartado 37] (superación del test de necesidad, racionalidad y proporcionalidad en sentido estricto).

³⁵ En efecto, tal y como expresa la sentencia: “Por otro lado, como alegan el FSU y la ITF, las medidas de conflicto colectivo como las controvertidas en el litigio principal, que pueden constituir el último recurso de las organizaciones sindicales para lograr su reivindicación de que se regule de modo colectivo el trabajo de los asalariados de Viking, deben considerarse relacionadas, de modo inseparable, con el convenio colectivo que el FSU quiere celebrar. De lo anterior se deriva que las medidas de conflicto colectivo como la referida en la primera cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente están comprendidas, en principio, en el ámbito de aplicación del artículo 43 CE” (apartados 36 y 37).

³⁶ Así se expresa, BERCUSSON, B: *Collective action and economic freedoms before the European Court of Justice*, ETUI-REHS, Bruselas, diciembre 2007, pp. 20 y ss, según el cual “Collective action is not a regulatory measure; trade unions are not regulatory bodies as “emanations of the State” “horizontal direct effect violates freedom of association (...) and harmonises EC law on collective action”. En el mismo sentido, en cuanto a la aplicabilidad del art. 46 TCE, ORLANDINI, G: “Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali...”, *op. cit.* pp. 19 y ss. Otra opinión es la defendida por D’ACUNTO, S: “Une application populaire de la libre circulation des services: le droit à l’utilisation des antennes paraboliques”, *Revue du Droit de l’Union européenne*, nº 3, 2002.

³⁷ Así, COLUCCI, M: “L’Unione Europea in un delicato equilibrio fra libertà economiche e diritto sindacali nei casi Laval e Viking: quando il fine non giustifica i mezzi”, *Diritto delle relazioni industriali*, issue 1, 2008, p. 241, citando a D’ACUNTO, S: “Une application populaire de la libre circulation des services: le droit à l’utilisation des antennes paraboliques”, *Revue du Droit de l’Union européenne*, nº 3 2002.