

Las recientes reformas europeas en materia de libertad sindical y negociación colectiva: ¿Tiene algo que decir el Tribunal Europeo de Derechos Humanos?

Recent European reforms on freedom of association and collective bargaining: does the European Court of Human Rights have anything to say?

Mireia LLOBERA*

RESUMEN: En junio de 2012 la Unión Europea desembolsó 41,3 billones de Euros al gobierno español para cubrir las necesidades de liquidez de la banca. Dicho “rescate” no sólo comportó reformas relativas a la regulación del sector financiero. También trajeron las reformas laborales de 2010-2012 —que marcan un antes y un después en el modelo de Derecho Sindical en nuestro país— y que se originan en el contexto del procedimiento comunitario por déficit excesivo abierto a España. En el marco de dicho procedimiento, España debía abordar la reforma del sistema de relaciones laborales. Fue la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, la que dio cumplimiento a las condiciones impuestas por el Consejo Europeo. Los organismos internacionales que han evaluado dicha reforma han puesto de relieve que ésta nunca sirvió para los objetivos a los que estaba dirigida: la creación de empleo. Además, la devaluación de las condiciones laborales y salariales ha tenido efectos devastadores para los ciudadanos en nuestro país. El reciente cambio de gobierno hacía pensar que dicha reforma tenía los días contados. Sin embargo, aún continúa en vigor. Este estudio trata de comprobar si la reversión de las reformas contenidas la Ley 3/2012

* Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Valencia. Contacto: <mireia.llobera@uv.es>. Fecha de recepción: 10/11/2018. Fecha de aprobación: 25/01/2019.

viene exigida por el Derecho internacional. Concretamente, si el legislador español no se ajustó a los parámetros establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad sindical.

PALABRAS CLAVE: Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Convenio Europeo de Derechos Humanos; Carta Social Europea; libertad sindical; negociación colectiva.

ABSTRACT: In June 2012, the European Union (EU) disbursed 41.3 billion Euros to the Spanish government to cover the banking liquidity needs. This “rescue” not only involved reforms related to the regulation of the financial sector. They also brought the labor reforms of 2010-2012. Such reforms involved a radical change in the model of Union Law in our country, and were originated in the context of a UE procedure for excessive deficit. Within the framework of this procedure, Spain had to address the reform of the labor relations system. Law 3/2012, of July 6, of urgent measures for the reform of the labor market, complied with the conditions imposed by the European Council to that effect. The international organizations that evaluated such labour reforms have highlighted that it never served the objectives to which it was directed: the creation of employment. In addition, the devaluation of labor and salary conditions has had devastating effects for citizens in our country. The recent change of government suggested that this reform had its days numbered. However, it is still in force. This study tries to verify whether the reversal of the reforms contained in Law 3/2012 is required by international law. Specifically, if the Spanish legislator did not comply with the parameters established by the European Court of Human Rights regarding freedom of association.

KEYWORDS: European Court of Human Rights; European Convention on Human Rights; European Social Charter; freedom of association; collective bargaining.

I. DELIMITACIÓN HISTÓRICA Y CONCEPTUAL DE LA NOCIÓN EUROPEA DE “FLEXISEGURIDAD”

El “virus” de la flexibilidad, proveniente de las ciencias empresariales¹, ha arraigando firmemente en el Derecho del Trabajo europeo, fruto de una evolución en los paradigmas normativos y de pensamiento, que han sido descritos por Caruso². Según este autor, inicialmente, la flexibilidad nace como “estigma”, desde la perspectiva aún vigente de la irrenunciabilidad de derechos, la autonomía y la preeminencia del Derecho del Trabajo y de sus valores de referencia (protección, solidaridad, igualdad, emancipación) frente a los del mercado (individualismo, competitividad, meritocracia). A continuación, a partir de los años 80-90, la crisis económica torna la flexibilidad en “mal necesario”: se permite que la negociación colectiva regule “in peius” y aparecen nuevos tipos de contratos. Los derechos laborales ya no son “intocables”, por la necesidad de una respuesta contingente a la situación económica, que requiere “medidas urgentes”. Ya con el siglo XXI, llega la flexibilidad como “necesidad objetiva” debido a la competitividad internacional y la revolución tecnológica: se acepta políticamente, y judicialmente, no sólo afectando el Derecho del Trabajo sino también la Seguridad Social. La temporalidad llega al sector público, y la Estrategia Europea de Empleo arropa la desregulación para lograr más empleo.

El último estadio, el más cercano en el tiempo, conforme a Caruso, supone el momento álgido de la flexibilidad como ideología, el de la “flexibilidad sistémica” o “redundante”, en el que la seguridad en el empleo como valor decrece, a raíz de una deman-

¹ ROMAGNOLI, U., “La libertad sindical hoy”, *Revista de derecho social*, Lacio, núm. 14, 2001, pp. 9-24.

² CARUSO, B., “Flexibility in Labour Law: The Italian case”, en CARUSO, B. y FUCHS, M. (coords.), *Labour Law and flexibility in Europe*, Baden-Baden, Nomos, 2005.

da de flexibilidad sin límites para adaptarse al mercado. Llega el *boom* de los contratos atípicos y de la “deslaboralización”, la multidiversidad de regímenes, y el ocaso de la identidad monolítica original del Derecho del Trabajo, en el que la desregulación se aborda a través de la hiperegulación. La “geometría variable” que ofrece la diversidad de regímenes jurídicos posibilita tanto la flexibilidad funcional dirigida a los trabajadores cualificados de la propia plantilla, –que requiere de estabilidad para lograr alto nivel de calificación y valor añadido, y para los que se diseñan estrategias de retención y formación–, como la flexibilidad numérica en la periferia, resuelta a partir de contratos temporales, empresas de trabajo temporal (ETT), subcontratas y precariedad.

En este contexto surge la “flexiseguridad”, como una tercera vía de regulación visible y ordenada de las relaciones laborales, a modo de perfecto ideal: orientación social y protectora, de un lado, compatible con flexibilidad útil en términos organizativos y económicos, de otro. Por encima de todo se logra legitimar la búsqueda de la flexibilidad en la agenda de reformas laborales.

Las reformas de flexiseguridad consensuadas en Holanda y Dinamarca con los sindicatos, se presentan como modelo en la Estrategia Europea para el Empleo (EEE) sobre cómo lograr un equilibrio social en el que compatibilizar el crecimiento económico, una elevada tasa de empleo y unas finanzas públicas viables. Un planteamiento en el que la flexiseguridad proporciona un cambio de modelo, que deja de ser el de la seguridad en el puesto de trabajo, y que pasa a ser el de la seguridad de empleo.

Bajo este nuevo modelo, el riesgo de perder el empleo existe, pero se parte de la teoría de que la red de la seguridad social garantiza a corto plazo lo suficiente para vivir y, a más largo plazo, las iniciativas del mercado laboral, combinadas con elevados niveles de empleo, aumentan las probabilidades de encontrar un nuevo trabajo. La protección social y el elevado grado de movilidad se combinarían con una política activa de mercado laboral que garantizaría que el desempleado está realmente disponible para el mercado de trabajo, es profesional y competitivo.

La elaboración de los Planes Nacionales de Empleo (PNR), basada en la experiencia adquirida en el marco de la EEE, toma el relevo a los antiguos planes nacionales de acción para el empleo. En la mayoría de los casos, las prioridades definidas por los Estados miembros se ajustan a las recomendaciones de la Unión Europea (UE) para cada país, en el que la combinación de flexibilidad y seguridad se ofrece como respuesta tanto a las necesidades de los empleadores, como a las de los trabajadores a fin de que éstos “mantengan la empleabilidad a lo largo de su carrera profesional”. La “empleabilidad” constituye pues uno de los ejes centrales de las fórmulas de flexiseguridad, y se ha definido como “la capacidad de ser productivo y de mantener el propio puesto de trabajo”³, lo que implica la posibilidad de “ofrecer la propia fuerza de trabajo, partiendo de un elevado nivel de adaptabilidad y funcionalidad de las capacidades profesionales, de productividad y el valor añadido, que permiten al trabajador/a acceder al mercado de trabajo, y si es necesario, encontrar un nuevo empleo”⁴.

En el ámbito empresarial, para lograr la “empleabilidad” se requiere que las empresas se doten de medios para el aprendizaje continuo de los empleados, fomenten y financien la creación de competencias, facilitando así la movilidad interna y la descentralización, que también se perfila como fuente de empleabilidad y movilidad externa⁵. En el ámbito público, los instrumentos que se vienen planteando en el contexto de las políticas activas de empleo (PAE) son, entre otros, la promoción de la formación y la reorientación profesional, la recualificación, el apoyo en la búsqueda de empleo, el autoempleo, la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, la reforma de las prestaciones sociales para hacer “más atractivo el trabajo”, los planes de seguimiento y apoyo

³ REPORT FOR THE EUROPEAN COMMISSION, *Anticipating & managing change. A dynamic approach to the social aspects of corporate restructuring*, Paris, 2002, p. 175.

⁴ *Idem*.

⁵ *Ibidem*, p. 184.

de los parados y las políticas de “inclusión” de determinados colectivos económicamente inactivos.

Sin embargo, como ha puesto de manifiesto López López,⁶ cuando se examinan de cerca las recomendaciones para los Estados en el Plan de Acción⁷ se comprueba la disparidad existente entre los fines e instrumentos de las políticas económicas y los de las políticas sociales. Las políticas sociales devienen en dicha estrategia un instrumento económico al servicio del incremento de la oferta de mano obra y la reducción de costes prestacionales de Seguridad Social. Las propuestas europeas de empleo, de “modernización” de la Seguridad Social, de conciliación y de igualdad de la mujer⁸ incorporan una elevada dosis de instrumentalización de las políticas sociales. Los fines sociales se convierten en consecuencias “colaterales” de las finalidades económicas, con el correspondiente efecto de sustitución y de marginación de políticas sociales integradas, de las que se desvían recursos económicos, humanos y voluntad política hacia medidas que favorezcan objetivos económicos.

⁶ LÓPEZ LÓPEZ, J., “Beyond the national case: convergences and divergences of labour law shaped by judicialization of ILO Conventions”, *Seminario Universidad Pompeu Fabra*, 2006. Véase también: LÓPEZ LÓPEZ, J., “Rethinking euro-rigths for workers in the year of the new currency”, en Fishman, Robert M. y Messina, Anthony M. (eds.), *The cultural, social and political import of Europe's common currency*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 2006.

⁷ “Lisbon action plan incorporating EU Lisbon programme and recommendations for actions to Member States for inclusion in their national Lisbon programmes”, documento anexo a la “Communication to the Spring European Council 2005. Working together for growth and jobs” de 02/02/2005, (SEC (2005) 192/1), p. 43-47

⁸ Para una visión integradora más allá de la conciliación, a partir de la noción de la corresponsabilidad, véase: LÓPEZ LÓPEZ, J., “Corresponsabilidad familiar y políticas legislativas sobre igualdad”, *Temas Laborales*, Andalucía, núm. 67, 2002.

De otro lado, hay que tener en cuenta que las posibilidades de éxito de las políticas activas de empleo (PAE) dependen de un gran número de factores macroeconómicos, incluyendo las características del mercado laboral en donde éstas operen, siendo un requisito previo importante para poder obtener resultados el que la demanda de mano de obra sea fuerte.⁹ Cuando no hay creación neta de empleo, no cabe esperar sino resultados limitados. De este modo, la demanda agregada es un factor fundamental que condiciona las posibilidades de éxito de las PAE. Si no hay un aumento de la demanda de empleo y de la contratación neta, a corto plazo las políticas activas de empleo pueden producir el efecto de redistribuir los empleos por medio de la sustitución y desplazamiento de unos trabajadores por otros.

Los estudios que analizan el impacto microeconómico de las políticas de empleo examinan sus efectos en los participantes concretos de dichos programas, mientras que los estudios macroeconómicos examinan su efecto en el empleo agregado y en las retribuciones generadas. Estos últimos, por lo tanto, tienen en cuenta la “creación de empleo neta”, detrayendo de la creación empleo bruta el efecto sustitución y efecto neutral de las políticas. El efecto “neutral” de un programa no difiere de lo que hubiera ocurrido en su ausencia. Un ejemplo típico de este efecto es una subvención de una persona desempleada en una empresa, dándose la circunstancia de que dicha contratación se hubiera producido en ausencia de dicha subvención. Mientras que el efecto “sustitución” se daría, por ejemplo, cuando un trabajador con bonificación contratado en una empresa viene a sustituir a un trabajador no subvencionado, que hubiera sido contratado igualmente para cubrir

⁹ Las políticas en la vertiente de la oferta, relativas por ejemplo a la ciencia y tecnología, la educación y formación y las políticas empresariales han de combinarse con políticas que promueven el aumento de la demanda agregada en la economía. Véase: MARTIN, John P., “What Works Among Active Labour Market Policies. Evidence from OECD countries experiences”, *OECD Labour Market and Social Policy Occasional Papers*, Paris, núm. 35, 1998, p. 14.

un puesto necesario en la empresa¹⁰. El efecto a corto plazo en la creación de empleo es cero.

La OCDE ha puesto de manifiesto que entre los países que han alcanzado mayores logros en creación de empleo se encuentran tanto países con legislaciones laxas, como países con normas laborales protectoras, generosas prestaciones sociales y estructuras coordinadas de negociación colectiva. Pero mientras los primeros se caracterizan por “relativamente amplias disparidades de renta”, los segundos (que incluye los países nórdicos) “han alcanzado un alto nivel de empleo y baja disparidad de renta”.¹¹ Estos estudios también revelan que “el impacto de la legislación de protección laboral y la densidad sindical en la creación de empleo son estadísticamente insignificantes”.¹²

La movilización europea para el empleo “suenan” decididamente a terminología social: vuelta al pleno empleo, la formación durante toda la vida (...), sin embargo, estos elementos se sitúan al lado de las habituales nociones empresariales de la necesaria “flexibilidad” y “adaptabilidad” de los trabajadores. La óptica de la empleabilidad traslada la exigencia de “adaptabilidad” y los riesgos del mercado al lado de la oferta, a la mano de obra; mientras desde las teorías keynesianas se insiste en que las causas del paro no estaría en las disfuncionalidades del mercado de trabajo desde

¹⁰ Este tipo de subsidios, a pesar de que puedan provocar efectos de sustitución, pueden estar justificados en aquellos casos en los que favorecen la contratación de desempleados de larga duración en puestos que normalmente hubieran sido ocupados por desempleados con menor necesidad. Por lo tanto, razones de equidad pueden llevar a obviar el efecto de sustitución en tanto en cuanto reducir el desempleo de larga duración es un objetivo prioritario.

¹¹ OECD, *Boosting jobs and income. Policy lessons from reassessing the OCDD Jobs Strategy*, París, OECD, 2006, p.18. Asimismo, véase: BAKVIS, M, “How the world bank & IMF use the doing Business report to promote labour market deregulation in developing countries”, ICFTU/Global Union Publications. Disponible en: <<https://library.fes.de/pdf-files/gurn/00171.pdf>>.

¹² OECD, *Employment Outlook*, París, OECD, 2006, p. 212.

el ángulo de oferta, de los trabajadores y de sus exigencias, sino desde la demanda.¹³ “Las propuestas neoliberales no ofrecen explicaciones nuevas al paro”, ha escrito López Gandia, “ni ofrecen resultados sólidos, sino un marco persuasivo para fundamentar políticas regresivas que hacen culpables a los sindicatos y trabajadores de los problemas que padecen”.¹⁴

La flexiseguridad cumple un papel fundamental en esta estrategia, con gran incidencia en la puesta en marcha de reformas laborales desreguladoras en los distintos Estados miembros. De hecho, la evolución de la legislación laboral a nivel europeo no puede explicarse sólo desde la lógica de la globalización e integración económica mundial o simplemente a partir de las transposiciones de las Directivas comunitarias. En este trabajo nos referiremos al término “comunitario” o “comunitaria” como reminiscencia terminológica relativa a la “Comunidad europea” que se ha incorporado de pleno al lenguaje jurídico, y que continúa presente en la terminología del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sin embargo, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, este término debe entenderse como relativo al Derecho e instituciones de la Unión, una vez sustituido, en los Tratados, el término “Derecho comunitario” por el de “Derecho de la Unión”.

Para la doctrina,¹⁵ las iniciativas legislativas de los últimos años, y el proceso de intensa “re-regulación” en la mayor parte de los Estados miembros surgen a partir de los “nuevos” procesos de

¹³ LÓPEZ GANDIA, J., “La protección por desempleo y las políticas de empleo”, en Saragossà i Saragossà, V. (coord.), *El Derecho del Empleo*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004, p. 472.

¹⁴ Al respecto, López Gandia señala que: “La cuestión del paro y de las políticas de empleo es hoy mucho más compleja pues va ligada a los problemas de funcionamiento global del sistema económico y en especial del ciclo y fluctuaciones económicas, (...) a la apertura de la economía y los efectos de la llamada tercera revolución industrial.” Véase: *Ibidem*, pp. 472-473.

¹⁵ BIAGI, M., “The impact of the European Employment Strategy on the role of labour law and industrial relations”, *International Journal of Comparative*

Luxemburgo, Cardiff y Colonia,¹⁶ diseñados desde la cooperación intergubernamental, para fomentar la política de empleo a nivel europeo y la “modernización” de los sistemas jurídico-laborales a nivel estatal. Esto supone el establecimiento de un nuevo paradigma de política social europea, que ha arraigado profundamente en los sistemas nacionales, superando la enraizada dicotomía entre los sistemas nacionales y el sistema comunitario. Bajo tal paradigma, –también denominado “estrategia de Essen”–, la influencia en los sistemas laborales ya no proviene de la armonización, sino de la creciente incidencia de los vientos de la “flexiseguridad” europea, a partir del “Método abierto de coordinación” (MAC).¹⁷

Inicialmente, tal estrategia se vio impedida por la falta de competencia comunitaria para incidir en las políticas de empleo de los Estados Miembros. Sin embargo, a partir del consenso logrado entorno a las cinco prioridades de Essen¹⁸ y de la introducción del capítulo relativo al Empleo en el Tratado vigente en aquel momento (el Tratado de la Comunidad Europea) se inicia un lar-

Labour Law and Industrial Relations, Países Bajos, vol. 16, núm. 2, 2000, pp. 155-173.

¹⁶ La finalidad económica del proceso de Luxemburgo (Consejo Europeo extraordinario sobre el empleo que tuvo lugar en Noviembre de 1997) se muestra abiertamente, en cuanto que la coordinación de políticas de empleo nacionales se presenta como requisito necesario para cumplir con los objetivos de la Unión Económica y Monetaria de Maastrich. Véase arts. 126 TCE y 99.2 TCE. En la cumbre de Cardiff, se introduce un objetivo complementario, para la introducción de reformas estructurales en el mercado de servicios, mercancías y capitales, mientras que en la cumbre de Colonia se crea el Pacto Europeo por el Empleo.

¹⁷ Sobre el nacimiento del “Método abierto de coordinación” puede verse la Comunicación de la Comisión “Trabajando juntos, trabajando mejor”, COM (2005) 706 final.

¹⁸ *Libro blanco: la política social europea: un paso adelante para la unión*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1994.

go y sigiloso camino hasta el establecimiento de la EEE. A nivel nacional, tal estrategia ha permitido atravesar dos viejas fronteras: de un lado, se supera la división tradicional entre relaciones laborales y políticas sociales, y de otro, supone la apertura de espacios políticos nacionales previamente vedados a la intervención comunitaria.

La flexibilidad política que permite el “Método abierto de coordinación” es precisamente lo que permitió una mayor eficacia en una de las áreas clave de dicha estrategia, consistente en la introducción de los elementos necesarios de reforma en los mercados laborales. En palabras de la doctrina, “Essen logra convencer a los Estados Miembros de que superar los problemas de dumping social y fiscal y el aumento de la competitividad a nivel global, se podían lograr identificando y reformando los problemas estructurales de los mercados de trabajo”.¹⁹ El recién creado Consejo de Empleo apunta la senda a seguir, aunque que en este momento las decisiones relativas a las reformas de los sistemas de relaciones laborales siguen estando dentro del ámbito de decisión estatal. La liberalización normativa excederá aquí la mera promoción de las libertades comunitarias –en el sentido de eliminar las barreras que imponen las fronteras– incorporando una agenda de “re-regulación” laboral a nivel nacional, bajo la justificación de atraer la inversión, fomentar la competitividad y crear empleo.

El imperativo de la competitividad se yergue combativo, frente regímenes reguladores “demasiado rígidos”, que continúan siendo culpabilizados, en sucesivas reformas, de impedir el desarrollo económico. Bajo esta lógica, la necesidad de flexibilizar para mejorar la competitividad y crear más empleo sigue encontrando uno de sus más contundentes argumentos. La creación de empleo fue, por ejemplo, uno de los razonamientos más vehementemente utilizado en el debate parlamentario por los eu-

¹⁹ GOETSCHY, Janine, “The European Employment Strategy: genesis and development”, *European Journal of Industrial Relations*, vol. 5, núm. 2, 1999, pp. 117-137.

rodiputados y miembros de la Comisión Europea defensores de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (en adelante, “la Directiva 2006/123/CE de Servicios”), ejemplificando cómo por su mediación cualquier política puede adquirir un tinte social, que permite, por ejemplo, en este caso, asimilar el fomento del libre comercio al interés general.²⁰

II. EL NACIMIENTO DE LA MONEDA ÚNICA: UNA REFORMA CONSTITUCIONAL *DE FACTO*

El nacimiento de la moneda única europea marcará, posteriormente, una radical profundización en la senda reformadora. En este momento se introduce por primera vez en el Tratado de la Unión Europea (TUE) una limitación expresa del déficit público y de la deuda pública²¹, siendo la firma del Pacto de Estabilidad y Crecimiento (en adelante PEC) el punto de partida para el establecimiento de mecanismos de control directo de las finanzas de los Estados miembros, tanto a nivel preventivo, como correctivo o sancionador.

La diferencia respecto de la *EEE* radicará en su falta de voluntariedad. Su riguroso régimen sancionador encuentra fundamen-

²⁰ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior, COM (2004) 2, de 13 enero 2004. Intervención del Presidente de la Comisión, J.M. Barroso, del Comisionario de Mercado Interior y Servicios, C. Mccreevy, y del eurodiputado C. Heaton-Harris (PPE-DE), entre otros. Debate de la Cámara, martes 14 de febrero de 2006, doc. núm. P6_CRE-REV(2006) 02-14.

²¹ Del 3% y del 60%, respectivamente. Vid. artículo 1 del Protocolo sobre el Procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, y Título VI, relativo a la Política Económica y Monetaria, del Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992.

to jurídico en el artículo 126 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), apartado 11, en cuya virtud:

Si un Estado miembro incumpliere una decisión adoptada de conformidad con el apartado 9, el Consejo podrá decidir que se aplique o, en su caso, que se refuerce una o varias de las siguientes medidas:

- a) Exigir al Estado miembro de que se trate que publique una información adicional, que el Consejo deberá especificar, antes de emitir obligaciones y valores.
- b) Recomendar al Banco Europeo de Inversión (BEI) que considere su política de préstamos respecto al Estado miembro en cuestión.
- c) Exigir que el Estado miembro de que se trate efectúe ante la Unión un depósito sin devengo de intereses por un importe apropiado, hasta que el Consejo considere que se ha corregido el déficit excesivo.
- d) Imponer multas de una magnitud apropiada.²²

En efecto, tras crisis financiera mundial, la Unión Europea instó a sus Estados miembros a la adopción de reformas laborales “anticrisis” a través de los mecanismos del PEC. Si nos referimos, por ejemplo, a la negociación colectiva, las reformas más regresivas en cuanto a derechos sociales garantizados por los Tratados internacionales han sido las siguientes, según los estudios de Clauwaert, S. and Schömann:

- a) El tipo de reformas más extendido ha consistido en la descentralización de la negociación colectiva, pasando del nivel nacional o sectorial al nivel de empresa. Se pueden encontrar ejemplos en Italia, Grecia, Portugal. Además, en algunos paí-

²² El art. 11 del Reglamento (CE) n.1466/97, desarrolla dicho precepto del Tratado concretando dichas sanciones, en el que el importe de la multa abarcará un componente fijo igual al 0,2 % del PIB y un componente variable.

ses se han introducido reformas para permitir que las condiciones salariales y de trabajo pactadas en convenios colectivos de empresa puedan obviar –incluso de manera desfavorable para los trabajadores– lo previsto en los convenios colectivos de nivel superior (provincial, estatal) o incluso en la legislación estatal. La prioridad de convenios de nivel inferior que empeoran condiciones se ha incorporado, por ejemplo, en relación al tiempo de trabajo y los salarios en España, Francia, Grecia, Italia y la República Eslovaca.

b) Otra tendencia es la adopción de medidas que revisan los criterios de representatividad de los interlocutores sociales. Por ejemplo, España, Grecia, Hungría, Italia, Países Bajos, Portugal, Rumania, Eslovaquia extienden lo que solían ser prerrogativas sindicales a otros órganos de representación de los trabajadores, a menudo a nivel de la empresa, donde la capacidad negociadora y de presión es menor. c) También se han producido reformas laborales que imponen mecanismos alternativos de resolución de conflictos que sustituyen a los tribunales del trabajo (Bulgaria, Reino Unido, España). Por otra parte, en el Reino Unido, el acceso a los tribunales de trabajo ha sido restringido.

d) La limitación de la duración y “efectos posteriores” de los convenios colectivos se han impuesto también a los países que han recibido apoyo financiero por parte de la Unión Europea (los denominados “rescates”), como Portugal, Grecia o España. Estas reformas prevén que cuando no se logre alcanzar un nuevo convenio colectivo después de transcurrido un determinado periodo, la remuneración volverá a ser el salario mínimo estatal, y esas condiciones serán las aplicables hasta ser reemplazadas por términos especificados en un nuevo convenio colectivo o en el contrato individual. En España, el Tribunal Supremo atenuó los efectos de dicha reforma.²³

²³ CLAUWAERT, S. y SCHÖMANN, I., *The crisis and national labour law reforms : a mapping exercise*, Bruselas, ETUI, 2012, pp. 13-14.

Los autores del estudio extraen las siguientes conclusiones de dicho cambio de modelo:

Estas reformas del derecho colectivo del trabajo han debilitado la representación sindical y la acción en todos los niveles de negociación: afectan a la propia estructura de los sindicatos, así como sus medios institucionales de protección y la representación de los trabajadores. La descentralización de la negociación colectiva al nivel más bajo debilita el acervo social alcanzado hasta ahora por los sindicatos a nivel nacional y local y afectará a la negociación colectiva sectorial. También una disminución del nivel de los derechos reconocidos hasta ahora y anclado en la legislación y los convenios colectivos, así como los que afectan a las condiciones de empleo fundamentales relacionados con el tiempo de trabajo, la remuneración, la organización del trabajo, el medio ambiente de trabajo y la protección social. También tendrá un impacto en la salud y seguridad en el trabajo.²⁴

Es pacífico que la reforma de la negociación colectiva en España tuvo la devaluación salarial como principal finalidad; y según se desprende de los Programas de Estabilidad y de Reforma presentados por el Gobierno español²⁵ y del Informe de la OCDE (2013)²⁶ en el cumplimiento de dichos objetivos dicha reforma

²⁴ *Idem.*

²⁵ Gobierno de España (2011), Programa de Estabilidad 2011-2014, p. 7 y 13. Gobierno de España (2012), Actualización del Programa de Estabilidad, pp. 15, 25, 51. Comisión Europea (2016), Propuesta de Recomendación del Consejo relativa al Programa Nacional de Reformas de 2016 de España y por la que se emite un Dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de 2016 de España, Bruselas, 18/05/2016, (COM/2016/329 final), p. 5, parágrafo 10.

²⁶ Esta es la nota que aparece al inicio del estudio: “La evaluación que se presenta en este informe se deben considerar preliminares y se limita principalmente a la impacto de corta duración de la reforma, dado el hecho de que

obtuvo plenos resultados. Una finalidad de la norma cuyo encaje constitucional cabe, no obstante, poner en duda por la afectación otros bienes constitucionalmente garantizados.

La devaluación salarial puede ser una finalidad útil en términos de optimización económica de la inversión extranjera, así como de la exportación, pues el factor demanda interna puede resultar una variable indiferente en ambos escenarios. La doctrina ha cuestionado, sin embargo, el efecto de tal devaluación para el tejido industrial interno de Pymes, dependientes de la demanda interna, y en gran medida, principales generadoras de empleo de nuestro país, así como para la sostenibilidad de la Seguridad Social. En definitiva, se cuestiona el valor que ha aportado de la reforma para el interés nacional, entendida como “interés general”.²⁷ Una cuestión muy controvertida, incluso a nivel internacional, como se ha puesto de manifiesto en el seno de las discusiones del Comisión de Expertos Aplicación Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT),

sólo un corto periodo de tiempo ha pasado desde la reforma se llevó a cabo y la complejidad de la evaluación del impacto de esta reforma integral. (...). La cooperación de las autoridades españolas en el suministro de los datos utilizados en este informe favorablemente acogido. Por otra parte, el personal del Ministerio de Trabajo español proporcionó útiles comentarios sobre los borradores anteriores. No obstante, la Secretaría de la OCDE asume la responsabilidad total y única para este informe. Este trabajo se publica bajo la responsabilidad del Secretario General de la OCDE. No obstante, las opiniones e interpretaciones que figuran en este documento no reflejan necesariamente la opinión oficial de la Organización”. Véase: OCDE, *The 2012 Labour Market Reform in Spain: A preliminary assessment*, 2013. Disponible en: <<http://www.oecd.org/els/emp/SpainLabourMarketReform-Report.pdf>>.

²⁷ DEGRYSE, C., JEPSEN, M. y POCHEP, P., “The Euro crisis and its impact on national and European social policies”, *ETUI Working Paper 2013.05*, Bruselas, 2013, pp. 36-39.

durante las cuales las decisiones del Tribunal Constitucional español fueron objeto de encendido debate.²⁸

III. MIRANDO HACIA EL FUTURO: LAS CONCLUSIONES DEL GRUPO FIDE

Una nueva etapa parece abrirse, al menos en lo que respecta al eje mediterráneo de la Unión Europea, que parece tomar cierta distancia con los modelos de austeridad y de constricción de los derechos laborales y sindicales que han presidido las políticas europeas de los últimos años, tras la Declaración de la I Cumbre de los Países Mediterráneos de la UE, del pasado 9 de septiembre

²⁸ Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2015), Caso individual (CAS). Convenio sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122) - España (Ratificación : 1970). 104^a (2015). Observación (CEACR) adoptada 2015, y publicada en la 105^a reunión Conferencia Internacional del Trabajo (2016). En la discusión que se recogen previamente a las observaciones del CEACR se vertieron consideraciones (por parte de los representantes de los trabajadores) en el siguiente sentido: “No se debería tolerar la tentación de escudarse detrás de la gobernanza económica para desviarse de la aplicación de las normas y los procesos existentes en el seno de la OIT. Además, se ha impulsado el diálogo social a nivel europeo, en especial en virtud del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y la gobernanza económica no es jerárquicamente superior a las normas europeas y a las de la OIT. Llama la atención que el Tribunal Constitucional no haya considerado las observaciones de los órganos de control de la OIT ante los reclamaciones de los sindicatos españoles sobre aspectos sustanciales de la reforma, a pesar de que, en virtud del artículo 96 de la Constitución española, los tratados internacionales forman parte del ordenamiento Comentario interno, por encima incluso de las leyes laborales ordinarias. (...) Estas sentencias, además de consolidar la ruptura del consenso con el que se fraguó la propia Constitución española en relación con el sistema de relaciones laborales, viene a reafirmar la subordinación de los derechos de los trabajadores a consideraciones de mera discrecionalidad política”.

2016, de los líderes de los siete países Mediterráneos (Francia, Italia, España, Portugal, Grecia, Malta y Chipre). Estos se reunieron en Atenas para definir los ejes de sus políticas futuras —y tratar de impulsarlas en una UE post-Brexit— y que establecieron como prioridad, en lo concerniente a los sistemas jurídicos de relaciones laborales, “promover el empleo y la mejora de condiciones de vida y de trabajo, siendo necesario llevar a cabo reformas estructurales orientadas al crecimiento, decisivas para la mejora del funcionamiento de los mercados laborales, aumentar la competitividad y crear puestos de trabajo”, asignando también una especial importancia a la lucha contra el dumping social, y abordando cuestiones relacionadas con el fraude, los abusos y la elusión de las normas.²⁹

También a nivel nacional han surgido iniciativas para imprimir un nuevo curso al sistema de negociación colectiva y, en general, al modelo de relaciones laborales. Los divergentes posicionamientos doctrinales que han evaluado las recientes reformas suelen coincidir, sin embargo en la necesidad en nuestro país —aunque no en los medios para lograrlo— de promover el empleo, la mejora de condiciones de vida y de trabajo, el crecimiento, el funcionamiento de los mercados laborales, y un aumento de la competitividad —más relacionada con la mejora de los sistemas de trabajo, adaptación de la jornada al modelo europeo, la formación y la incorporación de las TIC, que con la devaluación salarial.

De ahí el valor que aportan las Conclusiones del grupo de reflexión de la Fundación para la Investigación sobre el Derecho y la Empresa (FIDE)³⁰ (en adelante, las “Conclusiones”), incorporando a este debate sensibilidades políticas e intereses muy diver-

²⁹ Athens Declaration, 2016. (Apartados 3 y 4: Fostering Growth and Investment in Europe, Strengthening Programmes for Youth).

³⁰ CASAS BAAMONDE, M. E., “Una nueva ordenación legal consensuada del trabajo y de las relaciones laborales. Conclusiones del debate de grupo FIDE”, *Derecho de las relaciones laborales*, Madrid, pp. 295-300.

sos.³¹ Dicho grupo de reflexión, bajo la coordinación de ex Presidenta del Tribunal Constitucional, M^a Emilia Casas Bahamonde, ha propuesto un exhaustivo listado de propuestas dirigidas a “una nueva ordenación legal consensuada del trabajo y de las relaciones laborales” a partir de un Pacto social por la legislación laboral fundado en dos variables:

a) En dicho pacto los interlocutores sociales habrían “de asumir el papel protagonista que les corresponde, que es prioritario y fundamental para la eficacia de la ordenación legal, y previamente para aportar legitimidad social a esa ordenación y propiciar la integración y complementación de la regulación legal por la negociación colectiva y su adaptación al cambio o a coyunturas diversas”.

b) Propugnándose una legislación laboral enmarcada en el ámbito de la Unión Europea. Entendiendo el marco europeo en sentido amplio, lo que incluye la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, las normas emanadas del Con-

³¹ Según reza el prólogo de las conclusiones estas fueron elaboradas: “a partir de las aportaciones e intervenciones de todos los participantes en dicho grupo, que si bien lógicamente no representan la opinión unánime de todos nosotros, especialmente sobre las causas raíces de algunos de los problemas actuales y sus soluciones sí reflejan las cuestiones en que se ha centrado el debate entre expertos en distintas materias (juristas, economistas, sociólogos) y ejercientes de diversas profesiones (magistrados, profesores universitarios, abogados, directores de recursos humanos, representantes sindicales y empresariales, responsables de personal de la Administración Pública, etc.). Asimismo, estas conclusiones del grupo FIDE, plural en su conformación y sin relación con ningún partido político, se vinculan formal y materialmente al debate académico y profesional abierto en otros países de la Unión Europea sobre la situación de la legislación laboral tras el largo y profundo período de crisis económico-financiera, sobre el derecho del trabajo, sobre el papel de la ley en la regulación del trabajo y de las relaciones laborales, de los sindicatos y asociaciones empresariales”. Véase: *Ibidem*, p. 295.

sejo de Europa –incluidas las decisiones de los órganos competentes en ambos ámbitos– y las Constituciones nacionales.

Son muchas las propuestas que se contienen en dichas Conclusiones, pero merece ser destacado, que “se considera prioritaria la recuperación de la autonomía de la negociación colectiva con la finalidad de que mantenga altos índices de cobertura de las condiciones de trabajo, y su inserción en el marco de los acuerdos macro, si existen”. Si bien se acepta que el ámbito provincial de la negociación colectiva sectorial debería ser superado, se defiende la recuperación del principio de que corresponde a la autonomía colectiva “la ordenación de la estructura de la negociación colectiva –sin imposiciones de orden legislativo, y sin descuido de la particular situación de las empresas carentes de representación”³². Tal recuperación del principio de autonomía colectiva, así como

³² “La estructura de la negociación colectiva no puede desligarse del sector ni del papel que cumplen el convenio colectivo sectorial y sus comisiones paritarias. El principio de especialidad o de preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa, para solventar la concurrencia convencional, ha de operar en el marco de la autonomía colectiva, al margen de una parcelación material que es fuente de conflictos interpretativos, con el límite de las empresas carentes de representación de los trabajadores (microempresas)”. Véase: *Ibidem*, p. 297. El letrado del Parlamento de Navarra en sus motivos de impugnación a la Ley 3/2012, motivaba su recurso también en este sentido: “La realidad del tejido productivo español, caracterizado por la atomización empresarial y por la escasa dimensión cuantitativa del personal de las empresas, deriva ordinariamente la falta de representación o la debilidad representativa de los sindicatos en muchas de ellas; de ello derivaría un fortalecimiento de la posición dominante del empresario que le facilita la imposición de las condiciones laborales. De la simple constatación de esta realidad social resulta un menoscabo del papel institucional de los sindicatos en el vigente marco de negociación colectiva. Todo ello, siendo lesivo para las organizaciones sindicales, se agravaría con el depreciado papel que se les asigna donde su presencia es significativa y su actuación pudiera ser más trascendente: en la negociación de los

el mantenimiento de la configuración legal del convenio colectivo de eficacia general, debe acompañarse –se razona en las Conclusiones– de “mecanismos de adaptación negociada a las necesidades reales de las empresas”. En este contexto cumplen un papel fundamental las medidas de flexibilidad interna, prioritaria frente a la flexibilidad externa, “lo cual incorpora necesariamente la consideración el despido como *última ratio*”. No olvidan las Conclusiones de remarcar que la eficacia de tales medidas de flexibilidad depende de la existencia de “representaciones sindicales fuertes y permanentes o estables”, de modo que “convendría suprimir la legitimación negociadora de representaciones de los trabajadores *ad hoc*”;³³ a la vez que insiste en la simplificación de procedimientos:

Las diversas medidas de flexibilidad interna, junto con la externa, han de poder ser negociadas en un único procedimiento y han de contar con una regulación legal unitaria, sustantiva y procesal. [...] La impugnación de la decisión empresarial ha de sustanciarse en un único proceso que, si es colectivo, debe resolver también la litigiosidad colectiva e individual.

La importancia de los sistemas de solución extrajudicial de conflictos es la última de las cuestiones que deben destacarse relativas a nuestra materia en dichas conclusiones:

En este sentido, el uso de sistemas de solución extrajudicial de conflictos en estos procedimientos puede ser especialmente eficaz cuando se produzcan discrepancias o bloqueos en la ne-

convenios y acuerdos supraempresariales o interprofesionales” (STC 199/2014, antecedente 2).

³³ Ver sobre esta cuestión GONZÁLEZ ORTEGA, S., “El ejercicio de los derechos colectivos en empresas sin representación”, en RODRÍGUEZ SAÑUDO, F. y CARRIZOSA PRIETO, E., (coords.) *El ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores en la empresa*, Madrid, Tecnos, 2011.

gociación, e incluso puede ser útil la regulación en frío en los convenios colectivos de previsiones de utilizar los sistemas de autocomposición de los conflictos en estos casos.

Ciertamente, la tutela judicial y la intervención administrativa deben prestar auxilio y son garantía de la autonomía colectiva, lo cual puede perfectamente encuadrarse en el papel corrector o prestacional –aunque subsidiario– que el Estado, como Estado Social y regulador (en todos los niveles de la Administración), ha de desempeñar en el ámbito de las relaciones laborales en favor del interés común; a fin de asistir a las partes hacia el pleno desenvolvimiento del ejercicio de dicha autonomía, pues como ponen de relieve la Recomendación OIT núm. 163 y la Carta Social Europea (CSE), los sistemas de resolución de conflictos basados en la autocomposición se transforman en instrumentos de democratización, no sólo del sistema de relaciones laborales, sino de la sociedad.³⁴

³⁴ Carta Social Europea, hecha en Turín de 18 de octubre de 1961, Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980, BOE 26 junio 1980, núm. 153, p. 14533, artículo 6. Diversos instrumentos de la OIT relativos a la promoción y la protección del derecho de negociación colectiva contienen disposiciones relativas a los mecanismos de resolución de conflictos. Los principios esenciales que establecen son los siguientes: los órganos y procedimientos de solución de conflictos laborales deben ser concebidos de tal manera que contribuyan a fomentar la negociación colectiva. (Convenio núm. 154, sobre la negociación colectiva, art. 5, párrafo 2 (e)). Los procedimientos de resolución de conflictos deben ayudar a las partes a encontrar por sí mismas una solución al conflicto que las oponga. (Recomendación sobre la negociación colectiva, 1981 (núm. 163), párrafo 8). Los conflictos que se planteen en el sector público deben resolverse por medio de la negociación entre las partes o mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje. (Convenio núm. 151 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, art. 8). Con todo, los Convenios y Recomendaciones de la OIT otorgan a los Estados Miembros un amplio margen para el diseño de sus propios sistemas de resolución de conflictos, de conformidad con los siguien-

Tanto en este sentido, como en relación a los restantes derechos que forman parte del contenido esencial de la libertad sindical, los estándares internacionales de protección constitucional pueden jugar un papel de contrapeso y de reequilibrio constitucional, en un ordenamiento jurídico en el que el sistema de fuentes tiene una componente internacional cada vez mayor, y que ahora, tras la contundente toma de posicionamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en materia de libertad sindical, parece ser difícil de eludir. Cuestión que ahora trataremos.

IV. LAS RECIENTES REFORMAS A LA LUZ DEL ARTÍCULO 11 DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El TEDH es el órgano jurisdiccional integrado en el sistema jurídico del Consejo de Europa. El Consejo de Europa es una Organización Internacional distinta de la Unión Europea, dedicada a la defensa de los derechos humanos y la democracia en el ámbito europeo. Está compuesto de un Comité de representantes de los Gobiernos (el Comité de Ministros) y de una Asamblea Consultiva. Los Estados miembros del Consejo de Europa son los 28 Estados de la Unión Europea más los siguientes Estados europeos: Albania, Andorra, Armenia, Azerbaiyán, Bosnia y Herzegovina,

tes principios generales: Los gobiernos deben proporcionar los mecanismos de conciliación voluntaria, los cuales deben ser gratuitos y expeditivos, para asistir en la prevención y resolución de controversias laborales (Recomendación sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios, 1951 (núm. 92), párrafos 1 y 3); se debe asistir a las partes contendientes para que se abstengan de recurrir a huelgas y a cierres patronales mientras dure el procedimiento de conciliación (Recomendación núm. 92, párrafos 4 y 6); los acuerdos alcanzados durante el procedimiento de conciliación o a la terminación del mismo deberían redactarse por escrito y considerarse equivalentes a los contratos (Recomendación núm. 92, párrafo 5).

Georgia, Islandia, Liechtenstein, Mónaco, Montenegro, Noruega, República de Moldavia, Federación Rusa, San Marino, Serbia, Suiza, Macedonia, Turquía y Ucrania.

En el ámbito del Consejo de Europa, la Carta Social Europea (CSE) es el Tratado específicamente dedicado a la protección de los derechos sociales fundamentales. Fue aprobada en su reunión de Turín de 1961, y completada por tres protocolos adicionales, adoptados en 1988, 1991 y 1995. Fue revisada en la reunión de Estrasburgo de 3 de mayo de 1996 para codificar todos estos textos, y es denominada habitualmente la Carta Social Europea revisada (CSER). La versión revisada de la CSE, lamentablemente no ha sido ratificada por España. En la CSE se establece la protección de un amplio abanico de libertades profesionales (derecho al trabajo, libertad de profesión y oficio, etc.), de derechos laborales (individuales y colectivos) y de derechos de protección y Seguridad Social.

En contraste, el Tratado de referencia en materia de protección de los derechos humanos políticos y civiles, es el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, también denominado Convenio Europeo de Derechos Humanos (o CEDH), de 1950, que representa uno de los logros más significativos del Consejo de Europa. El CEDH recoge un abanico de derechos y libertades políticas y civiles que protegen a todos los ciudadanos dentro su ámbito de aplicación.

Es verdad que desde antaño el TEDH ha venido considerando que las alegaciones fundadas directamente en la garantía de los derechos sociales y económicos, como el derecho al trabajo, a la seguridad social o la protección de la salud, no eran su competencia porque, en principio, por razón de la materia, no se recogen en el CEDH. Con todo, en los últimos años el TEDH ha ampliado su perspectiva, considerando que los derechos políticos y civiles protegidos por el CEDH disfrutaban de una protección extensiva, de forma que “muchos de ellos tienen implicaciones de carácter social y económico”, existiendo jurisprudencia del TEDH muy relevante que ha alcanzado los derechos sociales, pese a no recono-

cerse estos derechos explícitamente en el CEDH. Así ha ocurrido, con la libertad sindical, como ahora veremos, o por ejemplo, en relación al derecho fundamental a la Seguridad Social, al cual se ha dado entrada en el ámbito aplicativo del Convenio a partir de una interpretación expansiva del derecho a la propiedad reconocido en el artículo 1 del Protocolo núm. 1 del CEDH, ratificado por España. Concretamente, en el marco de la jurisprudencia que ha interpretado el derecho a la propiedad en relación con los sistemas de protección de la Seguridad Social, TEDH viene declarando que la realización de aportaciones a un fondo de pensiones público tiene la virtualidad, en ciertas circunstancias, de crear un derecho de propiedad, pudiendo tal derecho verse afectado por la forma en que se distribuye el fondo de pensiones.

Como se ha dicho, el Derecho comunitario de control del déficit incorpora un riguroso régimen sancionatorio,³⁵ habiendo tenido dicho factor “coercitivo” una incidencia clave en la introducción en nuestro país de reformas sistémicas que han marcado “un antes y un después” en el modelo de negociación colectiva y

³⁵ Tales obligaciones derivan de las disposiciones de desarrollo del artículo 126 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en concreto del Reglamento (CE) n° 1467/97 del Consejo, de 7 de julio de 1997 (DOUE L 209, 2.8.1997, p. 6-11), modificado por el Reglamento (CE) n° 1056/2005 del Consejo de 27 de junio de 2005 (DOUE L 174, 7.7.2005, p. 5-9) y por el Reglamento (UE) n° 1177/2011 del Consejo de 8 de noviembre de 2011 (DOUE L 306, 23.11.2011, pp. 33-40); así como del Reglamento (CE) n° 1466/97 del Consejo, de 7 de julio de 1997 (DOUE L 306, 23.11.2011, pp. 33-40 s.), modificado por el Reglamento (CE) n° 1055/2005 del Consejo de 27 de junio de 2005 (DOUE L 174, 7.7.2005, pp. 1-4) y el Reglamento (UE) n° 1175/2011 de 16 de noviembre de 2011 (DOUE L 306, 23.11.2011, pp. 12-24; y del Reglamento (UE) n.º 472/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre el reforzamiento de la supervisión económica y presupuestaria de los Estados miembros de la zona del euro cuya estabilidad financiera experimenta o corre el riesgo de experimentar graves dificultades. DO L 140 de 27.5.2013, p. 1/10.

en el sistema de relaciones laborales en su conjunto. Es precisamente en esta última etapa de la evolución del Derecho Sindical la más preocupante, puesto que la denominada “flexiseguridad de segunda generación” ha logrado alcanzar instituciones nucleares del Derecho colectivo del Trabajo.

No es sólo el caso de España. En otros países de Europa que han recibido ayuda financiera de la Unión también se ha producido, a resultas de la intervención del Derecho de control presupuestario, un cambio de modelo en la regulación del Derecho colectivo del Trabajo.

Con la esperanza de un futuro más social cabe acudir al Derecho internacional español de Derechos Humanos, que es especialmente relevante a partir de la decisión histórica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en *Demir y Baykara*.³⁶ Esta Sentencia revierte el sentido de la jurisprudencia anterior de dicho tribunal, para establecer:

- a) Que el derecho a la negociación colectiva es “un componente esencial” del derecho a la libertad de asociación en el artículo 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH).
- b) Y para para incorporar, como canon interpretativo vinculante para los Estados, la jurisprudencia de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y de la Carta Social Europea (CSE) en relación a estos derechos.³⁷

Es cierto que en el instrumento de ratificación del CEDH por nuestro país, en 1979, se reservó la aplicación del artículo 11 “en la

³⁶ STEDH (2008) *Demir y Baykara contra Turquía*, Demanda 34503/1997, 12/12/2008, (JUR\2008\350504), en adelante la “Sentencia *Demir y Baykara*”.

³⁷ Ver en este sentido, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “Libertad sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho Social*, Castilla-La Mancha, núm. 55, 2011, p. 23.

medida en que fuere incompatible con los artículos 28 y 127 de la Constitución Española”,³⁸ como bien se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 549/2016 de 22 de junio, para no reconocer el derecho a la sindicación al personal de la Guardia Civil.³⁹ Un pronunciamiento que no puede esgrimirse, sin embargo, para cerrar en falso el debate sobre la falta adecuación de las medidas introducidas por la última reforma laboral a la normatividad internacional relativa a la libertad sindical.

El artículo 11 CEDH no es incompatible con el artículo 28 CE, puesto que dicha reserva no ha evitado que el contenido esencial del artículo 11 CEDH se haya incorporado al Derecho español –particularmente, en lo concerniente al derecho a la negociación colectiva y la huelga– si tenemos en cuenta que nuestro país ha ratificado el Convenio núm. 87 de la OIT sobre Libertad Sindical y Protección del Derecho Sindical,⁴⁰ el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC),⁴¹ el Convenio núm. 98 de la OIT relativo a la aplica-

³⁸ Instrumento de ratificación de 26 de septiembre 1979, (BOE núm. 243, de 10 octubre 1979, p. 23564).

³⁹ Ver los argumentos de Tribunal para no someterse al artículo 11 CEDH, y en particular a la jurisprudencia contenida en las sentencias del TEDH 1997/23 de 23 de abril de 1997, 1988/7 de 29 de abril y 13/1980 de mayo. STS 549/2016 de 22 de junio, Rec. 158/2015, F.J. 3º-5º.

⁴⁰ Instrumento de Ratificación de España del Convenio número 87 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación, adoptado el 9 de julio de 1948, (BOE núm. 112, de 11 de mayo de 1977, pp. 10343 a 10345).

⁴¹ En virtud de lo dispuesto en el art. 18.1 de su texto, el PIDESC entraría en vigor tres meses después de la fecha en que se depositase el décimo instrumento de ratificación o adhesión. Uruguay ha sido ese último país, Estado que lo ha hecho el 5 de febrero de 2013. España aprobó y ratificó el Protocolo el 9 de julio de 2010, aunque la publicación del Instrumento de Ratificación se haya realizado en el BOE de 25 febrero de 2013, núm. 48, p. 15421, de modo que ha entrado en vigor el 5 de mayo de 2013.

ción de los principios de derecho de sindicación y de negociación colectiva⁴² y el artículo 5 de la Carta Social Europea;⁴³ por no mencionar el artículo 28 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), que forma parte de nuestro ordenamiento.

En *Demir y Baykara*, el Gobierno de Turquía sostenía que el Tribunal, por vía de otros Tratados, no podía crear para los Estados Contratantes nuevas obligaciones no previstas en el CEDH. Lo cual es refutado por el TEDH.⁴⁴ En efecto, el TEDH nunca ha considerado que las disposiciones del Convenio constituyan el único marco de referencia en la interpretación de los derechos y libertades que contiene. Por el contrario, debe igualmente atender a toda norma y principio de Derecho Internacional aplicables a las relaciones entre las Partes contratantes.⁴⁵ El TEDH recuerda igualmente “que siempre se ha referido al carácter «vivo» del Convenio que ha de interpretarse a la luz de las condiciones de vida actuales y que, en su interpretación de las disposiciones del Convenio, ha tenido en cuenta la evolución de las normas de Derecho Nacional e Internacional. Por otra parte, tal y como ha indicado el Tribunal en su Sentencia *Golder*, entre las reglas pertinentes de Derecho Internacional aplicables a las relaciones entre las Partes, figuran igualmente los «principios generales de Derecho recono-

⁴² Instrumento de Ratificación de España del Convenio número 98 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva, adoptado el 1 de julio de 1949, (BOE núm. 111, de 10 de mayo de 1977, pp. 10154 a 10155).

⁴³ Carta Social Europea, hecha en Turín de 18 de octubre de 1961, Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980 (BOE núm. 153, de 26 junio 1980, p. 14533).

⁴⁴ Sentencia *Demir y Baykara*, párrafos 37-52.

⁴⁵ Sentencias *Saadi* (párrafo 62) y Sentencia *Al-Adsani* (párrafo 55) y *Bosphorus* (párrafo 150), así como el artículo 31.3 c) de la Convención de Viena, citadas en la Sentencia *Demir y Baykara*, párrafo 67.

cidos por las naciones civilizadas, conforme al artículo 38.1 c) del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia”.⁴⁶

Como hemos avanzado, los nuevos principios establecidos en *Demir y Baykara* han supuesto la revisión de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en relación a las proyecciones funcionales de la libertad sindical, al declarar que estas forman parte del contenido esencial del derecho protegido por el artículo 11 CEDH. De modo que sólo pueden sufrir restricciones “en lo que resulte estrictamente necesario en una sociedad democrática”.

Esto no resulta una cuestión novedosa desde nuestra perspectiva interna: que el contenido esencial de la libertad sindical incluye el derecho a la negociación colectiva para nosotros era evidente. Sin embargo, el giro copernicano del Tribunal en materia sindical –tanto en *Demir y Bakara* como en la saga de sentencias que han seguido—⁴⁷ tiene consecuencias jurídicas importantes.

Hasta ahora, el Tribunal de Estrasburgo no se implicaba en cuestiones relacionadas con los derechos de acción sindical fundamentalmente por la existencia, en el mismo marco del Consejo de Europa, de la Carta Social Europea (CSE) y de sus órganos de control, que es quien en principio competente de los derechos humanos de contenido socio-económico. Por lo tanto, el Tribunal no intervenía cuando un Estado imponía restricciones, por ejemplo, al derecho a la negociación colectiva o al derecho de huelga, pues no se consideraba competente por razón de la materia. Sin embargo, el Tribunal decide en *Demir y Bakara* expandir su radio de

⁴⁶ Sentencia *Demir y Baykara*, parágrafo 71.

⁴⁷ STEDH (2015), Junta Rectora del Ertzainen Nazional Elkartasuna (ER.N.E) contra España, de 21/04/2015; STEDH (2014), Tım Bel-Sen contra Turquía, Demandas 38927/10, 47475/10 y 47476/10, de 18/02/2014; STEDH (2014), Hrvatski Lijecnicki Sindikat contra Croacia, Demanda 36701/2009, de 27/11/2014, STEDH (2014), Veniamin Tymoshenko and others v. Ucrania, de 02/10/2014, JUR 2014\247415. TEDH (2009) *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie*, Requête 68959/01, de 06/11/2009.

acción a derechos sindicales que se deriven de otros, de carácter civil y político.

Los efectos prácticos más relevantes de dicha jurisprudencia radican en la respuesta del TEDH sobre cuál es el contenido esencial que cabe conferir a los derechos “derivados” de la libertad sindical, en este caso el de la negociación colectiva. El Tribunal declara prudentemente que los Estados gozan de un amplio margen de apreciación a la hora de establecer sus propios sistemas de regulación salvo por una cuestión: estos deben ser coherentes con los requisitos de la jurisprudencia internacional relativa a los convenios relevantes de la OIT y a la Carta Social europea, sirviéndose el Tribunal de tales Tratados tanto (a) en lo relativo a la determinación del contenido esencial de la libertad sindical, de negociación colectiva, la negociación colectiva de los funcionarios, o de la huelga; (b) como para establecer las restricciones que pueden considerarse necesarias en el contexto del juicio de proporcionalidad.

En contraste con el carácter expansivo de la jurisprudencia del TEDH, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional en materia de negociación colectiva⁴⁸ y en relación al derecho de huelga,⁴⁹ han puesto de manifiesto una visión más restrictiva en su interpretación de los derechos humanos que su contraparte de Estrasburgo, pese a que la doctrina es pacífica respecto de su ca-

⁴⁸ STC 119/2014, Recurso de inconstitucionalidad núm. 5603/2012; ATC 43/2014, de 12 de febrero, Cuestión de inconstitucionalidad núm. 3801/2012; y STC 140/2015, de 22 de junio de 2015, Cuestión de inconstitucionalidad núm. 693/2014. Para un análisis en profundidad de la argumentación del Tribunal vid. CRUZ VILLALON, J., “Interrogantes e equívocos de la jurisprudencia constitucional sobre la reforma laboral de 2012”, *Derecho de las relaciones laborales*, Madrid, núm. 3, 2015, pp. 304-318.

⁴⁹ Ver STC (Pleno) 045/2016, de 14/03/2016, Rec. amparo 4679/2013; STC 17/2017, de 2 de febrero, Recurso de amparo 1168/2014.

rácter vinculante.⁵⁰ Las recientes reformas del sistema de relaciones laborales sitúan a nuestro país fuera del contexto europeo en lo que respecta al artículo 11 CEDH; encontrado, sin embargo, perfecto encaje en lo que al Tratado de Estabilidad de refiere.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN: EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS ES OBLIGADO CRITERIO PARA LA INTERPRETACIÓN

Nuestras instituciones de Derecho sindical se devalúan en el marco del Derecho de la Unión Europea, mientras que en el marco jurídico del Consejo de Europa asumen un nuevo vigor. Una vez rotas las negociaciones para la ratificación por parte de la Unión Europea del CEDH, y la “emancipación” del TJUE de los antaño criterios unitarios de actuación en materia de protección de los derechos fundamentales,⁵¹ el TEDH se está dirigiendo en dirección opuesta a la de su homólogo de Luxemburgo, con la posibilidad de que abra un conflicto de entre ambos de consecuencias difíciles de predecir, derivada de la falta de coordinación entre la jurisprudencia del TJUE en relación a la Carta de Derechos Fun-

⁵⁰ Ver PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional Español: una relación fructífera”. Ponencia, Conferencia internacional ‘Los retos y perspectivas de la justicia constitucional contemporánea’, San Petersburgo, 2016. Disponible en: <<http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades>>.

⁵¹ Ver TJUE (2014) Dictamen 2/13 relativo a la compatibilidad con los Tratados el Proyecto de Acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), 18/12/2014, y especialmente los parágrafos 158, 163, 177. Vid. en relación a dicho desencuentro TROUPHOTIS, A., “Jurisprudence-Court of Justice of the European Union”, *Revue Europeenne de Droit Public*, vol. 27, núm. 3, 2015, p. 1419; siendo de mucho interés la bibliografía citada en la nota 14 de dicho artículo.

damentales de la Unión (CDFUE) y la jurisprudencia emanada del TEDH en relación al CEDH.

En este punto es obligado recordar que el Derecho internacional de los Derechos Humanos, opera como “obligado criterio para la interpretación” (STC 97/1999, STC 5/1985, STC 140/1995),⁵² según el tenor literal de nuestra Constitución, lo cual le confiere una especial fuerza vinculante ex art. 10.2 CE, impuesta a todos los poderes públicos de forma incondicionada (STC 13/1994). Nuestra Constitución sólo otorga a los Tratados de Derechos Humanos ratificados por España la condición de estándares de interpretación constitucional, no siendo éste el caso del Derecho comunitario, pues el Derecho de la Unión “no se erige en canon de constitucionalidad” de nuestro derecho interno.⁵³

⁵² Incomprendiblemente, sin embargo, nuestro Tribunal Supremo se autolimita a la hora de tutelar los derechos fundamentales reconocidos por los Tratado internacionales, obviando el tenor literal de nuestra Constitución cuando les confiere una especial fuerza vinculante ex art. 10.2 CE, impuesta a todos los poderes públicos de forma incondicionada, en tanto que bases objetivas de nuestro ordenamiento (STC 13/1994). Tribunal Supremo (Social), Auto de 4 noviembre 2015, RCDU 926/2015.

⁵³ Así ha declarado el Tribunal Constitucional (STC 215/2014 FJ 3) que: “[la vinculación con la Unión Europea] instrumentada, con fundamento del art. 93 CE, en el Tratado de adhesión [STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a)], es el fundamento último de nuestra incorporación al proceso de integración europea y de nuestra vinculación al Derecho comunitario»(DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 2; y STC 100/2012, de 8 de mayo, FJ 7), sin embargo, no significa que por mor del art. 93 se haya dotado a las normas del Derecho comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales [SSTC 28/1991, de 14 de febrero , FJ 4; 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a); y 134/2011, de 20 de julio, FJ 6], ni que el Derecho comunitario, originario o derivado, constituya canon de la constitucionalidad de las normas con rango de ley (SSTC 235/2000, de 5 de octubre , FJ 11; 12/2008, de 29 de enero , FJ 2; y 136/2011, de 13 de septiembre, FFJ 12; y en sentido parecido, SSTC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 14; y 28/1991, de 14 de febrero , FJ 5)”.

Por consiguiente, las obligaciones contraídas en materia de Derechos Humanos son obligaciones internacionales preexistentes, que no son susceptibles de ser derogadas por un Tratado suscrito en el marco del Derecho comunitario por parte de la Unión Europea, como es el Tratado de Estabilidad. En primer lugar, porque son prevalentes constitucionalmente y, en segundo lugar, porque los Tratados internacionales sólo pueden derogarse conforme a sus propias disposiciones. Lo cual no implica que las normas comunitarias no sean legítimas si afectan a la garantía de tales derechos humanos, sino que “son legítimas únicamente si respetan las limitaciones de su base de legitimidad”⁵⁴

Acierta Rodríguez Gaona cuando reclama un nuevo ejercicio del poder constituyente, entendido como “el poder del pueblo soberano de decidir sobre la Constitución y sobre las reglas del juego”.⁵⁵ Si los Estados europeos se han visto obligados a intervenir masivamente en la economía con objeto de salvar la banca, puede ser que haya otros motivos legítimos para una nueva intervención masiva: la defensa de los contenidos sociales indisponibles que configuran nuestra identidad constitucional.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BIAGI, M., “The impact of the European Employment Strategy on the role of labour law and industrial relations”, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Países Bajos, vol. 16, núm. 2, 2000.
- CARUSO, B., “Flexibility in Labour Law: The Italian case”, en CARUSO, B. y FUCHS, M. (coords.), *Labour Law and flexibility in Europe*, Baden-Baden, Nomos, 2005.

⁵⁴ SCHARPE, F. W., *Gobernar en Europa : ¿eficaz y democráticamente?*, Madrid, Alianza, 2000, p. 37.

⁵⁵ RODRÍGUEZ GAONA, R., *El control constitucional de la reforma a la constitución*, Madrid, Dykinson, 2006, p. 105.

- CASAS BAAMONDE, M. E., “Una nueva ordenación legal consensuada del trabajo y de las relaciones laborales. Conclusiones del debate de grupo FIDE”, *Derecho de las relaciones laborales*, Madrid, pp. 295-300.
- CLAUWAERT, S. y SCHÖMANN, I., *The crisis and national labour law reforms : a mapping exercise*, Bruselas, ETUI, 2012.
- DEGRYSE, C., JEPSEN, M. y POCHEP, P., “The Euro crisis and its impact on national and European social policies”, *ETUI Working Paper 2013.05*, Bruselas, 2013.
- GOETSCHY, Janine, “The European Employment Strategy: genesis and development”, *European Journal of Industrial Relations*, vol. 5, núm. 2, 1999, pp. 117-137.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S., “El ejercicio de los derechos colectivos en empresas sin representación”, en RODRÍGUEZ SAÑUDO, F. y CARRIZOSA PRIETO, E., (coords.) *El ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores en la empresa*, Madrid, Tecnos, 2011.
- Libro blanco: la política social europea: un paso adelante para la unión*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1994.
- LÓPEZ GANDIA, J., “La protección por desempleo y las políticas de empleo”, en SARAGOSSÀ I SARAGOSSÀ, V. (coord.), *El Derecho del Empleo*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004.
- LÓPEZ LÓPEZ, J., “Beyond the national case: convergences and divergences of labour law shaped by judicialization of ILO Conventions”, *Seminario Universidad Pompeu Fabra*, 2006.
- , “Corresponsabilidad familiar y políticas legislativas sobre igualdad”, *Temas Laborales*, Andalucía, núm. 67, 2002.
- , “Rethinking euro-rigths for workers in the year of the new currency”, en Fishman, Robert M. y Messina, Anthony M. (eds.), *The cultural, social and political import of Europe’s common currency*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 2006.

- MARTIN, John P., "What Works Among Active Labour Market Policies. Evidence from OECD countries experiences", *OECD Labour Market and Social Policy Occasional Papers*, Paris, núm. 35, 1998.
- OECD, *Boosting jobs and income. Policy lessons from reassessing the OCDD Jobs Strategy*, París, OECD, 2006.
- OECD, *Employment Outlook*, París, OECD, 2006.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., "El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional Español: una relación fructífera". Ponencia, Conferencia internacional 'Los retos y perspectivas de la justicia constitucional contemporánea', San Petersburgo, 2016. Disponible en: <<http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades>>.
- OCDE, *The 2012 Labour Market Reform in Spain: A preliminary assessment*, 2013.
- REPORT FOR THE EUROPEAN COMMISSION, *Anticipating & managing change. A dynamic approach to the social aspects of corporate restructuring*, Paris, 2002.
- RODRÍGUEZ GAONA, R., *El control constitucional de la reforma a la constitución*, Madrid, Dykinson, 2006.
- ROMAGNOLI, U., "La libertad sindical hoy", *Revista de derecho social*, Lacio, núm. 14, 2001, pp. 9-24.
- SCHARPE, F. W., *Gobernar en Europa : ¿eficaz y democráticamente?*, Madrid, Alianza, 2000.
- TROUPHOTIS, A., "Jurisprudence-Court of Justice of the European Union", *Revue Europeenne de Droit Public*, vol. 27, núm. 3, pp. 1419

