
LA LIBERTAD SINDICAL EN SERIO Y LOS CASOS VIKING, LAVAL Y RUFFERT

TAKING FREEDOM OF ASSOCIATION SERIOUSLY AND THE VIKING, LAVAL AND RUFFERT CASES

Paulo Roberto LEMGRUBER EBERT

Investigador postdoctoral, Universidad de São Paulo (Brasil). Doctor en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de São Paulo (Brasil). Especialista en Derecho Constitucional, Universidad de Brasília (Brasil). Especialista en Derechos Humanos Laborales, empresas transnacionales y diligencia debida, Universidad de Castilla-La Mancha (España).

paulolemgruber@hotmail.com

Fecha de envío: 15/09/2024

Fecha de aceptación: 02/12/2024

LA LIBERTAD SINDICAL EN SERIO Y LOS CASOS VIKING, LAVAL Y RUFFERT

Paulo Roberto LEMGRUBER EBERT

Universidad de São Paulo (Brasil)

Resumen: El artículo propone la revaluación de los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert* bajo una perspectiva distinta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, en lugar de comprender los Derechos Fundamentales como conceptos sujetos a ponderaciones, busca situarlos como instituciones que poseen contenidos objetivos y que imponen determinadas soluciones en concreto.

Para tanto, se investigará si el derecho a la libertad sindical se presentaba en aquellos casos como obstáculo a la libre circulación y al libre establecimiento y si la ponderación de bienes se presentaba adecuada para solucionar aquel aparente conflicto.

Al final, se demostrará que los referidos casos no implicaban la aplicación de la libre circulación y el libre establecimiento o tampoco su ponderación con otros derechos y que las prácticas de acción sindical allí emprendidas eran coherentes con el contenido de la garantía a la libertad sindical en el contexto de integración europea.

Palabras clave: Libertad sindical - Contenido - Vinculación

Sumario: 1. Introducción. 2. El ámbito de actuación del TJUE, su vinculación a los Derechos Fundamentales y los criterios de resolución de los *casos difíciles*. 3 Los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert* y la metodología del TJUE. La libertad sindical como *límite* a la libre circulación económica en el espacio europeo. 4. La libertad sindical *en serio*. Proposición de replanteamiento de los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert* bajo la perspectiva dworkiniana de los Derechos Fundamentales. 5. Conclusión.

Abstract: The article proposes the revaluation of the *Viking*, *Laval* and *Rüffert* cases from a different perspective than the ECJ decisions that, instead of understanding Fundamental Rights as concepts subject to balancing, seeks to settle them as institutions that have objective contents and that impose certain specific solutions.

Therefore, it will be investigated whether the right to freedom of association is presented in those cases as an obstacle to free establishment and whether the balancing method is appropriate to resolve that apparent conflict.

At the end, it will be demonstrated that the aforementioned cases do not involve the incidence of free establishment or their balancing with other rights and that the practices undertaken there were consistent with the content of the guarantee of freedom of association in the context of European integration.

Keywords: Freedom of association - Content - Linkage

Summary: 1. Introduction. 2. The scope of action of the CJEU, its link to Fundamental Rights and the criteria for resolving difficult cases. 3 The Viking, Laval and Rüffert cases and the CJEU methodology. Freedom of association as a limit to free economic circulation in the European space. 4. Freedom of association seriously. Proposal to reconsider the Viking, Laval and Rüffert cases from the Dworkinian perspective of Fundamental Rights. 5. Conclusion.

1. Introducción

En 2007 y 2008, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) evaluó tres casos de amplia repercusión (*Viking*, *Laval* y *Rüffert*) que involucraban directamente la aplicación del Derecho Fundamental a la libertad sindical relacionados con la acción colectiva y la negociación colectiva, expresamente reconocidos no sólo en varios tratados de la EU sino también en algunos de los convenios y declaraciones más relevantes de la OIT.

El caso *Viking* (TJUE, C-438/05 *Viking* [2007] Rec. p. I-10779-10840) surgió de una situación fáctica en la que una compañía naviera finlandesa (*Viking Lane ABP*) registró uno de sus buques – el *Roselia* – bajo el bandera de Estonia y comenzó a utilizarle, con fines comerciales, con tripulantes estonios remunerados según los parámetros salariales establecidos en el país báltico.

Como reacción a tal artificio, el sindicato FSU – *Finland Seafarers Union* – que representa a los trabajadores de la marina mercante finlandesa implementó una serie de medidas de acción sindical encaminadas a obtener de la empresa *Viking* el cumplimiento de los parámetros retributivos estipulados en la legislación finlandesa y en los instrumentos colectivos firmados con las empresas locales de navegación.

Al considerar la cuestión el 11 de diciembre de 2007, luego de un trámite regular en los tribunales finlandeses, el TJUE deslegitimó las medidas implementadas por la entidad que representa a la gente de mar local bajo el entendimiento de que el derecho a la acción sindical no podría ejercerse hasta el punto de hacer inviable la libre circulación y el libre establecimiento garantizados a los empresarios y a los trabajadores por los artículos 43 y 49 del Tratado de Funcionamiento de la UE.

El caso *Laval* (TJUE, C-341/05, *Laval* [2007] Rec. p. I-11767-11894) se refiere a una situación en la que una empresa con sede en Letonia ganó una selección pública para la construcción de centros escolares en Suecia y, al final, se trasladaron equipos de trabajadores al país escandinavo, quienes recibirían su compensación pecuniaria basada en las normas salariales letonas.

Como pasó en el caso *Viking*, el sindicato *Byggettan*, como representante de los trabajadores de la construcción local, señaló la implementación de una serie de medidas de acción sindical para lograr la adhesión de *Laval* al instrumento colectivo que establecía, en su momento, las condiciones mínimas de trabajo para los trabajadores suecos empleados en obras de ingeniería civil.

Durante la sentencia del caso *Laval*, que tuvo lugar el 18 de diciembre de 2007, el TJUE acabó desestimando las medidas implementadas por el sindicato sueco al entender que no cumplirían con los requisitos de validez impuestos por el principio de proporcionalidad y, además, precisamente, que no serían adecuados y necesarios para los fines perseguidos concretamente por el colectivo de trabajadores, al exceder los límites del principio de libertad sindical, además de ser contrario al ejercicio de los derechos de libre circulación y de libre establecimiento, en los términos garantizados por los artículos 43 y 49 del Tratado de Funcionamiento de la UE.

Por último, el caso *Rüffert* (TJCE, C-346/06, *Rüffert* [2008] Rec. p. I-1989) se refiere a una situación en la que una empresa de Polonia, subcontratada por la empresa alemana que ganó la selección pública para la construcción de una prisión en territorio germánico, remuneraba a sus empleados a niveles inferiores a los establecidos por la legislación del Estado de Baja Sajonia, cuyo contenido imponía a los empresarios, independientemente de su origen, el cumplimiento de los parámetros salariales mínimos establecidos en los instrumentos colectivos de trabajo en vigor en el *Land* alemán.

Al considerar el caso, el TJUE entendió que la norma de Baja Sajonia no podría imponer a la empresa subcontratista con sede en Polonia ciertos parámetros locales establecidos en instrumentos colectivos de trabajo sin que hubiera violación a los principios de libre circulación y libertad de establecimiento, previstos en los artículos 43 y 49 del Tratado de Funcionamiento de la UE.

En los tres casos, si bien el TJUE ha reconocido textualmente la normatividad inherente al principio de libertad sindical en sus aspectos colectivos -en los términos de los artículos 118-C del Tratado de la Unión Europea, 5 y 6 de la Carta Social Europea y 28 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE - en la práctica, acabó refrendando, en abstracto, el entendimiento de que

los derechos de acción sindical y de fortalecimiento de la negociación colectiva, cuando están *ponderados* en concreto con las garantías a la libre circulación y al libre establecimiento empresarial en el espacio común europeo, deben ceder paso a estos últimos¹.

Dada la orientación que emana de las sentencias dictadas en los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert*, así como su amplia repercusión en los años siguientes dentro y fuera de Europa, es necesario volver a analizarlas para determinar (i) en qué medida el TJUE está vinculado al contenido institucional inherente al principio de libertad sindical; (ii) qué parámetros utilizó él para determinar la prevalencia de los principios de libre circulación y libre establecimiento sobre ese postulado y, finalmente, (iii) si los criterios implementados en este sentido por la Corte, sustentados en la ponderación, integran la metodología más adecuada para la comprensión y aplicación práctica de los Derechos Fundamentales reconocidos en los más diversos instrumentos jurídicos vigentes en el seno de la UE.

Al final de estas digresiones, buscaremos formular una propuesta para reevaluar las situaciones tratadas en los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert* desde una perspectiva distinta a la utilizada por el TJUE en los precedentes antes mencionados que, en lugar de entender los Derechos Fundamentales como bienes carentes de un contenido jurídico predeterminado y sujetos a ponderaciones según pesos y medidas formulados por los propios intérpretes/aplicadores, busca situarlos como verdaderas instituciones jurídicas que poseen contenidos históricamente adquiridos y que imponen, en casos específicos, una determinada solución que debe obtenerse mediante la comparación entre dicho contenido y los matices de la hipótesis examinada.

2. El ámbito de actuación del TJUE, su vinculación a los Derechos Fundamentales y los criterios de resolución de los casos difíciles

¹ BRONSTEIN. Arturo. *International and comparative labor law. Current challenges*: Palgrave Macmillan, New York, 2009, p. 212.

De conformidad con los artículos 263 y 267 de la versión consolidada del Tratado de la UE, corresponde al TJUE, con sede en Luxemburgo, decidir, en última instancia, sobre la interpretación jurídica que debe darse a los instrumentos que regulan el funcionamiento del bloque, en particular los Tratados Internacionales que contienen el listado de los Derechos Fundamentales que poseen los ciudadanos de los países miembros y las empresas con sede en ellos.

Este conjunto de Derechos Fundamentales previstos en los tratados firmados en el ámbito de la UE consagra en su núcleo una serie de garantías individuales, sociales, políticas y ambientales con diferentes contenidos y orígenes históricos, que a menudo llevan a creer que son disposiciones mutuamente antagónicas. Cuando se enfrenta a aparentes conflictos entre tales directrices, el TJUE –como la mayoría de los tribunales responsables de la aplicación específica de normas estructuradas en forma de principios– se encontrará ante un *caso difícil*, en el sentido formulado por H.L.A Hart y desarrollado por Ronald Dworkin².

Y es precisamente en lo que respecta a la aplicación directa de los Derechos Fundamentales y su aplicación práctica en los *casos difíciles* donde se observan las principales divergencias metodológicas que aún persisten en la actualidad. En este sentido, es posible agrupar las visiones encontradas en dos grandes perspectivas que integran el llamado neoconstitucionalismo, a saber, la *concepción axiológica* y la *concepción deontológica*³.

La concepción axiológica de los Derechos Fundamentales –surgida de la práctica del Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgerichts*) y sistematizada en la conocida obra de Robert Alexy – tiene su punto central situado en la distinción entre reglas y principios. Desde esta perspectiva, mientras los primeros tienen un alto grado de densidad normativa, permitiendo la plena subsunción de los hechos a sus predicciones textuales, los segundos se caracterizarían, precisamente, por ser desplazados de un contenido

² HART. H.L.A. *The concept of law*. Clarendon Press, Oxford, 1961.

DWORKIN. Ronald. *Taking rights seriously*. Harvard University Press, Cambridge, 1978.

³ SARMENTO. Daniel; SOUZA NETO. Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª Edição. Fórum, Belo Horizonte 2016, p. 233-236.

predeterminado que permita su aplicación automática y que dependen, por lo tanto, de la actividad creativa del intérprete para definir la medida exacta de tales valores en casos concretos con el fin de implementarlas de la mejor manera posible. Por esta razón, para Alexy, los principios constituirían derechos *prima facie* o mandatos de optimización⁴.

Al tratarse de mandatos de optimización y no de reglas con un contenido normativo prefijado, los principios, según la concepción axiológica, tendrían como contenido ciertos matices de valor cuya aplicabilidad a casos específicos dependería de la ponderación con otros valores en competencia a ser evaluada a la luz de las hipótesis fácticas analizadas por el intérprete. En este sentido, la medición concreta del peso de los principios en conflicto y, en consecuencia, de su preponderancia en las diferentes hipótesis de incidencia, se implementaría a través de una metodología específicamente diseñada al efecto: la *ponderación de bienes*, formada por sus pruebas de *adecuación*, *necesidad* y *proporcionalidad en sentido estricto*⁵.

Mientras tanto, para la concepción deontológica de los Derechos Fundamentales – que tiene a Ronald Dworkin como su máximo exponente – los principios no constituyen depositarios de preceptos meramente valorativos, cuya aplicación o no a un caso concreto determinado dependería del criterio discrecional del intérprete. Por el contrario, son ellos enunciados que integran efectivamente el ordenamiento jurídico y tienen un contenido normativo convincente que, ante un caso difícil, imponen una solución determinada que se obtendrá a través de una comparación entre los matices de la hipótesis bajo examen y el contenido histórico institucional que integra a estos principios y que les dan notas distintivas en relación con otros institutos jurídicos⁶.

Precisamente sobre este punto concreto sostiene Dworkin, contrariamente a autores como Alexy, Luís Prieto Sanchís y Aulis Aarnio, que la aplicación de los principios, antes de proporcionar varias respuestas obtenidas por los intérpretes que podrían considerarse correctas, señalaría, en los

⁴ ALEXY. Robert. Trad: VALDÉS. Ernesto Garzón. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 86-87.

⁵ Idem, p. 111-112.

⁶ DWORKIN. Ronald. *Taking rights seriously*. Harvard University Press, Cambridge, 1978, p. 39.

llamados casos difíciles, una solución única obtenida precisamente a través de esa operación de analizar el significado histórico-institucional de los enunciados normativos a la luz de los matices de los casos concretos⁷.

Por lo tanto, para la concepción deontológica, en la dicción señalada por Dworkin, la posibilidad de obtención de la única respuesta correcta otorga a las partes en los casos llamados difíciles el derecho a la aplicación de tal solución a sus demandas, prohibiéndose así las acciones del intérprete/aplicador con el fin de buscar alternativas discrecionales para los casos en cuestión⁸.

A la luz de la breve descripción formulada sobre las concepciones axiológica y deontológica de los Derechos Fundamentales, es posible observar que el TJUE, al analizar los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert*, se apegó a esa primera perspectiva, no sólo porque se utilizó el principio de proporcionalidad para llegar a los veredictos finales, pero también porque la solución formulada en las tres sentencias correspondió a una construcción espontánea de los jueces, guiados exclusivamente por los pesos que dieron a los principios de libertad sindical, negociación colectiva, acción sindical, libre circulación y libre establecimiento, a través de una valoración puramente subjetiva.

Discutiremos la metodología utilizada por el TJUE con más detalles en la sección siguiente. Por ahora buscaremos enumerar los Derechos Fundamentales establecidos en forma de principios cuyo contenido vinculaba objetivamente la actuación del Tribunal en el ejercicio de su competencia al analizar los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert*.

De hecho, el conjunto de Derechos Fundamentales que vinculaban al TJUE –y a la mayoría de las instituciones del bloque – forman parte del llamado *acervo comunitario* que, en la definición del propio sitio *web* de la UE comprende “la colección de derechos y obligaciones que constituye el cuerpo de la

⁷ ALEXY. Robert. Trad: VALDÉS. Ernesto Garzón. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2002;

AARNIO. Aulis. *¿Una única respuesta correcta?* In: AARNIO. Aulis; ATIENZA. Manuel; LAPORTA. Francisco. J. *Bases teóricas de la interpretación jurídica*. Fundación Colóquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010;

SANCHÍS. Luis Prieto. *Justicia constitucional y Derechos Fundamentales*. Trotta, Madrid, 2003.

⁸ DWORKIN. Ronald. *Taking rights seriously*. Harvard University Press, Cambridge, 1978, p. 104.

*legislación de la UE y está integrado en los sistemas jurídicos de los Estados miembros de la UE*⁹.

Además de las garantías de libre circulación de personas y mercancías a través del espacio común europeo y de libre establecimiento de empresas, el acervo comunitario de Derechos Fundamentales de la UE también está integrado por una serie de directrices pertinentes al desarrollo económico, social y ambiental que se concretizan a través de los derechos a la libertad sindical, a la acción sindical y a la negociación colectiva.

Conviene observar que el preámbulo del Tratado de la UE enumera entre los fundamentos y objetivos de la unificación del continente, al mismo nivel, la facilitación de la *“libre circulación de personas (...) mediante la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia”* y la promoción *“[del] progreso económico y social de sus pueblos (...) en el contexto de la realización del mercado interno y el fortalecimiento [de la aplicación] de políticas que garanticen que los avances en la integración y el crecimiento económico vayan acompañados de avances paralelos en otras áreas”*.

Además, el artículo segundo del citado tratado señala expresamente que la misión de la UE pasa por alcanzar, junto con la consecución de *“un alto grado de competitividad y convergencia de los comportamientos económicos”*, la búsqueda de un *“desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas, [con] un alto nivel de empleo y protección social”*

La delimitación de cuyos objetivos sociales y su especificación en diversos tratados de la UE, en forma de los más variados derechos garantizados a los trabajadores, culminó en la formulación de un verdadero *acervo social comunitario* que configura, en la dicción de Brian Bercusson, una subdivisión específica del acervo comunitario de Derechos Fundamentales consagrado en

⁹ Los elementos que conforman el acervo comunitario de la EU son los siguientes:
“- El contenido, los principios y los objetivos políticos de los Tratados de la UE;
- cualquier legislación adoptada para implementar dichos Tratados y la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea;
- declaraciones y resoluciones adoptadas en el marco de la UE;
- medidas en los ámbitos de la política exterior y de seguridad común, así como de justicia y asuntos de interior;
- acuerdos internacionales que la UE celebre y acuerdos celebrados entre los propios Estados miembros en relación con las actividades de la UE.” <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM:acquis>. Acceso en 20.mar.2024.

los principales instrumentos del bloque y que representa la síntesis de la tradición europea en materia de Derechos Sociales¹⁰.

En lo que respecta específicamente a la libertad sindical (en sus vertientes individual y colectiva) como garantía encaminada a la consecución de los objetivos antes mencionados, los artículos 117 y 118-C del Tratado de la UE señalan expresamente que la armonización entre los fines económicos y sociales del bloque implica necesariamente el cumplimiento de las garantías previstas en la Carta Social Europea (1961) y la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (1989), en particular la protección social, el diálogo entre actores sociales, los derechos sindicales y las negociaciones colectivas entre empresarios y trabajadores.

Aún más concretamente, la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores enumera en sus artículos 5 y 6 las dimensiones individuales y colectivas del Derecho Fundamental a la libertad de asociación, incluyendo (i) la garantía relativa a la libre constitución, por parte de los trabajadores, de entidades representativas de sus intereses; (ii) la autonomía de estos últimos frente a los Estados; (iii) la promoción de la negociación colectiva con el fin de asegurar la conformación de las relaciones laborales por los propios actores sociales, en un contexto de correlación de fuerzas y, finalmente, (iv) el derecho a implementar acciones colectivas, como la huelga.

Asimismo, los artículos 12 y 28 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (2000) reafirman los Derechos Fundamentales a la libertad sindical en su vertiente individual, así como los Derechos Fundamentales a la negociación colectiva y a la acción sindical, con mención expresa a la huelga.

Siguiendo con la descripción del contenido del acervo comunitario europeo, es importante destacar que el propio TJUE, cuando de la evaluación del caso *Nold v. Comisión*, de 1974, estableció que ese conjunto de Derechos Fundamentales está integrado también por “*tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros*”, así como por “*tratados para la protección de*

¹⁰ BERCUSSON. Brian. “The European Court of Justice, Labour Law and ILO Standards” (2008). <https://api.semanticscholar.org/CorpusID:156185757>.

*los derechos humanos en los que los Estados miembros han colaborado o son signatarios*¹¹.

De ello se desprende que los Convenios de la OIT firmados por los Estados miembros, en particular aquellos que, como los Convenios nº 87 y 98, proporcionan garantías ampliamente reconocidas por las tradiciones constitucionales comunes a ellos, forman parte del acervo comunitario de Derechos Fundamentales al que está vinculado al TJUE. Es importante destacar, en ese sentido, que todos los países miembros de la UE han ratificado los tratados antes mencionados y consagran las garantías pertinentes a la libertad de asociación sindical y a la negociación colectiva en sus respectivas constituciones¹².

En este punto, conviene destacar que el Comité de Libertad Sindical de la OIT destaca que el Derecho Fundamental a la libertad sindical legitima los movimientos realizados por las organizaciones de trabajadores con el fin de incentivar a ciertos empleadores a adherirse a los términos de los instrumentos colectivos vigentes en un determinado espacio territorial o someterlos a determinados marcos normativos más favorables a los trabajadores, como ocurrió en el origen de los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert* examinados por el TJUE¹³.

También cabe destacar que “*la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva*” forman parte de la Declaración de Principios Fundamentales de la OIT de 1998, así como de la Declaración de la OIT sobre Justicia Social para una Globalización Equitativa de 2009 y la Declaración Global de la OIT sobre el Pacto por el Empleo de 2009, publicado

¹¹ “As the Court has already stated, fundamental rights form an integral part of the general principles of law, the observance of which it ensures. Safeguarding these rights, the Court is bound to draw inspiration from constitutional traditions common to the Member State.

(...)

Similarly, international treaties for the protection of human rights on which the Member States have collaborated or of which they are signatories, can supply guidelines which should be followed within the framework of Community law.” Case 4/73, *Nold v. Commission*, [1974] ECR 491, paragraph 13.

¹² BERCUSSON. Brian. “The European Court of Justice, Labour Law and ILO Standards.” <https://api.semanticscholar.org/CorpusID:156185757> (2008).

¹³ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios Del Comité de Libertad Sindical Del Consejo de Administración de La OIT*. Quinta Edición. OIT, Ginebra, 2006, p. 115.

por la citada oficina con el objetivo de reafirmar sus pilares fundacionales ante el escenario económico y social contemporáneo y “evitar una nivelación a la baja de las condiciones de trabajo”¹⁴.

Teniendo en cuenta lo anterior, no cabe duda de que los Derechos Fundamentales a la libertad sindical, a la acción sindical y a la negociación colectiva forman parte del acervo comunitario de Derechos Fundamentales de la UE, por lo que el contenido subyacente a las citadas garantías vinculaban el TJUE cuando de la evaluación de los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert*, en la dirección de (i) reconocer la legitimidad de las acciones colectivas emprendidas por entidades representativas de los trabajadores con vistas al cumplimiento de determinados instrumentos que regulan condiciones de trabajo y (ii) abstenerse de implementar medidas tendientes a debilitar el diálogo entre actores sociales a través de la negociación colectiva.

Y tal integración del Derecho Fundamental a la libertad sindical, en sus aspectos individuales y colectivos aquí destacados en el acervo comunitario de la UE le confiere la misma categoría jerárquica que le otorgan las garantías relativas a la libre circulación y el libre establecimiento en ese conjunto de Derechos Fundamentales, de modo que la resolución de casos concretos sometidos a análisis por el TJUE no podría depender de soluciones concesionales de distinto peso a esos derechos basadas en concepciones valorativas o en la comprensión personal de los intérpretes sobre sus respectivos contenidos¹⁵.

Así, la vinculación del TJUE al Derecho Fundamental a la libertad sindical –reconocido en varios instrumentos que forman parte del acervo comunitario europeo– impuso a ese colegiado, en primer lugar, la valoración sobre la aplicabilidad efectiva (o no) de las garantías de libre circulación y de libre establecimiento a las hipótesis de fondo de los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert*, en segundo lugar, la existencia (o no) de una antinomia real entre la libertad sindical

¹⁴ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Para superar a crise: um pacto mundial para o emprego*. OIT, Lima, 2009, p. 2-5.

¹⁵ AMADO. Juan Antonio García. *Sobre ponderaciones. Debatiendo con Manuel Atienza*. In: RODRÍGUEZ. Manuel Atienza; AMADO. Juan Antonio García. *Un debate sobre la ponderación*. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sucre, 2018, p. 43-90.

y la libre circulación/establecimiento y, finalmente, la indagación sobre las soluciones indicadas en concreto por el contenido histórico-institucional del principio de libertad sindical a la luz de los matices de cada una de esas tres situaciones, en línea con lo que propone la concepción deontológica de los Derechos Fundamentales.

3. Los casos Viking, Laval y Rüffert y la metodología del TJUE. La libertad sindical como *límite* a la libre circulación económica en el espacio europeo

Al considerar los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert*, el TJUE hizo prevalecer los derechos de libre circulación y de libre establecimiento sobre la garantía relativa a la libertad sindical, bajo el entendimiento de que la libertad de acción sindical y el derecho a la negociación colectiva no podrían representar un obstáculo concreto a la libre actividad económica y a la libre circulación de trabajadores dentro del espacio común europeo.

Para tanto, el TJUE utilizó una de las estratagemas más características del método de ponderación de bienes y de la concepción axiológica de los Derechos Fundamentales: la idea de que estos últimos configuran valores que se imponen límites entre sí en casos concretos y que encuentra síntesis en la expresión germánica *schrankschranke*, acuñada a partir de la experiencia práctica del Tribunal Constitucional Federal alemán (*Bundesverfassungsgerichts*) y traducida literalmente al castellano como *límite de los límites*¹⁶.

Desde la perspectiva desarrollada por el TJUE con motivo de los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert*, los Derechos Fundamentales a la acción sindical y a la negociación colectiva - ambos corolarios del principio de libertad sindical- constituirían limitaciones a las garantías de libre establecimiento y libre circulación en el espacio común europeo que sólo prevalecerían y estarían legitimadas en la medida en que fueran *adecuadas* a los fines perseguidos por

¹⁶ HÄBERLE. Peter. Trad: CAMAZANO. Joaquín Brage. *El Tribunal Constitucional como poder político*. In: HESSE. Konrad; HÄBERLE. Peter. *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*. Porrúa, México, 2005, p. 91-123.

las entidades de trabajadores en esos tres casos, *necesarias* para alcanzar tales objetivos, sin que existan medidas menos onerosas para obtenerlos y, finalmente, *proporcionales*, de modo que sus beneficios no superarían sus costos para los trabajadores, los sindicatos y la comunidad en su conjunto¹⁷.

Cabe recordar que los temas en discusión en aquellos tres casos involucraron esencialmente (i) el ejercicio de la acción sindical con el objetivo de asegurar la aplicación de los parámetros mínimos para la contratación de mano de obra en determinadas áreas territoriales, mediante el ejercicio de la negociación colectiva, y (ii) evitar la práctica del *dumping social* mediante la distorsión de las libertades de circulación y establecimiento en el espacio común europeo¹⁸.

A pesar de la metodología utilizada por el TJUE al analizar los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert*, lo cierto es que la práctica de ponderación de bienes se caracteriza esencialmente por la prevalencia de preferencias personales y visiones del mundo de los intérpretes/aplicantes cuando evalúan el peso de los principios a sopesar en detrimento de cualquier otro dato objetivo disponible, lo que acaba reduciendo los Derechos Fundamentales a una maraña de conceptos indeterminados, cuyo significado concreto dependerá, en última instancia, de la discrecionalidad de los miembros del poder judicial¹⁹.

El aspecto problemático inherente a esta consideración entre el principio de libertad sindical, por un lado, y las garantías antes mencionadas, por el otro, radica en que ambos Derechos Fundamentales en cuestión, dadas las vicisitudes que guiaron la consolidación de las ideas liberales y las luchas de clases, especialmente a lo largo de los siglos XIX y XX, tienen su comprensión subjetiva guiada fuertemente –y de manera ineludible– por aspectos ideológicos.

En el ámbito de la EU el tema de la libertad económica desempeña un papel central en la medida en que el origen mismo del bloque, aún en fase embrionaria, situado en la Comunidad Económica del Carbón y del Acero y en la

¹⁷ PULIDO. Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 134-135.

¹⁸ WOOLFSON. Charles; THÖRNQVIST. Christer; SOMMERS. Jeffrey. "Labour Migration and the Future of Labour Standards after Laval". *Industrial Relations Journal*, 41 (2010).

¹⁹ GRAU. Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juizes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. Malheiros, São Paulo, 2013, p. 117-121.

Comunidad constituida por el Tratado de Roma, en 1957, estuvo directamente relacionada con la ideología del ordoliberalismo y con la creencia de que la promoción de un espacio europeo para la libre circulación y el libre establecimiento de empresas contribuiría sustancialmente al crecimiento económico de los Estados miembros a través de la libre competencia²⁰.

La libertad sindical, a su vez, es concebida por los trabajadores como un activo de la clase obrera frente a las ideas liberales e individualistas que sirvieron de base legal para la Revolución Industrial, especialmente en los países que la lideraron. Por otro lado, los empresarios tienden a verla como un vilipendio a las garantías de la autonomía privada y de la libertad económica, ya que la organización de los factores de producción, bajo la influencia de la libertad sindical, ya no depende de sus designios individuales, y está por tanto sujeta al contrapoder ejercido por entidades que representan los intereses de los trabajadores²¹.

Sin embargo, a pesar del origen ordoliberal de las instituciones de la UE, el acervo comunitario del bloque no ignora la relevancia de los derechos sociales –y, entre ellos, la libertad sindical – para el logro de sus objetivos y directrices. Por el contrario, en el ordenamiento jurídico europeo las garantías de carácter social ocupan, junto a la libertad económica y sus corolarios, un lugar destacado en la estructura de principios que subyacen a la institución y actuación de los órganos de la UE, como ya se vio en la sección anterior²².

Por ello, la interpretación de los tratados fundamentales de la UE, especialmente la realizada por el TJUE, debe evitar el uso de metodologías que acaben promoviendo la anulación recíproca del derecho a la libertad económica (con sus corolarios sobre la libre circulación y libre establecimiento de empresas) y los derechos sociales, incluida la libertad sindical (con sus derivaciones relevantes para la acción sindical y la negociación colectiva)²³.

²⁰ DARDOT. Pierre; LAVAL. Christian. Trad: ECHALAR. Mariana. *A nova razão do mundo. Ensaio sobre a sociedade neoliberal*. Boitempo, São Paulo, 2016, p. 123-125.

²¹ SUPIOT. Alain. *Critique du droit du travail*. PUF, Paris, 1994, p. 151.

²² NUNES. António José Avelãs. *A Constituição Europeia. A constitucionalização do neoliberalismo*. Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 75.

²³ BERCUSSON. Brian. "The European Court of Justice, Labour Law and ILO Standards." <https://api.semanticscholar.org/CorpusID:156185757> (2008).

Así, en este contexto marcado por el choque entre concepciones de clase sobre los derechos a la autonomía privada, la libertad económica y la libertad sindical, la aplicación del método de ponderación de bienes a situaciones concretas que involucran los principios antes mencionados es potencialmente desastrosa, en la medida en que los pesos que se deben dar a cada uno de los bienes en competencia tienden a estar formados, en gran medida, por las concepciones individuales y subjetivas de los intérpretes/aplicadores, en detrimento del estudio del contenido histórico de esos institutos y su reconstrucción a la luz de casos específicos.

Por cierto, Juan Antonio García Amado, al analizar el método de ponderación de bienes, observa que esta práctica presenta muchas veces situaciones en las que diferentes intérpretes, al ponderar valores, terminan presentando las versiones que parecen más convenientes sobre el *peso* de los principios en conflicto, precisamente porque “*ni los principios ni las circunstancias del caso pesan por sí solas*”, ya que “*el peso respectivo lo damos nosotros al sopesarlos*.”²⁴.

Bajo tal concepción, los Derechos Fundamentales a la autonomía privada, a la libertad económica y a la libertad sindical acaban configurándose como obstáculos recíprocos que inevitablemente se anularán en las supuestas prácticas de influencia.

Es precisamente la visión de los Derechos Fundamentales como obstáculos recíprocos, proporcionados y fomentados por el método de ponderación de bienes lo que se pretende superar a partir del análisis que se formulará en la sección siguiente.

4. La libertad sindical *en serio*. Proposición de replanteamiento de los casos *Viking, Laval* y *Rüffert* bajo la perspectiva dworkiniana de los Derechos Fundamentales

²⁴ AMADO. Juan Antonio García. *Sobre ponderaciones. Debatiendo con Manuel Atienza*. In: RODRÍGUEZ. Manuel Atienza; AMADO. Juan Antonio García. *Un debate sobre la ponderación*. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sucre, 2018, p. 62.

Pese a su amplia difusión, la concepción axiológica, que ve los Derechos Fundamentales como valores morales sujetos al establecimiento de pesos en función de las opiniones personales de los intérpretes en casos concretos, no constituye la única forma existente de entender los catálogos de garantías individuales y colectivos que forman parte del derecho de la UE y de sus tratados más relevantes.

De hecho, el mundo del Derecho viene conviviendo con numerosas posturas críticas respecto de la concepción axiológica y su método de ponderación y, en este sentido, se han formulado varias alternativas²⁵. Mientras ellas, la que parece más apropiada para comprender los Derechos Fundamentales y resolver los llamados casos difíciles es la concepción deontológica, formulada a partir de las objeciones del filósofo jurídico norteamericano Ronald Dworkin al positivismo jurídico y al espacio de discrecionalidad que este ha conferido al intérprete.

Así, para la concepción deontológica de los Derechos Fundamentales, estos últimos no constituyen meros valores morales, sino que integran efectivamente el ordenamiento jurídico y tienen enunciados normativos objetivos que, ante la presencia de un caso difícil, imponen una solución determinada (la única respuesta correcta) que se obtendrá a través de una comparación entre los matices de la hipótesis bajo examen y el contenido histórico-institucional del principio en cuestión.

En cuanto a la idea de la única respuesta correcta, cabe señalar que esta nunca tuvo la intención de proporcionar a los intérpretes una metodología capaz de asegurar, mediante su simple aplicación, la obtención de esa solución en los casos llamados difíciles y mucho menos la intención de generar, en estas hipótesis, el develamiento de una respuesta definitiva, perfecta y absoluta, como si todos los intérpretes tuvieran las mismas dotes que el mítico juez Hércules. Por cierto, el propio Dworkin lo afirmó expresamente al inicio del capítulo de su obra *Taking Rights Serious* dedicado a los casos difíciles²⁶.

²⁵ MÜLLER. Friedrich. Trad : MANCEBO. Luís-Quintín Villacorta. *Postpositivismo*. Ediciones TGD, Santander, 2008; GÜNTHER. Klaus. *The sense of appropriateness*. Trad: FARRELL. John. SUNY Press, Albany, 1993.

²⁶ DWORKIN. Ronald. *Taking rights seriously*. Harvard University Press, Cambridge, 1977. p. 81.

Por ello, la tesis de la única respuesta correcta, antes de configurar un método capaz de conducir al intérprete a una solución supuestamente perfecta e incuestionable, representa una *postura* que se debe adoptar ante un caso difícil para buscar, precisamente, el descubrimiento del significado de los principios a la luz de los matices de aquellas situaciones concretas, sin excluir la posibilidad de desacuerdos sobre cuál sería, en tales casos, la única respuesta correcta²⁷.

Esta postura requerida del intérprete frente a los casos llamados difíciles comprende, precisamente, lo que Dworkin llama *integridad en el Derecho*. Este concepto abarca, en resumen, la necesidad de que los componentes de un determinado sistema jurídico (por ejemplo, leyes, reglamentos, precedentes judiciales y, en el caso europeo, las normas integrantes del acervo comunitario) mantengan coherencia con el conjunto de principios que caracterizan ese orden.

Para tanto, los principios son concebidos por Dworkin como los capítulos iniciales de una obra literaria y los aplicadores de tales lineamientos serían los redactores de las partes posteriores de la narrativa. A ellos corresponde, en el ejercicio de esta tarea, asegurar la coherencia entre el segundo y el primero y, en consecuencia, la integridad del conjunto.

De esta manera, los intérpretes deben resolver los nuevos casos que se les presenten desarrollando una solución compatible con el conjunto de principios existentes en sus respectivos sistemas, buscando revelar el significado de tal sistema para la situación concreta. Se logra así, al mismo tiempo, la descubierta de un aspecto de la realidad que era desconocido cuando el principio estaba formulado en abstracto y la coherencia del sistema.

Con respecto específicamente a la libertad sindical, esta tiene como característica común en la totalidad de los ordenamientos nacionales e internacionales que la consagran el hecho de ser un logro resultante de las luchas de los trabajadores en torno al ejercicio de la oposición al poder corporativo materializado, en términos generales, (i) en el poder otorgado a los trabajadores para crear entidades representativas de sus intereses, sujetas a restricciones locales; (ii) en garantizar la libre afiliación, participación y

²⁷ NETTO. Menelick de Carvalho; SCOTTI. Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito. A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Fórum, Belo Horizonte, 2011. p. 55-61.

desafiliación de dichas entidades; (iii) en la protección contra prácticas patronales que tiendan a frustrar el ejercicio de dichas posiciones jurídicas; (iv) en garantizar la libre administración y organización de dichas entidades; (v) en la prerrogativa de definir la acción sindical y, finalmente, (vi) en la protección contra la interferencia del gobierno y los empleadores en sus asuntos internos.

Así, ante la resolución de un caso difícil que involucra la aplicación del principio de libertad sindical al nivel europeo, el intérprete debe ampliar la investigación del contenido histórico-institucional del citado Derecho Fundamental no sólo hacia las normas que organizan la UE, y debe sumar a su horizonte persecutorio los significados de esa garantía en otros ordenamientos jurídicos internos e internacionales, especialmente en aquellos que comparten entre sí lineamientos fundacionales que forman parte del patrimonio comunitario del bloque²⁸.

La primera cuestión que debe formular el intérprete es si las citadas situaciones valoradas por el TJUE implicaban realmente una colisión efectiva entre las garantías de la libertad sindical y la libertad económica en sus aspectos representados por la libre circulación y por el libre establecimiento de empresas.

Cabe recordar que el caso *Viking* tuvo como pantalla de fondo la utilización, por parte de una empresa finlandesa, de una naviera con bandera y tripulación estonias para la realización de actividades comerciales de transporte de pasajeros y carga entre los dos países, mientras que los casos *Laval* y *Rüffert* se referían, respectivamente, a la movilización de empresas y trabajadores de Letonia y Polonia para la construcción de establecimientos públicos en Suecia y Alemania.

En ninguno de los tres casos se intentó impedir o mitigar la libertad de contratar empresas y trabajadores de países miembros de la UE para realizar actividades en otros estados asociados al bloque. Tanto en el caso *Viking* como en los casos *Laval* y *Rüffert*, las empresas con sede en Finlandia, Suecia y Alemania, respectivamente, pudieron no sólo contratar mano de obra en Estonia, Letonia y Polonia, sino también traerla a sus territorios y emplearla en sus

²⁸ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. Martins Fontes, São Paulo, 2009, p. 117-121.

actividades. En ningún momento se puso en duda la validez de la aplicación de tales prácticas ante los tribunales nacionales y ante el propio TJUE.

La lectura de lo anterior indica que las cuestiones allí discutidas se referían exclusivamente a si el Derecho Fundamental a la libertad sindical apoyaba -o no- la acción de los sindicatos con miras a vincular empresas contratistas (o subcontratistas) de mano de obra de otros países de la UE a los parámetros mínimos establecidos en instrumentos locales negociados entre los representantes de los trabajadores y de las empresas.

Así, la respuesta a la pregunta formulada anteriormente sólo puede ser negativa, ya que las hipótesis analizadas por el TJUE en los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert* no implicaban un conflicto real y efectivo entre Derechos Fundamentales, sino solamente la delimitación del significado y del alcance de la garantía de la libertad sindical y de sus corolarios en materia de acción sindical y negociación colectiva dados los matices de esos casos.

Por lo tanto, la configuración fáctica subyacente a los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert* excluiría, por sí solo, el uso mismo de la ponderación de bienes como método destinado a resolver dichas disputas, ya que, como se ve, las cuestiones allí discutidas no se refieren al sopeso de bienes en conflicto, sino sólo a la aplicabilidad o no del Derecho Fundamental a la libertad sindical y de su contenido histórico-institucional.

En este punto concreto cabe mencionar la reciente decisión de la OIT en un caso que involucraba la creación, por parte de la compañía aérea *British Airways*, de una filial con sede fuera de Gran Bretaña que pretendía operar vuelos de bajo coste entre ciudades del continente europeo y que pretendía, para ello, contratar pilotos que no estarían cubiertos por los instrumentos colectivos de trabajo firmados entre esa Compañía y el sindicato que representa a sus comandantes y copilotos en el Reino Unido (la *British Air Lines Pilots Association – BALPA*).

En el caso que nos ocupa, BALPA señaló una huelga en protesta por la decisión empresarial de constituir la mencionada filial y no sujetarla a los instrumentos negociados con ella y, ante ello, *British Airways* amenazó con demandar a la entidad y cobrarle una indemnización por las pérdidas y daños si

el movimiento seguía adelante, considerando que la cuestión ya se habría vuelto pacífica al nivel europeo cuando se juzgaron los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert*.

Ante las amenazas provenientes de *British Airways*, BALPA presentó una contestación ante la OIT y esta, al valorarla, manifestó expresamente en su decisión que el análisis relativo a las restricciones permisibles a los Derechos Fundamentales en materia de acción sindical y huelga no implicaría la necesidad de considerar las garantías relativas a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios con el derecho fundamental a la libertad sindical y que la amenaza de una acción de pérdidas y daños, cuyo resultado podría llevar al sindicato a la quiebra, constituiría un obstáculo inaceptable para la ejercicio de las facultades garantizadas en el Convenio núm. 87²⁹.

Una vez superada esta cuestión inicial, queda por ver si el Derecho Fundamental a la libertad sindical legitima las medidas de acción sindical aplicadas específicamente en los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert* por las entidades locales representativas de los trabajadores para vincular a las empresas extranjeras que prestan servicios al cumplimiento de aquellos parámetros mínimos acordados mediante negociación colectiva. En otras palabras, se trata de investigar qué tiene que decir en esos casos concretos el principio de libertad sindical y su contenido histórico-institucional, consagrado en los instrumentos más importantes de la UE y de la OIT.

Para ello, el intérprete/aplicador debe recurrir a la práctica de los llamados *discursos de aplicación*, a través de los cuales se reconstruirá el significado y alcance del Derecho Fundamental a la libertad sindical a la luz de los matices fácticos propios de los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert*, con el fin de comprobar si el principio en cuestión, con su respectivo contenido histórico-institucional, es adecuado o no para regir aquellas situaciones bajo examen³⁰.

Cabe recordar que los discursos de aplicación se diferencian de los *discursos de justificación* propios de los ámbitos de las decisiones políticas en la

²⁹ NOVITZ. Tania. "Connecting Freedom of Association and the Right to Strike: European Dialogue with the ILO and its Potential Impact." *CDN. Labour & Employment Law Journal*, p. 465-494.

³⁰ NETTO. Menelick de Carvalho. "A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito". *Notícia do Direito Brasileiro*. Brasília, 6, 1998, p. 233-250.

medida en que los primeros apuntan, precisamente, a la resolución concreta de distintos casos a la luz del ordenamiento jurídico vigente, mientras que estos últimos buscan justificar en abstracto, sopesando costos y beneficios y juicios de razonabilidad, adecuación y necesidad, la opción de la entidad política de que una u otra directriz se transmita en una propuesta legislativa o medida de política pública³¹.

En el caso *Viking*, en particular, la acción sindical implementada por el sindicato FSU (*Finnish Seamens Union*) se produjo a través de un acuerdo con la Federación Internacional de Trabajadores del Transporte – ITF, con sede en Londres, mediante el cual esta última pedía a sus sindicatos afiliados que se abstuvieran de negociar con la empresa finlandesa *Viking* mientras sus barcos seguían utilizando pabellón y tripulación estonios en los servicios de navegación entre Estonia y Finlandia, sin respetar las condiciones de trabajo acordadas entre el FSU y las empresas operadoras de aquellas rutas.

En el caso *Laval*, la acción sindical llevada a cabo por el sindicato sueco *Byggtan* se produjo luego de la negativa de la empresa letona *Laval* -a la que se le encargó la construcción de una escuela en la región de Vauxhall, Suecia - a negociar con esa entidad para adherirse al instrumento colectivo que establecía las condiciones laborales de la mayoría de los trabajadores suecos empleados en la construcción. Ante la negativa de la empresa, *Byggtan*, con el apoyo de los sindicatos que representan a los trabajadores eléctricos suecos, comenzó a realizar protestas que bloquearon el acceso a la obra en un intento de presionar a la empresa *Laval* para que iniciara negociaciones.

El caso *Rüffert*, por último, tiene como pantalla de fondo la aplicación a una empresa polaca subcontratada para la construcción de un establecimiento penitenciario, de una ley promulgada por el estado federado alemán de Baja Sajonia cuyo contenido obliga a los empresarios que desarrollan actividades en ese departamento territorial alemán a pagar a sus trabajadores conforme a los parámetros mínimos establecidos en instrumentos colectivos acordados entre los sindicatos y las empresas con sede en esa unidad federativa.

³¹ HABERMAS. Jürgen. Trad: SIEBENEICHLER. Flávio Beno. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade. Volume I*. 2ª edição. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 2003. p. 257.

Para comprobar si las medidas de acción sindical específicamente aplicadas en los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert* están o no cubiertas por el contenido institucional del Derecho Fundamental a la libertad sindical, es necesario formular - de manera irrefutable y aunque breve - un recorrido por sus orígenes históricos, para comprender la motivación detrás de las luchas sociales por su reconocimiento en los ordenamientos jurídicos democráticos y, principalmente, en los principales tratados internacionales de Derechos Humanos.

En este sentido, es posible resumir el surgimiento del Derecho Fundamental a la libertad sindical - tras las fases de represión y tolerancia vividas en gran parte del siglo XIX en los países industrializados de Europa Occidental - como el reconocimiento, por parte de ordenamientos jurídicos, del hecho de que sólo la aparición de garantías encaminadas a promover el reconocimiento jurídico de las asociaciones de trabajadores y a asegurar su acción colectiva como contrapoder eficaz a las intenciones empresariales podría dar a los trabajadores la fuerza suficiente para imponer el respeto efectivo de las obligaciones protectoras leyes en los más diversos lugares de trabajo y obtener, mediante negociación directa con los empleadores, condiciones de trabajo más favorables.

De hecho, dado que la empresa es un colectivo en sí mismo, formado por un órgano de dirección y sus medios de producción, sólo otro organismo transindividual uniría fuerzas para negociar las demandas de los trabajadores. La conciencia de los trabajadores sobre esta situación los llevó a enarbolar la bandera de la plena libertad sindical y a obtener de sus respectivos Estados el reconocimiento formal de sus asociaciones permanentes, así como medidas de negociación colectiva y acción sindical -y entre ellas, la huelga- como instrumentos legítimos³².

Se puede afirmar, a la luz de la evolución histórica del Derecho Fundamental a la libertad sindical, que el contenido institucional de este último está formado (i) en su nivel individual por el derecho otorgado a los trabajadores

³² DE LA CUEVA. Mario. *El nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. Tomo. II.* 14ª Edición, Porrúa, México, 2006, p. 207-225.

a crear entidades sindicales, así como por las facultades de libre afiliación, participación y desafiliación y de protección contra actos antisindicales y (ii) a nivel colectivo, por los derechos de libre organización y administración que ostentan las entidades representativas, así como las garantías de acción sindical –incluido el derecho a definir las razones relevantes para la implementación de las respectivas medidas y el estallido de huelgas - y la afiliación en otras organizaciones representativas nacionales e internacionales y, también, la protección contra la injerencia del gobierno en sus asuntos internos y contra la injerencia recíproca de las entidades patronales³³.

Al mismo tiempo que el Derecho Fundamental a la libertad sindical surgía en los ordenamientos jurídicos de los países europeos de industrialización avanzada, con el alcance histórico de asegurar la igualdad de fuerzas entre empresarios y trabajadores a los efectos de la negociación de las condiciones de trabajo, su advenimiento y su difusión entre los siglos XIX y XX estuvo acompañada del temor, por parte de sindicatos, empresarios y de los propios gobiernos, de que la promulgación de una legislación interna que consagrara la referida garantía pudiera encarecer los costos laborales en relación con aquellas naciones que carecen de un marco protector³⁴.

En este sentido, a lo largo del siglo XIX y en las primeras décadas del XX se formularon sucesivas propuestas encaminadas a la regulación laboral internacional, llegando a concretarse, sin embargo, en 1919, con la firma del Tratado de Versalles y de su Parte XIII y con la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la consagración textual de la lista de principios fundamentales del Derecho del Trabajo, incluida la garantía en materia de libertad sindical³⁵.

En ese mismo año de 1919, con la creación de la OIT, se publicó la primera Constitución de la organización, cuyo preámbulo consagraba la redacción contenida en el Título XIII del Tratado de Versalles, con el fin de

³³ BAYLOS GRAU. Antonio. *Sindicalismo y Derecho Sindical*. 3ª Edición. Bomarzo, Albacete, 2006, p. 14-17.

³⁴ VON POTOBSKY. Geraldo; DE LA CRUZ. Héctor Bartolomei. *La Organización Internacional del Trabajo*. Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 3-4.

³⁵ SÜSSEKIND. Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. 3ª Edição. LTr, São Paulo, 2000, p. 85-98.

reafirmar la libertad sindical como uno de los derechos necesarios a asegurar la mejora de las condiciones sociales de los trabajadores y para asegurar una paz duradera entre las naciones.

Posteriormente, con la formulación de la Declaración de Filadelfia en 1944, la libertad sindical se reafirmó como una “*condición indispensable para el progreso constante*”, junto con las afirmaciones de que “*el trabajo no es una mercancía*”, que “*la pobreza, en cualquier lugar, es un peligro para la vida y para la prosperidad de todos*” y que “*la lucha contra el hambre debe continuar con energía incesante dentro de cada nación y mediante un esfuerzo internacional continuo y concentrado*”³⁶.

En ese mismo Título III, la Declaración de Filadelfia reafirmó expresamente que la OIT tiene la obligación solemne, en el contexto de promover la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los seres humanos, de fomentar el reconocimiento del derecho de negociación colectiva, así como la participación de los trabajadores en la elaboración de políticas económicas y en el establecimiento de las condiciones de trabajo.

Después de la Declaración de Filadelfia, más precisamente en 1947 y 1949, los aspectos individuales y colectivos inherentes al derecho a la libertad sindical quedaron plasmados en los textos de los Convenios núm. 87 y 98 que, a su vez, fueron reproducidos con mayor detalle en los diversos instrumentos que llegaron a constituir y ordenar el funcionamiento de la UE, como el Tratado de la UE (artículos 117 y 118-C), la Carta Social Europea de 1961 (artículos 5 y 6) y la Carta Comunitaria de los Trabajadores de los Derechos Sociales, de 1989 (artículos 5 y 6), pasando a formar parte plenamente del acervo comunitario de Derechos Fundamentales del bloque.

E incluso frente a las vicisitudes que han marcado las últimas décadas, caracterizadas por la apertura de los mercados y por la movilidad de capitales a nivel internacional, ante el avance de las ideas neoliberales, el Derecho Fundamental a la libertad sindical se reafirmó como una medida imprescindible en la búsqueda del reequilibrio de fuerzas entre empresarios y trabajadores en

³⁶ SUPIOT. Alain. Trad: TERRÉ. Jordi. *El Espíritu de Filadelfia. La justicia social frente al mercado total*. Península, Barcelona, 2011, p. 12-25.

la negociación de las condiciones de compra y venta de mano de obra y en la lucha contra los fenómenos de desconcentración productiva y del *law shopping*, caracterizados por la búsqueda de mano de obra más barata en países que carecen de mecanismos eficaces de protección laboral y de sindicatos mínimamente representativos³⁷.

Fue precisamente en este sentido que la OIT insertó “*la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva*” en el cuerpo de la Declaración de Principios Fundamentales de la OIT, de 1998, así como en la Declaración de la OIT sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa, de 2009 y en el Pacto Mundial para el Empleo de 2009, publicado por la citada organización con el fin de reafirmar sus pilares elementales ante el escenario económico y social contemporáneo.

La inserción de la libertad sindical y de la negociación colectiva entre los Derechos Fundamentales que deben garantizar todos los Estados Miembros de la OIT, de conformidad con los documentos mencionados publicados entre 1998 y 2009, atestigua que la existencia de sindicatos autónomos, fuertes, independientes y capaces de ejercer un contrapoder eficaz a fines empresariales es un elemento esencial para que el trabajo en el mundo globalizado no se transforme definitivamente en una mercancía y, principalmente, para que se preserve la dignidad humana de los trabajadores frente a la movilidad del capital y de los factores de producción.

De la breve explicación sobre el contenido histórico-institucional de la libertad sindical se desprende que las medidas implementadas por sindicatos y trabajadores en los tres casos considerados por el TJUE (*Viking*, *Laval* y *Rüffert*) no resultan contrarias al contenido del citado Derecho Fundamental, configurando, por el contrario, un supuesto legítimo de su ejercicio.

De hecho, la implementación de medidas de acción sindical encaminadas a que los empresarios cumplan con los parámetros mínimos establecidos en la negociación colectiva constituye un corolario del Derecho Fundamental a la

³⁷ LHUILIER. Giles. *Le concept de “law shopping” (droit international privé, droit social et droit de l’environnement)*. In : BLIN-FRANCHOMME. Marie-Pierre ; DESBARATS. Isabelle. *Droit du Travail et Droit de l’Environnement. Regards croisés sur le développement durable*. Lamy, Paris, 2010, p. 119.

libertad sindical que está en el origen mismo de la citada garantía, en su dimensión colectiva, pues es precisamente a través de tales actividades que las entidades de representación obrera ejercerán legítimamente la autoprotección de los intereses de sus categorías profesionales con vistas a la contratación colectiva y al cumplimiento de los instrumentos negociados, en los términos reconocidos por el Comité de Libertad Sindical del Consejo Directivo de la OIT³⁸.

Por ello, los sindicatos que lideraron las medidas de acción sindical libradas en los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert* no hicieron allí, en tales situaciones, más que desarrollar un nuevo capítulo en la historia institucional del Derecho Fundamental a la libertad sindical, que, en aquella ocasión, tuvo lugar en el espacio del libre mercado europeo e implicó el uso de mano de obra de países de la propia UE con el fin de bajar los parámetros de compra y venta de mano de obra humana.

Utilizando aún la alegoría dworkiniana de la *novela en cadena*, este nuevo capítulo de la saga institucional de la libertad sindical parece ser plenamente coherente con los episodios históricos anteriores en la medida en que busca salvaguardar los logros obtenidos por las entidades locales mediante el ejercicio de la negociación colectiva, así como extenderlos a los trabajadores de otros países de la UE que vienen a desarrollar sus actividades en esos ámbitos territoriales, previniendo, con eso, las prácticas que caracterizan el *law shopping* y el *dumping social*³⁹.

Por todas estas razones, desde la perspectiva deontológica aquí esbozada, parece que el análisis del Derecho Fundamental a la libertad sindical a la luz de los aspectos fácticos subyacentes en los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert* indicaba al TJUE que la única respuesta correcta consistía en la validación de las prácticas de acción sindical emprendidas por las entidades y por los trabajadores en aquellos supuestos, pues las medidas en referencia no sólo eran consistentes con el contenido histórico-institucional de esa garantía, en el

³⁸ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Quinta Edición. OIT, Ginebra, 2006, p. 101-113.

³⁹ BONILLA. Miguel Ángel Purcalla. *El trabajo globalizado: realidades y propuestas*. Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 224-225.

contexto de interacción supranacional en el que fueron adoptados, al mismo tiempo que no impidieron de ningún modo el ejercicio de otros derechos –como la libre circulación y el libre establecimiento en el espacio común europeo– por parte de las empresas y los trabajadores implicados.

5. Conclusión

Después de las digresiones aquí realizadas, es posible concluir que el TJUE, al considerar los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert*, estuvo vinculado, en igual medida, al contenido institucional inherente a los Derechos Fundamentales a la libertad sindical (y a los sectores relacionados en materia de acción sindical y negociación colectiva) a la libre circulación y al libre establecimiento, en la medida en que todas las garantías aquí referenciadas integran, con la misma jerarquía, el acervo comunitario de Derechos Fundamentales de la UE.

Por ello, la metodología utilizada por el TJUE para resolver los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert* – al considerar el Derecho Fundamental a la libertad sindical como un supuesto límite a la libre circulación y al libre establecimiento en el espacio común europeo y otorgarlos diferentes pesos a efectos de ponderación– parece inapropiada, ya que termina, en la práctica, por flexibilizar el contenido de las garantías que integran, con idéntica fuerza normativa, el acervo comunitario de Derechos Fundamentales de la UE.

De este modo, la resolución de los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert* por el TJUE debería haber estado guiada, en su momento, por una concepción distinta, que concibe los Derechos Fundamentales como elementos que sostienen enunciados normativos contundentes que, dados los matices de los casos concretos, imponen una determinada solución que se obtendrá a través de una comparación entre los datos de la realidad examinada y el contenido histórico-institucional de los principios en cuestión.

Desde esta perspectiva, los matices que subyacen en los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert* indican, en primer lugar, que los casos en cuestión no implican la aplicación de los Derechos Fundamentales a la libre circulación y al libre establecimiento en el espacio común europeo, pues en todas aquellas

situaciones, las empresas involucradas pudieron reclutar mano de obra de otros países miembros de la UE y traerla a sus territorios, con la oportunidad de emplearla en sus actividades. Se trata, por tanto, de hipótesis que cuestionan únicamente la aplicación –o no– del Derecho Fundamental a la libertad sindical y sus corolarios representados por la acción sindical y por la negociación colectiva.

El análisis de los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert* desde la perspectiva deontológica de los Derechos Fundamentales indica, en segundo lugar, que las prácticas de acción sindical emprendidas por las entidades y los trabajadores en esos casos específicos parecían plenamente coherentes con el contenido histórico-institucional de la garantía a la libertad sindical en el contexto de la interacción europea, en la medida en que (i) buscaron proteger los logros obtenidos por las entidades locales mediante el ejercicio de la negociación colectiva, así como extenderlos a trabajadores traídos de otros países de la UE y que tuvieron como objetivo, además, (ii) evitar que las empresas recurran a prácticas diseñadas para eludir acuerdos locales mediante la contratación de mano de obra sujeta a regulaciones más permisivas que son características del *law shopping* y del *dumping social*.

La evaluación de los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert* a la luz de la perspectiva ahora señalada al TJUE lograría, por tanto, proteger la fuerza normativa del Derecho Fundamental a la libertad sindical y sus aspectos conexos relativos a la acción sindical y la negociación colectiva en esas hipótesis específicas, sin perjuicio de la validez abstracta del contenido histórico-institucional que subyace a las garantías de libre circulación y libre establecimiento de empresarios y trabajadores en el espacio común europeo.

Sin embargo, al priorizar la resolución de los casos mencionados mediante el uso de la metodología de *ponderación de bienes*, con los amplios espacios que esta otorga a la discrecionalidad del intérprete para definir los *valores a sopesar*, la Corte terminó por relativizar, en sentido abstracto, el Derecho Fundamental a la libertad sindical, transformándolo en una garantía subordinada a la libre circulación y al libre establecimiento, como si el acervo

comunitario de Derechos Fundamentales de la UE admitiera la graduación entre los institutos jurídicos que la integran.

Bibliografía

- AARNIO, A. (2010). *¿Una única respuesta correcta?*, en AARNIO, A.; ATIENZA, M.; LAPORTA, F. J., *Bases teóricas de la interpretación jurídica*, Fundación Colóquio Jurídico Europeo, Madrid.
- ALEXY, R. (2002). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- BRONSTEIN, A. (2009). *International and comparative labor law. Current challenges*, Palgrave Macmillan, New York.
- DARDOT, P. y LAVAL. C. (2016). *A nova razão do mundo. Ensaio sobre a sociedade neoliberal*, Boitempo, São Paulo.
- DE LA CUEVA, M. (2006). *El nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, Tomo. II*, 14ª Edición, Porrúa, México.
- DWORKIN, R. (1978). *Taking rights seriously*, Harvard University Press, Cambridge.
- GARCÍA AMADO, J. A. (2018). "Sobre ponderaciones. Debatiendo con Manuel Atienza", en ATIENZA, M.; GARCÍA AMADO. J. A., *Un debate sobre la ponderación*, Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sucre.
- BAYLOS GRAU, A. (2006). *Sindicalismo y Derecho Sindical*. 3ª Edición. Bomarzo, Albacete;
- GRAU, E. (2013). *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*, Malheiros, São Paulo.
- GÜNTHER, K. (1993). *The sense of appropriateness*, SUNY Press, Albany.
- HÄBERLE, P. (2005). "El Tribunal Constitucional como poder político", en HESSE, K. y HÄBERLE, P., *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*, Porrúa, México.
- HABERMAS, J. (2003). *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*, Volume I, 2ª edición, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro.
- HART, H. L. A. (1961). *The concept of law*, Claredon Press, Oxford.
- KOLDINSKÁ, K. (2019). "The International Labour Organization and the EU – Old Friends with New Goals", *Hungarian Journal of Legal Studies* 60, No 2.

- LHUILIER, G. (2010). “Le concept de “law shopping” (droit international privé, droit social et droit de l’environnement)”, en BLIN-FRANCHOMME. M. P. y DESBARATS, I., *Droit du Travail et Droit de l’Environnement. Regards croisés sur le développement durable*, Lamy, Paris.
- NETTO, M. y SCOTTI, G. (2011). *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito. A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*, Fórum, Belo Horizonte.
- NEVES, M. (2009). *Transconstitucionalismo*, Martins Fontes, São Paulo.
- NOVITZ, T. (2017). “Connecting Freedom of Association and the Right to Strike: European Dialogue with the ILO and its Potential Impact”, *CDN. Labour & Employment Law Journal*.
- NUNES, A. (2007). *A Constituição Europeia. A constitucionalização do neoliberalismo*, Coimbra Editora, Coimbra;
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2006). *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, Quinta Edición, OIT, Ginebra.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2009). *Para superar a crise: um pacto mundial para o emprego*, OIT, Lima.
- PULIDO, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª Edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- PURCALLA BONILLA, M. Á. (2009). *El trabajo globalizado: realidades y propuestas*, Aranzadi, Pamplona.
- SANCHÍS, L. P. (2003). *Justicia constitucional y Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid.
- SARMENTO, D. y SOUZA NETO, C. (2016). *Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*, 2ª edición, Fórum, Belo Horizonte.
- SUPIOT, A. (1994). *Critique du droit du travail*, PUF, Paris.
- SÜSSEKIND, A. (2000). *Direito Internacional do Trabalho*, 3ª Edição, LTr, São Paulo.
- VON POTOBOSKY, G. y DE LA CRUZ, H. (1990). *La Organización Internacional del Trabajo*, Astrea, Buenos Aires.

WOOLFSON, C.; THÖRNQVIST, C. y SOMMERS, J. (2010). "Labour Migration and the Future of Labour Standards after Laval", *Industrial Relations Journal*, 41.

Recursos electrónicos

BERCUSSON, B. (2008). "The European Court of Justice, Labour Law and ILO Standards". Disponible en <https://api.semanticscholar.org/CorpusID:156185757>.