

FRANCIS LEFEBVRE

**Derecho Social
de la Unión Europea**
Aplicación por el Tribunal de Justicia

Actualizado a 16 de marzo de 2018



Esta obra es el resultado
de un estudio técnico cedido
a **Francis Lefebvre**

© Francis Lefebvre
Lefebvre-El Derecho, S. A.
Monasterios de Suso y Yuso, 34. 28049 Madrid. Teléfono: (91) 210 80 00. Fax: (91) 210 80 01
www.efl.es
Precio: 84,24 € (IVA incluido)

ISBN: 978-84-17317-13-3
Depósito legal: M-9764-2018

Impreso en España
por Printing'94
Paseo de la Habana, 9-11. 28036 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

LISTADO DE AUTORES

DIRECTORES

María Emilia Casas Baamonde

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Complutense de Madrid, y Presidenta Emérita del Tribunal Constitucional

Román Gil Alburquerque

Socio de Sagardoy Abogados

COORDINADORES

Ignacio García-Perrote Escartín

Catedrático de Derecho del Trabajo, UNED y Abogado

Adriano Gómez García-Bernal

Abogado - Socio J&A Garrigues

Antonio V. Sempere Navarro

Catedrático de Universidad (s.e). Magistrado del Tribunal Supremo

AUTORES

Joan Agustí Maragall

Magistrado especialista. Titular del Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona

Ana Alós Ramos

Abogada, Socia de Uría Menéndez, Profesora Colaboradora en ESADE e ICAB, Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona

Pablo Aramendi Sánchez

Magistrado, Juzgado Social 33 de Madrid

M^a Lourdes Arastey Sahún

Magistrada de la Sala IV (Social) del Tribunal Supremo

María Amparo Ballester Pastor

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Valencia

Antonio Baylos Grau

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Castilla-La Mancha

Ricardo Bodas Martín

Presidente de la Sala Social de la Audiencia Nacional

Juan Bonilla Blasco

Partner Cuatrecasas. Magister Juris, Oxford

Jaime Cabeza Pereiro

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidade de Vigo

Yolanda Cano Galán

Letrada del Tribunal Supremo (Sala Social). Profesora Titular, Universidad Rey Juan Carlos

Dolores Carrascosa Bermejo

Prof. Asociada Dra. Universidad Pontificia Comillas (ICADE) y Universidad Complutense de Madrid (Acreditada T.U. ANECA). Redactora en Lefebvre-El Derecho. Experta Analítica y Nacional de la Red MoveS (Free Movement and Social Security Coordination) de la Comisión Europea

María Emilia Casas Baamonde

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Complutense de Madrid, y Presidenta Emérita del Tribunal Constitucional

Faustino Cavas Martínez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Murcia. Magistrado (supl.) del TSJ de la Región de Murcia

Jesús Cruz Villalón

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla

Salvador del Rey Guanter

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, ESADE Law School. Socio y Presidente del Instituto Cuatrecasas de Estrategia Legal en Recursos Humanos

Laurentino J. Dueñas Herrero

Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Valladolid

María Fernanda Fernández López

Catedrática Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Sevilla

Raquel Flórez Escobar

Socia Freshfields Bruckhaus Deringer

Javier Gárate Castro

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Santiago de Compostela

Manuel Antonio García-Muñoz Alhambra

Profesor asociado, Universidad de Castilla-La Mancha

Joaquín García Murcia

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad Complutense de Madrid

Ignacio García-Perrote Escartín

Catedrático de Derecho del Trabajo, UNED y Abogado

Román Gil Alburquerque

Socio de Sagardoy Abogados

José María Goerlich Peset

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universitat de València

Francisco Javier Gómez Abelleira

Profesor Titular de Derecho del Trabajo, Universidad Carlos III de Madrid

Adriano Gómez García-Bernal

Abogado – Socio J&A Garrigues

José Manuel Gómez Muñoz

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Jean Monnet Chair-European Law, Universidad de Sevilla

Iván López García de la Riva

Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad Complutense. Socio Director Área Laboral, Abdón Pedrajas & Molero

José Fernando Lousada Arochena

Magistrado especialista del Orden Social, TSJ Galicia. Doctor en Derecho-Graduado Social. Profesor asociado, Universidad de Coruña

Carolina Martínez Moreno

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Departamento de Derecho Privado y de la Empresa, Universidad de Oviedo, Campus de El Cristo

Juan Martínez Moya

Magistrado (especialista) de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia. Vocal del Consejo General del Poder Judicial

Jesús R. Mercader Uguina

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Carlos III de Madrid

José María Miranda Boto

Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Santiago de Compostela

José Luis Monereo Pérez

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS)

María Nieves Moreno Vida

Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Granada. Directora del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Granada

Magdalena Nogueira Guastavino

Catedrática de Derecho del Trabajo, Universidad Autónoma de Madrid. Ex letrada del Tribunal Constitucional

Joaquín Pérez Rey

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Castilla-La Mancha

Sergio Ponce Rodríguez

Socio del Departamento Laboral, Uría Menéndez Abogados

Carlos Hugo Preciado Domènech

Magistrado Especialista del Orden Social, TSJ Catalunya

Margarita Isabel Ramos Quintana

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de La Laguna

Susana Rodríguez Escanciano

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de León

Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Miguel Rodríguez-Piñero Royo

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla. Senior Counsellor, PwC Tax & Legal Services

Eduardo Rojo Torrecilla

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Autónoma de Barcelona. Director del Departamento de Derecho Público y Ciencias Historicojurídicas, Universidad Autónoma de Barcelona

Carolina San Martín Mazzucconi

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Rey Juan Carlos

María Luisa Segoviano Astaburuaga

Magistrada de la Sala IV del Tribunal Supremo

Antonio V. Sempere Navarro

Catedrático de Universidad (s.e). Magistrado del Tribunal Supremo

Fernando Valdés Dal-Ré

Catedrático de Derecho del Trabajo. Magistrado del Tribunal Constitucional

Rosa María Virolés Piñol

Magistrada del Tribunal Supremo, Sala IV

ÍNDICE

	<u>Páginas</u>
Capítulo 1. Constitucionalismo laboral europeo..... <i>Fernando Valdés Dal-Ré</i>	21
Capítulo 2. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ámbito de aplicación y eficacia..... <i>Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer</i>	51
Capítulo 3. Competencias, fuentes y papel de las instituciones de la Unión Europea en materia social..... <i>José María Miranda Boto</i>	71
Capítulo 4. La eficacia de las Directivas y la responsabilidad del Estado por su incumplimiento..... <i>Magdalena Nogueira Guastavino</i>	91
Capítulo 5. La cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea..... <i>Joan Agustí Maragall</i>	123
Capítulo 6. La aplicación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea..... <i>Ricardo Bodas Martín</i>	157
Capítulo 7. El concepto de trabajador..... <i>Carolina Martínez Moreno</i>	187
Capítulo 8. Igualdad y prohibición de discriminación en el marco laboral <i>Maria Fernanda Fernández López</i>	207
Capítulo 9. Las medidas de acción positiva..... <i>Jesús Cruz Villalón</i>	231
Capítulo 10. Condiciones de trabajo y discriminación salarial por razón de sexo..... <i>Susana Rodríguez Escanciano</i>	255
Capítulo 11. La protección de la maternidad..... <i>María Amparo Ballester Pastor</i>	293
Capítulo 12. Igualdad y prohibición de discriminación por origen racial o étnico..... <i>María Emilia Casas Baamonde</i>	311
Capítulo 13. Prohibición de discriminación por causa de religión o convic- ciones..... <i>Román Gil Alburquerque</i>	361
Capítulo 14. La discapacidad como factor de discriminación..... <i>Pablo Aramendi Sánchez</i>	381

	<i>Páginas</i>
Capítulo 15. La discriminación por razón de edad..... <i>Carlos Hugo Preciado Domènech</i>	407
Capítulo 16. Igualdad y no discriminación por orientación sexual e identidad de género..... <i>Yolanda Cano Galán</i>	431
Capítulo 17. Conciliación de vida personal y familiar. El permiso parental.. <i>Jaime Cabeza Pereiro</i>	459
Capítulo 18. Libertad de circulación de trabajadores, de prestación de servicios y de establecimiento..... <i>Eduardo Rojo Torrecilla</i>	483
Capítulo 19. Coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social <i>Dolores Carrascosa Bermejo</i>	509
Capítulo 20. La libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios y derechos sociales..... <i>Salvador del Rey Guanter</i>	557
Capítulo 21. La protección de los trabajadores en los desplazamientos temporales transnacionales..... <i>Javier Gárate Castro</i>	579
Capítulo 22. Desplazados de terceros países y movilidad geográfica internacional..... <i>Juan Bonilla Blasco</i>	615
Capítulo 23. Libertad de circulación de trabajadores, de prestación de servicios y de establecimiento. La política de inmigración..... <i>Margarita Isabel Ramos Quintana</i>	629
Capítulo 24. La contratación de duración determinada..... <i>Joaquín Pérez Rey</i>	653
Capítulo 25. El trabajo a tiempo parcial..... <i>José Fernando Lousada Arochena</i>	697
Capítulo 26. Las Empresas de Trabajo Temporal..... <i>Carolina San Martín Mazzuconni</i>	719
Capítulo 27. La protección de datos personales del trabajador. La obligación del empresario de informar al trabajador sobre sus condiciones de trabajo..... <i>Jesús R. Mercader Uguina</i>	745
Capítulo 28. La política de empleo..... <i>José Manuel Gómez Muñoz</i>	785
Capítulo 29. La política de formación profesional..... <i>Miguel Rodríguez-Piñero Royo</i>	811

	<u>Páginas</u>
Capítulo 30. La Directiva marco 89/391/CE como eje del derecho social comunitario de la prevención de riesgos laborales.....	833
<i>José Luis Monereo Pérez y María Nieves Moreno Vida</i>	
Capítulo 31. Las Directivas específicas sobre seguridad y salud en el trabajo.....	869
<i>Faustino Cavas Martínez</i>	
Capítulo 32. Protección de los jóvenes en el trabajo	891
<i>Antonio V. Sempere Navarro</i>	
Capítulo 33. Jornadas, descanso, trabajo efectivo	909
<i>María Luisa Segoviano Astaburuaga</i>	
Capítulo 34. Las vacaciones.....	935
<i>Juan Martínez Moya</i>	
Capítulo 35. Aspectos laborales del traspaso de empresas	957
<i>M^a Lourdes Arastey Sahún</i>	
Capítulo 36. Despidos colectivos.....	979
<i>Ignacio García-Perrote Escartín</i>	
Capítulo 37. Insolvencia empresarial.....	1011
<i>Joaquín García Murcia</i>	
Capítulo 38. Derechos de información y consulta.....	1045
<i>Ana Alós Ramos</i>	
Capítulo 39. El Comité de Empresa Europeo	1061
<i>Raquel Flórez Escobar</i>	
Capítulo 40. La implicación de los trabajadores en la sociedad europea y sociedad cooperativa.....	1083
<i>Sergio Ponce Rodríguez</i>	
Capítulo 41. Diálogo social europeo y negociación colectiva.....	1111
<i>Manuel Antonio García-Muñoz Alhambra</i>	
Capítulo 42. Derecho de negociación colectiva y libre competencia.....	1141
<i>José María Goerlich Peset</i>	
Capítulo 43. Derecho de huelga y medidas de conflicto.....	1157
<i>Antonio Baylos Grau</i>	
Capítulo 44. Empleo público	1181
<i>Laurentino J. Dueñas Herrero</i>	
Capítulo 45. Competencia en materia de Seguridad Social de la Unión Europea	1215
<i>Rosa María Virolés Piñol</i>	
Capítulo 46. Compromisos por pensiones	1229
<i>Iván López García de la Riva</i>	

	<u>Páginas</u>
Capítulo 47. La regulación comunitaria de la ley aplicable a la relación laboral en el espacio internacional <i>Francisco Javier Gómez Abelleira</i>	1253
Capítulo 48. La competencia judicial. El reconocimiento mutuo y la ejecución de sentencias <i>Adriano Gómez García-Bernal</i>	1279
Anexo cronológico de sentencias citadas..... <i>Antonio V. Sempere Navarro</i>	1315

PRESENTACIÓN

Es para Fide¹ un honor haber trabajado durante casi un año, junto a un destacado grupo de especialistas en derecho laboral, en la elaboración de este libro que nació con la ambición de ser una obra de referencia para todos los operadores jurídicos.

El reto fue propuesto hace ahora aproximadamente un año por Román Gil y aceptado rápidamente por María Emilia Casas, Ignacio García-Perrote, Adriano Gómez y Antonio Sempere, quienes han asumido la labor de dirigir y coordinar todas las sesiones de trabajo y debate desarrolladas a lo largo de un año y dar vida a este magnífico libro que hoy tenemos entre las manos.

Se planteó un libro sobre Derecho Social de la Unión Europea, que no solo recogiera con rigor las principales cuestiones que hoy se reflejan en él, sino que fuera el fruto de una serie de reflexiones colectivas, rigurosas, perfectamente ordenadas entre profesionales que aportaran la riqueza de diversas perspectivas experiencias y conocimientos. Se trataba de contenidos, de estructura y autores, pero sin duda también de metodología.

La complejidad, diversidad y en casos, especialización de cada materia, exigía una reflexión colectiva que permitiera analizar y debatir cada cuestión con profundidad y perspectiva, que permitiera incorporar a cada propuesta o solución la visión del conjunto, que abocara, en definitiva, a un libro colectivo en el más profundo sentido de la palabra, en la que cada idea, cada sugerencia, cada conclusión que contuviera el libro proviniera del debate y la reflexión de quienes hoy son reconocidos como los principales especialistas en el estudio y aplicación del Derecho del Trabajo.

Sinceramente creo que lo hemos conseguido, y no solo ha surgido un libro interesantísimo, sino la firme voluntad de todos los partícipes de conformar un grupo de reflexión del máximo valor, para ellos mismos y para todos quienes se benefician a través de ellos de todas las reflexiones y aportaciones que realiza dicho grupo.

Queda solo por tanto agradecer ahora a este extraordinario grupo de profesionales, la generosidad, dedicación, profesionalidad, compromiso y entusiasmo con el que ha trabajado en la elaboración de esta obra destinada a compartir conocimiento, experiencia y propuestas de debate.

La participación y apoyo de las principales asociaciones de profesionales del ámbito del Derecho del Trabajo, la Asociación Nacional de Laboralistas, Asnala y el Foro Español de Laboralistas, Forelab era no solo imprescindible, sino que ha resultado relevante para el éxito de todo el trabajo que ahora se refleja en este libro. Asimismo, la editorial Lefebvre El Derecho con su excelente equipo de trabajo, es igualmente tributaria de los elogios que esta obra merece.

1. Fide es un think-tank jurídico-económico, un centro operacional del conocimiento en estado práctico, que se hace posible gracias a la participación activa de todos los estamentos de la sociedad civil que tienen algo que decir al respecto: la alta dirección de las empresas, los despachos de abogados, las cátedras universitarias, los tribunales de justicia, todas las instancias de la administración y los profesionales de diferentes ámbitos relacionados con el mundo del Derecho y de la Empresa.

Queda solo por tanto invitar a todos los profesionales del mundo del derecho y fuera de él a leer este libro, extraer de él todo el valor que contiene y contribuir desde este momento al enriquecimiento de todos en el debate de cuantas ideas se exponen aquí.

Cristina JIMÉNEZ SAVURIDO
Presidente de Fide

PRÓLOGO

El interés en nuestro país por el Derecho Social de la Unión Europea es un hecho innegable y creciente, tanto en el entorno académico –en el que ya existe una importante producción bibliográfica– como entre los diversos operadores jurídicos (abogados, jueces, funcionarios públicos), progresivamente conscientes de la cada vez mayor trascendencia de esta disciplina jurídica para su desempeño profesional.

Estudiosos y aplicadores del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social reconocen una profundización y extensión de la relevancia de este ámbito normativo supranacional, por más que en el pasado haya podido ser, en cierta medida, periférico a la construcción del proyecto –confederación política y federación jurídica– que hoy conocemos como Unión Europea, nacido de un pragmatismo antibélico que buscó su fundamento en libertades típicamente económicas, si bien entre ellas cuenta desde sus inicios la libre circulación de trabajadores y la igualdad retributiva entre hombres y mujeres, con rasgos nítidamente laborales.

Con el paso del tiempo, y esta es una de las razones de la mayor atención debida a la regulación que nos ocupa, la relativa subordinación económica del Derecho del Trabajo en la Unión Europea (sin perjuicio de la existencia de un corpus normativo propio ya relevante) está siendo gradualmente reconsiderada, habiéndose incluso proclamado en la cumbre social de la UE celebrada en Gotemburgo en noviembre de 2017 el *pilar europeo de derechos sociales*, con el establecimiento de veinte principios y derechos esenciales destinados a fomentar mercados de trabajo y sistemas de protección social que se pretenden «equitativos y que funcionen correctamente». Aun pensado ante todo para la zona del euro, el *pilar europeo de derechos sociales* es aplicable a todos los Estados miembros de la UE que deseen formar parte de él. Este nuevo *pilar* cuya construcción está en marcha requiere una reconfiguración y desarrollo tanto del Derecho de la UE como de sus políticas sociales, que ha de ocupar un papel relevante en el futuro del proyecto europeo.

En todo caso, hemos de insistir en el alcance de las modificaciones estructurales y materiales producidas por el Derecho Social europeo en el antes puramente Derecho interno. Su cuota de regulación afecta a materias esenciales de nuestro ordenamiento laboral, competencia del orden jurisdiccional social. Y aunque virtualmente agostado durante la gran crisis financiera global –y ya antes– y sustituido por instrumentos alternativos, producto del «reformismo» de la gobernanza económica de la Unión, que condujeron al Derecho del Trabajo a una nueva y más intensa modalidad de subordinación económica, las decisiones del Tribunal de Justicia, resolviendo cuestiones prejudiciales, no han dejado de producirse y sobre cuestiones sustantivas, también relacionadas con las normas y decisiones de los Estados miembros impuestas por las políticas de austeridad e intervención económica a través de mecanismos de aseguramiento de los objetivos de la Unión Monetaria y Económica.

Por ello, no menos importante como acicate del creciente interés al que este libro quiere contribuir a dar respuesta es la progresiva importancia –que hay quien incluso percibe con la alarma que provocaría un fenómeno aparentemente *inva-*

sivo respecto de la jurisdicción estatal— de la doctrina judicial social del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el intérprete del Derecho de la Unión y de su aplicación. Sus sentencias, qué duda cabe, han acelerado notablemente el ritmo, la cantidad y también la relevancia de interpretaciones novedosas, que obligan a su estudio y aplicación por todos los implicados. No es raro que lleguen, incluso, a constituir noticias periodísticas de primer interés, algo inusitado hasta ahora y que es expresivo de su progresiva centralidad, correspondiente al principio de primacía del Derecho de la Unión sobre los ordenamientos internos de los Estados miembros y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a la que han de ajustarse los tribunales nacionales. Por lo mismo jueces y abogados en la jurisdicción social se han acostumbrado no sólo, como es obligado, a integrar en su práctica al Tribunal de Justicia de la UE entre los más importantes intérpretes del Derecho de su especialidad, considerando y aplicando su doctrina con novedosa habitualidad, sino también a pensar más en términos del Derecho Social de la Unión Europea en su labor diaria.

Con el fin de ayudar en esta tarea necesaria se ha escrito este libro que, con objetividad descriptiva, no dudamos en calificar de único en nuestro panorama editorial. Ello es así por cuanto en él han sumado fuerzas y entusiasmo un plantel de autores verdaderamente inigualable, juristas de extraordinario prestigio y relevancia procedentes de los ámbitos de la universidad, la judicatura y la abogacía, en una tarea inusualmente conjunta de verdadero estudio, debate y coordinación de materiales, que se ha extendido durante casi un año de fructíferos encuentros desarrollados por FIDE y con el inestimable apoyo editorial de Francis Lefebvre, así como con la colaboración de las mayores asociaciones de abogados especializados en el Derecho del Trabajo y de graduados sociales (ASNALA y FORELAB).

El resultado es un auténtico vademécum que contribuirá decisivamente a que los operadores jurídicos no queden al margen del imprescindible Derecho Social de la Unión Europea, conociendo cumplidamente la interpretación del Tribunal de Justicia en sus diferentes ámbitos materiales.

El contenido del libro sigue una metodología expositiva de la normativa del Derecho Social de la Unión Europea en una amplia temática, con énfasis en su interpretación por parte, primordialmente, de su Tribunal de Justicia (y asimismo, cuando procede, de otros tribunales europeos y de altos tribunales españoles).

El rango expositivo es amplio y se ha ordenado en un sistema, sin el cual desaparecerían el rigor y la estructura misma de la obra, así como su utilidad para los aplicadores del Derecho Social de la Unión Europea: constitucionalismo social europeo, con referencia a la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea; instituciones y fuentes; la eficacia de las directivas; la relación entre tribunales europeo y estatales, con especial consideración de la cuestión prejudicial; la aplicación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia por los órganos jurisdiccionales nacionales; el concepto de trabajador; igualdad y no discriminación, con el estudio completo de ambos derechos, de las causas de la discriminación prohibida, de las acciones positivas, y de los derechos de conciliación de la vida personal y familiar; libertades de circulación de trabajadores, con sus inseparables derechos de seguridad social, de prestación de servicios y de establecimiento, desplazamientos temporales de trabajadores, de terceros países, movilidad geográfica internacional e inmigración; contratación de duración determinada y a tiempo parcial, empresas de trabajo temporal, protección de datos personales, empleo y formación profe-

sional; condiciones de trabajo, de seguridad y salud y de tiempo de trabajo (jornada, descansos, vacaciones); vicisitudes empresariales, sucesiones de empresas, despidos colectivos e insolvencia empresarial; representación de los trabajadores, derechos de información y consulta, comités de empresa europeos e implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas; autonomía colectiva europea, diálogo social, negociación colectiva y libre competencia, huelga y medidas de conflicto; empleo público; Derecho Internacional Privado y ley aplicable; competencia judicial; incluso se adentra en espacios de regulación del Derecho de la Seguridad Social.

Compuesto de cuarenta y ocho capítulos en los que los autores han hecho un esfuerzo admirable para mantener la obra dentro de los límites razonables que la materia consiente, el libro incluye un cuidado y exhaustivo anexo jurisprudencial cronológicamente ordenado de extraordinaria utilidad, al recoger (con resúmenes de su contenido elaborados «ad hoc») toda la jurisprudencia citada en la obra, que es la más relevante jurisprudencia social del Tribunal de Justicia, así como una selección bibliográfica por capítulos que permitirá al lector profundizar aún más en el estudio y conocimiento del Derecho Social Europeo. Ha sido, y será, su empeño estar al día, lo que esperamos haber conseguido, esperanza que asimismo abriga su renovación en futuras ediciones.

No podemos sino agradecer a los autores y coordinadores de esta esperada obra su magnífica labor y aguardar para el libro el cumplimiento del destino al que, queremos pensar que merecidamente, aspira.

María Emilia CASAS BAAMONDE

Román GIL ALBURQUERQUE

NOTA PREVIA DE ASNALA Y FORELAB

Se ha hablado por algún autor recientemente de «*europización del Derecho del Trabajo*» para hacer referencia a la creciente influencia del Derecho de la Unión Europea en los ordenamientos de los Estados miembros, no tanto, o no sólo, a través de las intervenciones normativas, que siguen siendo relativamente moderadas, sino fundamentalmente a través de una intervención muy activa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en diálogo permanente, a veces no demasiado amistoso, con las jurisdicciones nacionales.

En todo caso, y como uno de los mecanismos para evitar la desafección de los ciudadanos de la Unión Europea con sus instituciones, que se ha agravado en los años de profunda crisis económica sufrida, de forma más o menos intensa, por todos los Estados miembros, pero muy especialmente por los del sur de Europa, se ha instalado la idea común de que es necesario reforzar el llamado pilar social de la Unión. Ello seguramente conducirá en los próximos años a un incremento sensible de la creación normativa en materia social, y no hay razones para pensar que la tendencia vaya a cambiar, a una permanencia del activismo del TJUE al resolver cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos judiciales de los Estados miembros.

Para los laboristas, el Derecho Social de la Unión Europea no puede ya ser un arcano que sólo estudian, conocen o invocan unos pocos juristas a los que se mira con una cierta extrañeza, como si estuvieran hablando de un sistema normativo que nos es ajeno y que no sirve o no es relevante para resolver los conflictos jurídicos cotidianos, para lo que habría que acudir únicamente a la Ley española. Esa visión es ya insostenible. Se ha convertido en prioritario para el laborista conocer el Derecho Social europeo en profundidad, manejarse en sus conceptos básicos, tener en cuenta la primacía del Derecho de la Unión Europea y, sobre todo, ser conscientes de que muchos de los problemas o casos a los que tenemos que enfrentarnos requieren de un enfoque multinivel, en el que ha de contemplarse, de manera combinada, la solución que proporciona la Ley española y el marco de las normas y principios del Derecho europeo.

Por ello en la Junta Directiva de la Asociación Nacional de Laboristas (ASNALA) se planteó la idea de impulsar un Libro sobre el Derecho Social de la Unión Europea, y por idéntico motivo el Comité Ejecutivo del Foro Español de Laboristas (FORELAB) se sumó de manera entusiasta a dicha iniciativa. Estábamos, creemos, dando respuesta a una necesidad y a una demanda de todos los que nos dedicamos al estudio o aplicación del Derecho del Trabajo. Y ambas asociaciones nos congratulamos hoy de observar que, al final de un trabajo intenso, la idea ha cristalizado finalmente en un espectacular libro como el que ahora se presenta. Estamos convencidos de que la misión principal que justifica la existencia de asociaciones profesionales como las nuestras es precisamente el impulso de iniciativas como ésta.

Es obligado, por último, felicitar a los directores y coordinadores del Libro por el riguroso trabajo de ordenar una materia tan extensa hasta lograr una obra en la que ninguna cuestión relevante del Derecho Social de la Unión Europea queda sin

tratamiento. Y a los autores, todos ellos laboristas del máximo prestigio, porque logran que ese tratamiento sea siempre completo, documentado y deslumbrante.

Un honor para ASNALA y FORELAB brindar nuestro apoyo y colaborar en la edición de éste que, desde su publicación, será ya un libro de referencia sobre Derecho Social de la Unión Europea.

Martín GODINO REYES
Presidente de Honor de ASNALA

Rafael GIMÉNEZ-ARNAU PALLARÉS
Presidente de FORELAB

CAPÍTULO I

CONSTITUCIONALISMO LABORAL EUROPEO

FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ

ÍNDICE	
I.	Introducción..... 21
II.	La Constitución laboral: una aproximación a su concepto 23
III.	El Tratado de Roma: Europa como mera comunidad económica 25
IV.	El lento camino hacia la vigencia de un núcleo de derechos fundamentales 27
	A. El activismo del Tribunal de Justicia: avances y limitaciones..... 27
	B. La Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales: su solemne pero vacía declaración 29
V.	La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea..... 30
	A. La pluralidad de los factores de su interpretación..... 30
	B. Su irrelevancia desde la perspectiva competencial de la UE.... 32
	C. Los derechos fundamentales en materia laboral..... 34
	a. Una sistemática innovadora y un contenido tradicional..... 34
	b. Las recíprocas influencias de la CDFUE y otros textos internacionales europeos 36
VI.	La protección por el TJUE de los derechos laborales reconocidos en la CDFUE 40
	A. Las limitaciones a la protección: el marco general 40
	B. Las razones de las limitaciones..... 41
	a. La necesidad de una previa regulación por el Derecho europeo 41
	b. La distinción entre derechos y principios..... 44
	c. Una doctrina jurisprudencial restrictiva 46
	Bibliografía..... 47

I. Introducción

En el curso de los últimos años, la doctrina académica ha venido prestando una especial atención, abriendo intensos y extensos debates, sobre la noción de «pluralismo constitucional». La elaboración del modelo constitucional pluralista se debe al mérito científico de MacCormick, que entiende por tal la situación en la que convergen, en un espacio territorial y de manera simultánea, dos o más consti-

tuciones que regulan y condicionan el ejercicio de los poderes políticos y en el que se reconoce una recíproca legitimidad sin que ello comporte superioridad de ninguno de ellos sobre el o sobre los otros (*constitutional superiority over another*) (MacCormick, 1999, pág. 194). El pluralismo constitucional evoca la existencia de diversos órdenes normativos que interaccionan recíprocamente sin estar, sin embargo, jerarquizados. En el ámbito europeo, en definitiva, con esta noción o con otras de contenido semejante, como la de «constitucionalismo en red», se quieren identificar las relaciones existentes entre los tratados de la UE, las constituciones nacionales y algunos de los más relevantes instrumentos internacionales aprobados por el Consejo de Europa que se articulan, en lugar de en términos de supremacía, material o formal, de modo independiente.

La pluralidad constitucional se encuentra en el origen de la emergencia, primero, y consolidación más tarde, de dos procesos estrechamente vinculados entre sí y que han dado lugar, últimamente y de seguro, a constantes y densas discusiones doctrinales. Me refiero al «diálogo judicial» y a la «protección multinivel de los derechos fundamentales». En la semántica del primero de los dos procesos que se vienen de mencionar, el de diálogo judicial, el adjetivo utilizado sustantiviza el *nomen*, terminando por convertirse en elemento configurador del concepto mismo. En tal sentido, uno de los autores que más se han ocupado, en la doctrina científica española, de elaborar una teoría general sobre esta noción, Bustos Gisbert (2013, pág. 176), define el «diálogo judicial» como la «comunicación entre tribunales», que tiene en cuenta la «jurisprudencia de otro tribunal (extranjero o ajeno al propio ordenamiento jurídico) para aplicar» el Derecho interno. En idéntico sentido, también se ha argumentado que el «Derecho constitucional europeo» se ha desarrollado y potenciado a través de un «diálogo entre los jueces» o «diálogo judicial» a distintas voces; esto es, mediante la apropiación o la utilización, en la tarea de interpretación de la norma sometida al conocimiento y sustanciación de un tribunal, de criterios, pautas o estándares elaborados por otros órganos jurisdiccionales en base a disposiciones pertenecientes a otros diferentes sistemas normativos, que han permitido la creación de un complejo entramado de relaciones (Burgogue-Larsen, 2013, pág. 133).

Girando ahora la atención hacia el otro concepto, las conclusiones son similares. Con la cobertura de la noción de «protección multinivel de los derechos fundamentales», la doctrina científica suele designar aquellas fórmulas de tutela de los derechos fundamentales instrumentada de manera sucesiva en el tiempo a través de variados órganos jurisdiccionales, nacionales y supranacionales, pertenecientes a una pluralidad de ordenamientos jurídicos y articulados, en atención a su heterogénea adscripción institucional, en distintos «niveles». En todo caso, esta vía de protección se sustenta sobre un principio estructural. Se trata del principio de subsidiaridad según el cual compete al Estado la responsabilidad primordial y principal de respetar y hacer respetar los derechos y libertades fundamentales, de modo que, solo en caso de que los órganos de garantía de carácter nacional frustren o incumplan este cometido, intervienen las normas e instituciones de ámbito supranacional, que actúan, siempre y por tanto, de manera subsidiaria.

La presente exposición no pretende analizar la concreción, vigencia y consecuencias de esos dos procesos en el ámbito europeo. Con una menor ambición, centraré el núcleo de este trabajo en examinar, a grandes trazos, la evolución y desarrollo de la noción que, sin solemnidad por mi parte, sería dable calificar como

constitucionalismo social en la UE o, si se prefiere, vertiente laboral de la Constitución Europea. Antes de iniciar el tema apenas enunciado, me parece de todo punto necesario, a fin de intentar evitar equívocos, efectuar algunas observaciones generales sobre la noción que se viene de evocar.

Desde luego no entra en mi círculo de intenciones abrir debate sobre la vigencia efectiva, en el ámbito de la Unión Europea, de una Constitución. Sin embargo, no me parece aventurado atribuir a los dos tratados hoy vigentes en este espacio geográfico, el TUE y el TFUE, la condición de normas supraordenadas a las demás, respecto tanto de las internas, las de naturaleza europea, como de las nacionales las correspondientes a los países miembros, con independencia de que la relación entre estas categorías de ordenamientos jurídicos, el europeo y los nacionales se sustancie de conformidad con el principio de primacía, en lugar de con el de jerarquía. De su lado, la CDFUE enuncia, con mayor o menor precisión, los derechos fundamentales de aplicación en el ámbito europeo. Enjuiciado de manera conjunta, este bloque normativo cumple las dos grandes funciones de un texto constitucional: de un lado, define las instituciones y poderes públicos europeos, delimitando sus funciones y fijando sus respectivos ámbitos de ejercicio y, de otro, reconoce a favor de los ciudadanos los derechos que, en el transcurso del tiempo y en el seno de las sociedades democráticas, se han calificado como atributos inherentes a la persona humana.

Las consideraciones que acabo de formular no han tenido otro objetivo que el poder ser utilizadas como somera explicación de la noción que me propongo seguidamente enunciar; a saber, la de la Constitución laboral.

II. La Constitución laboral: una aproximación a su concepto

Desde una perspectiva formal, la noción de Constitución tiene una dimensión unitaria, resultando innecesario recordar que con semejante expresión la doctrina identifica a la norma de ordinario, aunque no siempre, dictada en el marco de un proceso constituyente y que ocupa, en cada sistema jurídico, la posición de norma suprema, supraordenada a las demás; o, en otros términos, a la que queda sujeta la integridad de los poderes por ella constituidos.

Sin embargo, ese carácter unitario de los textos constitucionales se difumina y desdibuja desde una perspectiva sustantiva, habiéndose preocupado la doctrina científica, señaladamente desde la segunda mitad del siglo XX, de elaborar la noción de Constitución material en la que no basta detectar los valores que informan y fundamentan el orden jurídico que la norma suprema pretende ordenar; en estrecha vinculación con ello, también es preciso tomar en consideración a las fuerzas sociales portadoras de los intereses que representan y defienden. En este nuevo escenario conceptual, el trabajo emerge como eje central del conjunto del sistema jurídico constitucional (Mortati, 1954, pág. 149), centralidad esta que es la que sustenta la construcción de una nueva categoría de Constitución material, que, en lo esencial, queda articulada en torno a dos grandes modalidades: de un lado, la Constitución económica y, de otro, la Constitución laboral.

La primera categoría, que es la más elaborada por la literatura académica, en si misma considerada y enjuiciada igualmente en sentido comparativo, en relación con otros tipos, agrupa al conjunto de reglas (derechos, principios y valores) ius-constitucionales que regulan la actividad económica, tanto la privada como la pú-

blica. La segunda, de seguro necesitada de una mayor construcción teórica, alude a su vez al entramado de reglas (derechos, principios y valores) constitucionales que ordenan las relaciones laborales, individuales y colectivas.

Esta diversidad en el estadio de construcción dogmática de ambas modalidades probablemente trae su razón de ser en el distinto momento histórico de la emergencia de los contenidos configuradores de una y otra. La Constitución económica nace y madura en unas secuencias temporales coincidentes con el desarrollo del constitucionalismo del siglo XIX; con una comprensión de la Constitución como el instrumento de limitación del ejercicio por el Estado de sus poderes públicos al tiempo que de reconocimiento de las facultades de gobierno, por los particulares, del mercado. O, por decirlo con el lenguaje acuñado por la literatura norteamericana, como la vía destinada a asegurar simultáneamente el ejercicio de las facultades vinculadas con las libertades públicas y el derecho de propiedad (*liberty and property*). Las primeras manifestaciones del constitucionalismo laboral, en cambio, hacen su aparición en el período de entreguerras y maduran, tras la conclusión de la II Guerra Mundial, al hilo de un nuevo pacto social en el que se reconoce a la clase trabajadora la condición de sujeto político, titular de derechos a los que se les atribuye el máximo rango y protección, pacto este que comporta igualmente una reformulación del constitucionalismo económico. La asunción ahora por el Estado de potestades de índole económica, conteniendo o limitando el libre funcionamiento de las leyes del mercado, pretende, precisamente, garantizar un desarrollo económico en armonía con un progreso social asentado en los principios de igualdad y justicia (García-Pelayo, 2009).

En relación con las dos grandes modalidades que se articulan a través de la noción de Constitución material, me parece de todo punto pertinente efectuar algunas observaciones que definan con mayor precisión tanto sus vinculaciones recíprocas como con las del texto constitucional, entendido en un sentido unitario.

En primer lugar, las nociones de Constitución económica y Constitución laboral son nociones dogmáticas y no normativas. Por consiguiente, las fronteras de ambas partes de la Constitución están sujetas a las transformaciones y mutaciones que, en general, son aplicables a todo texto constitucional, con toda razón calificado por la jurisprudencia, nacional y extranjera, como un «instrumento vivo». En segundo lugar, Constitución económica y Constitución laboral, lejos de enunciar cláusulas separadas, formulan disposiciones que interactúan recíprocamente. Por fundamentar la idea con un ejemplo sencillo. El Tribunal de Luxemburgo, en reiteradas ocasiones, ha atribuido a las libertades económicas fundamentales, señaladamente a la libre prestación de servicios, la facultad de imponer límites al ejercicio de derechos fundamentales laborales, como los de negociación colectiva y huelga¹.

Por último, los contenidos de las facultades pertenecientes a cada una de las fracciones de una Constitución no solo se encuentran en una posición de recíproca y potencial incidencia limitativa. Una y otra han de ser aplicadas en un sentido acorde a las cláusulas constitucionales de dimensión transversal. Por razonar la aseveración nuevamente con la ayuda que brindan los textos sobre derechos fundamentales. El principio de igualdad y de no discriminación es un principio

1. En las conocidas sentencias TJUE 11-12-07, *International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union* C-438/05; 18-12-07, *Laval un Partneri* C-341/05 y 3-4-08, *Rüffert* C-346/06.

transversal del Derecho europeo, no pudiendo entenderse los derechos establecidos en la CDFUE de manera desvinculada y contraria al principio de igualdad (art.20) y a la prohibición de no discriminación (art.21). De ahí que, como afirma el TJUE, en referencia a los derechos de los trabajadores pero en aserto que puede generalizarse sin esfuerzo alguno, el juez nacional debe inaplicar «toda disposición nacional discriminatoria, sin solicitar ni esperar su previa derogación por el legislador» (TJUE 7-9-06, Cordero Alonso C-81/05, ap. 46).

Antes de concluir el presente epígrafe me parece pertinente efectuar algunas reflexiones sobre el contenido de la Constitución laboral. En este sentido, se debe al mérito científico de Mortati (1972, pág. 135) la elaboración primera y acaso más acabada del concepto de constitución del trabajo, a partir del análisis de la Constitución italiana de 1947 (CI) y, señaladamente, del principio establecido en el párrafo primero de su art.1, a tenor del cual «Italia es una República fundada en el trabajo». Semejante aseveración no solo configura el trabajo como un principio fundamental, como un canon de obligada interpretación de todos los derechos y mandatos constitucionales; además de ello y por encima de ello, construye el modelo de Estado. Sin entrar en el examen a fondo de esta tesis, lo que me importa recordar es que, para Mortati, la expresión material del derecho al trabajo reconocido en el art.4 CI es el pleno empleo, que se erige en el eje de las políticas del nuevo Estado republicano, en el criterio definidor del interés general al que quedan funcionalizadas las relaciones económicas, señaladamente la iniciativa privada (CI art.41) y la propiedad privada (CI art.42).

En concreto y centrando la atención en el contenido de la Constitución del trabajo, Mortati identifica dos grandes grupos de garantías: de un lado, las relacionadas con los derechos de libertad sindical, en su doble vertiente de derecho de organización y derechos de actividad y, de otro, las destinadas a asegurar el pleno empleo. Además de los derechos integrados en estos bloques normativos, al sistema constitucional laboral también pertenecen aquellos otros derechos encargados de tutelar un trabajo acorde con las exigencias de la dignidad humana, entre otros: retribución proporcionada a la cantidad y calidad de su trabajo y suficiente, duración máxima de la jornada, descanso semanal y vacaciones anuales retribuidas, igualdad de derechos, incluida la retribución, de las mujeres trabajadoras respecto de los varones, límite máximo de edad para el trabajo asalariado, protección del trabajo de los menores y, en fin, disfrute de los trabajadores de un sistema de previdencia social.

Como tendré ocasión de razonar más adelante, la CDFUE nutre su contenido material de unos derechos laborales que se inspiran, directamente, en la idea brevemente expuesta del constitucionalismo del trabajo, incorporando a su articulado las garantías que tradicionalmente articulan esta modalidad de constitución material.

III. El Tratado de Roma: Europa como mera comunidad económica

Es de sobra conocido que, concluida la II Guerra Mundial y una vez reconstituidas las instituciones internacionales, los países del occidente europeo, con el importante impulso que vino a ofrecer la aprobación por la Asamblea General de Naciones Unidas en París, el 18 de diciembre de 1948, de la Declaración Universal

de Derechos Humanos (DUDH), se embarcan en diferentes iniciativas políticas, de cooperación en unos casos y de integración en otros, destinadas todas ellas, en su propósito último, a construir, más que reconstruir, un espacio de convivencia pacífica y duradera en el que los derechos humanos, además de su formal reconocimiento, reciben y disponen de un tratamiento que garantice su efectiva protección.

En esa dirección, en noviembre de 1950 se firma en Roma el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), cuyo preámbulo, tras recordar que el objetivo de la mencionada DUDH es «asegurar el reconocimiento y la aplicación universales y efectivos de los derechos en ella enunciados» (apartado segundo), manifiesta la voluntad de los Estados miembros del recién creado Consejo de Europa (Londres, mayo de 1949) de promover un espacio regional político y jurídico común en el que «la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades públicas» no se definen solamente como un fin en sí mismo sino, con una mayor ambición, como «un medio» con vistas a lograr «una unión más estrecha» entre ellos (apartado tercero). El objetivo postrero al que pretende servir esta primera iniciativa es el logro de una progresiva integración europea a través de la vigencia y del respeto de unos derechos, constitutivos de «las bases mismas de la justicia y la paz en el mundo» (apartado cuarto).

En esa misma década de los años cincuenta, también se crea la Comunidad Económica Europea (CEE) cuyo tratado constitutivo (TCEE) contempla la implantación de un sistema institucional y de producción normativa que rompa con el modelo clásico de las organizaciones internacionales, asentadas en un principio de cooperación entre los Estados, optando por otro de alcance más intenso: el de cesión de soberanía de los Estados miembros. A semejanza del CEDH, también la CEE persigue la integración europea; pero, a diferencia de aquel, este mismo objetivo no se articula, entre otras medidas, a través de la efectiva y real tutela de los derechos civiles y políticos, identificándose con la formación de un mercado abierto cuya puesta en práctica exigirá, de manera primordial, el desarrollo de dos libertades económicas calificadas como básicas: circulación y concurrencia. De ahí, la completa orfandad en la que el TCEE instala a los derechos fundamentales de todo tipo, excepción hecha, de un lado, de las ya citadas libertades económicas y, de otro, del principio de igualdad retributiva entre hombres y mujeres. Y de ahí, igualmente, que el órgano jurisdiccional previsto por el citado Tratado, el Tribunal de Justicia, no «naciera como juez de derechos», sino como juez encargado de velar por la legalidad del Derecho comunitario (Pinelli, 2012, pág. 2379).

De entre las diversas razones determinantes de esta omisión, la que probablemente pudo desempeñar un papel más relevante fue el temor de los Estados fundacionales a que una declaración de derechos fundamentales atribuyera a las instituciones comunitarias poderes adicionales (Weiler, 1985, pág. 139), temor este, por cierto, que no se ha logrado conjurar de manera completa a lo largo del ya dilatado funcionamiento de la hoy Unión Europea (UE). La sentencia 20-6-09 del TC alemán, sobre el Tratado de Lisboa, en la que, razonando sobre la vigencia del principio de subsidiariedad, reclama su competencia en relación con los actos *ultra vires* a fin de poder controlar el respeto del principio de atribución y el ejercicio de sus competencias ilustra la aseveración. Y es que, a pesar de los muy estimables esfuerzos efectuados por la dogmática constitucional, aunque no solo por ella, la distinción entre los derechos fundamentales como límite a la actuación

de los poderes, públicos y privados, y la facultad para su ordenación jurídica permanece en una zona gris que se resiste a cortes limpios. Sobre todo, por cuanto un sistema de protección efectiva de los derechos exige de ordinario la adopción de acciones positivas por los poderes públicos, normalmente instrumentadas mediante actos normativos de variado rango y fuerza.

IV. El lento camino hacia la vigencia de un núcleo de derechos fundamentales

A. El activismo del Tribunal de Justicia: avances y limitaciones

A pesar de las aparatosas y criticables omisiones contenidas por el TCEE, apartándose de manera manifiesta del contenido tanto de los instrumentos internacionales como de las constituciones nacionales aprobadas tras la terminación de la II Guerra Mundial, el TJCE, en esta primera etapa, nunca negó que la Comunidad pudiera ignorar los derechos fundamentales reconocidos en las legislaciones nacionales²; su tesis consistía en señalar que los derechos estatales y el comunitario constituían ordenamientos separados, no pudiendo actuar aquellos en parámetro de validez de este otro. Las constituciones de los Estados miembros, en suma, no podían tomarse en cuenta como criterio de interpretación del Derecho comunitario, que resultaba prevalente en caso de conflicto.

No obstante lo expuesto, el Tribunal de Luxemburgo, señaladamente a lo largo de las décadas de los años sesenta y setenta³, incorporará al Derecho comunitario, a través de una actuación pretoriana y con apoyo en las tradiciones constitucionales comunes, un catálogo de derechos fundamentales de muy diversa naturaleza (civiles, económicos y sociales), invocados la mayor parte de las ocasiones, al menos en los primeros momentos, más como argumento de refuerzo de la vigencia de las libertades económicas que como medio de tutela de los propios derechos⁴. La afectación de los derechos fundamentales por un acto de las autoridades comunitarias ha de ser apreciada en el marco del Derecho comunitario, por cuanto, como razonara la sentencia Hauer (TJUE 13-12-79, Hauer C-44/79), con cita expresa de la anterior y bien conocida sentencia TJUE 17-12-70, Internationale Handelsgesellschaft C-11/70, «la introducción de criterios de apreciación particulares, dependientes de la legislación o del ordenamiento constitucional de un Estado miembro determinado, al afectar a la unidad material y a la eficacia del Derecho comunitario, tendría inexorablemente por efecto romper la unidad del mercado común y poner en peligro la cohesión de la Comunidad» (ap. 14).

2. Entre otras, sentencias TJUE 4-2-59, Stork C-1/58 y 18-5-62, Mausegatt/Haute autorité C-13/60 (Geitling).
3. La primera alusión a los derechos fundamentales formulada por las restantes instituciones europeas tendría lugar años después. Tal alusión se contiene, en concreto, en la «Declaración común del Parlamento, del Consejo y de la Comisión sobre los derechos fundamentales adoptada el 3 de abril de 1977»; es decir, 20 años después de la firma del TR. En su punto 1, las citadas instituciones manifiestan «la importancia primordial que atribuyen al respeto de los derechos fundamentales que resultan en particular de las constituciones» de los Estados miembros y del CEDH. Y en el punto 2, hacen constar que, «en el ejercicio de sus competencias y en cumplimiento de los objetivos de las Comunidades Europeas, respetan y seguirán respetando tales derechos».
4. Entre otras muchas, vid sentencias TJUE 15-8-82, Edeka Zentrale C-245/81; 28-10-82, Faust/Comisión C-52/81 y 17-6-87, Frico C-424 y 425/85.

Por lo demás y en esta fase inicial, los problemas que de inmediato surgen entre el Tribunal de Luxemburgo y los tribunales nacionales se entienden y se intentan resolver con arreglo a los principios de un sistema jurídico en el que, como sucede en el comunitario, converge una pluralidad de fuentes (aplicación del principio de primacía del Derecho comunitario y reservas o, al menos, cautelas competenciales, por parte de los tribunales constitucionales alemán e italiano, a través de la conocida teoría de los contra-límites), en lugar de encararlos desde la perspectiva de la concurrencia de una diversidad de órganos jurisdiccionales encargados de tutelar los derechos fundamentales (Lipari, 2012, pág. 77). Ilustrativa de esta inteligencia es la temprana y tan comentada sentencia Simmenthal (TJUE 9-3-78, Simmenthal C-106/77), que reconoció la competencia de los tribunales nacionales de inaplicar las leyes nacionales contrarias a las normas del Derecho comunitario dotadas de eficacia directa, en virtud del principio de supremacía del Derecho comunitario que les inviste «de un poder de apreciación propio, *même si l'obstacle résultant ainsi pour la pleine efficacité de ce droit n'était que temporaire*» (ap. 17).

Precisamente, y una vez proclamado por esta última resolución judicial el principio de primacía del Derecho comunitario respecto de los derechos nacionales, el TJCE hubo de encarar los problemas que se le iban presentando a resultas de la imposibilidad de aplicar la tradicional configuración de los derechos fundamentales como límites al ejercicio por las instituciones comunitarias de sus competencias, sin que, por otra parte, los derechos establecidos por las constituciones nacionales pudieran invocarse a esos efectos. En este contexto normativo, los intensos desacuerdos de los tribunales constitucionales alemán, expresados en las sentencias Solange's, sobre todo la I, e italiano⁵, con el Tribunal de Luxemburgo, sistemáticamente enjuiciados como una contestación al principio de primacía del Derecho comunitario, irían creando los cimientos para la emergencia y desarrollo de su bien conocida orientación jurisprudencial —en ocasiones con la inestimable ayuda que prestará el activismo normativo de la Comisión, sobre todo en relación con el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo en el ámbito del empleo y de la Seguridad Social (Rodríguez-Piñero/Fernández López 1986, pág. 185), y, en otras, las más, por su propia iniciativa—, de progresivo reconocimiento, sin un sostén formalmente normativo, de un amplio catálogo de derechos fundamentales mediante el recurso a la técnica de las tradiciones constitucionales comunes. Por decirlo en la sintética pero contundente frase de la sentencia Wachauf (TJUE 13-7-89, Wachauf C-5/88), «no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con el respeto de los derechos humanos reconocidos y garantizados de esta manera» (ap. 19).

En el proceso histórico de aplicación de los derechos fundamentales por el Tribunal de Luxemburgo, una especial relevancia ha venido desempeñando la doctrina de las tradiciones constitucionales nacionales. Aun cuando, y como ya se ha hecho constar, el TJCE descartó desde la etapa fundacional cuestionar la validez de una norma comunitaria contraria a una disposición nacional, incluso de carácter constitucional, tampoco dudó en recurrir a las tradiciones constitucionales nacionales como fuente de inspiración en el reconocimiento y tutela, en el ámbito del Derecho comunitario, de los derechos fundamentales⁶. En otras palabras, el juez comunitario también quedará obligado a verificar en qué medida la aplicación

5. Vid la doctrina sentada en la sentencia Frontini, luego reiterada en las sentencias Granital y Frad.

6. La sentencia fundacional es la ya citada TJUE 17-12-70, Internationale Handelsgesellschaft C-11/70.

de una norma comunitaria resulta respetuosa con los derechos fundamentales tutelados por los textos constitucionales nacionales, asegurando en todo caso que la protección comunitaria dispensada sea, al menos, equivalente a la que se reconoce por los Estados miembros. Por lo demás, la equivalencia no es sinónimo de «identidad», debiendo llevarse a cabo, como vino señalando desde los primeros momentos en reiteradas ocasiones el juez europeo⁷, la transposición de esas tradicionales constitucionales nacionales en el marco de la estructura jurídica y de los objetivos enunciados por el Derecho originario.

B. La Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales: su solemne pero vacía declaración

De manera prácticamente unánime, la doctrina científica que, al menos en España, ha venido ocupándose de reconstruir el proceso de proclamación en la UE de un catálogo de derechos fundamentales, sitúa la fase inicial o de arranque en el Tratado de la Unión Europea (TUE), firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, cuyo art.F.2 estableció que «la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan» en el CEDH, «y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario». Ciertamente es que semejante declaración, mantenida en la reforma del Tratado de Amsterdam⁸, tendrá el efecto, al invocar de manera expresa las tradiciones constitucionales comunes y el CEDH, de legitimar y de dotar de mayor consistencia jurídica la jurisprudencia creativa del TJCE sobre la vigencia de los derechos fundamentales, en los breves términos que se vienen de razonar en anterior epígrafe. Pero estos indiscutibles asertos olvidan o, por enunciar la idea con menor intensidad crítica, dan de lado que, en realidad, el punto cero del proceso de reconocimiento de un elenco de derechos fundamentales arranca algunos años antes de la adopción del Tratado de Maastricht; en concreto, con la proclamación en Estrasburgo, el 9 de diciembre de 1989, de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (CCDFT).

A pesar de que semejante proclamación, calificada por los entonces miembros de la CE como «solemne»⁹, estuvo vacía de la menor eficacia, las reflexiones contenidas en su preámbulo mantienen, casi treinta años después, todo su frescor y vigencia. Incluso a un nivel más profundo de ideas, se erigen en explícitas e intensas críticas y denuncias de las orientaciones de las políticas sociales que tanto la UE como sus Estados miembros, incluido de una manera especial y sin reserva alguna España, en lugar de aplicar y respetar, han venido incumpliendo desde hace casi una década de manera sistemática y sin reparo alguno. Sin ánimo de exhaustividad, ilustran de manera ejemplar la aseveración que se viene de efectuar las siguientes ideas incorporadas al mencionado preámbulo: «corresponde a la Comunidad hacer frente a los desafíos del futuro en el plano de la competitividad

7. Limitando la referencia a las primeras etapas, vid., entre otras, sentencias TJUE 14-5-74, Nold/Comisión 4/73 y 26-6-80, National Panasonic C-137/79.

8. Este Tratado procede, incluso, a reforzar el juego de los derechos fundamentales y libertades públicas en el ámbito del propio ordenamiento comunitario, al modificarse el art.F.1 del TUE, versión Maastricht, a tenor del cual «La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros».

9. La expresión entrecorrida pertenece al Considerando último del preámbulo de la CCDFT.

económica, teniendo en cuenta, en particular, los desequilibrios regionales» (Considerando 4º); «el consenso social contribuye a reforzar la competitividad de las empresas y de toda la economía, así como a crear empleo» (Considerando 5º) y, en fin, «la realización del mercado interior debe suponer para los trabajadores de la Comunidad Europea mejoras en el ámbito social, y en particular en materia de (...) condiciones de vida y de trabajo, salud y seguridad en el lugar de trabajo, protección social, educación y formación» (Considerando 7º). Por lo demás, y no es lo de menos, la CCDFT, en la línea de lo que ya fue efectuado por el preámbulo del Acta Única Europea, firmada en Luxemburgo y La Haya, respectivamente, los días 7 y 18 de febrero de 1986, reconoce a la Carta Social Europea (CSE) como fuente de inspiración de los derechos fundamentales, señaladamente «la libertad, la igualdad y la justicia social» (Considerando 10º). Por estas razones –y por alguna más que aún podría evocarse, como la calidad, rigor y amplitud de su contenido–, a la CCDFT, pese a su fracaso como expresión normativa, debe atribuírsele un lugar privilegiado en la evolución del reconocimiento de una concreta categoría de derechos fundamentales en el espacio de la UE.

V. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

A. La pluralidad de los factores de su interpretación

Tras un largo y azaroso proceso, en el que se encuentra el fracaso de la aprobación de una denominada Constitución Europea, la doctrina, nacional y extranjera, viene reconociendo de manera unánime que la entrada en vigor de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, dotada, conforme declara el TUE (art.6.1, párrafo primero), del «mismo valor jurídico que los Tratados» y, por tanto, de su misma fuerza vinculante, ha representado un notable avance en el reconocimiento de los derechos fundamentales en el ámbito europeo así como un reforzamiento de su tutela multinivel. Sin perjuicio de cuanto habrá de razonarse de inmediato acerca de la CDFUE, no me parece en modo alguno impertinente efectuar con carácter preliminar unas breves consideraciones en relación con la real aportación de este instrumento respecto de la efectiva aplicación, en el ámbito de la Unión, de los derechos fundamentales.

En realidad, y formulado el juicio desde una perspectiva sincrónica, la aprobación por la Carta de un *marco constitucional* en materia de derechos fundamentales es un fenómeno que no puede dejar de ser enjuiciado en conexión con la elaboración por el TJUE de la jurisprudencia que vino elaborando desde finales de la década de los años 60 del siglo XX; en concreto, desde que la sentencia Stauder (TJUE 12-11-69, Stauder C-29/69) decidiera dar entrada, bien que de manera muy contenida, a algunos derechos sociales a través de la noción de «derechos fundamentales de la persona comprendidos en los principios generales del Derecho comunitario cuyo respeto asegura el Tribunal».

Como no podía ser de otro modo, el TJUE mantiene en vigor los dos cauces –entendidos en ocasiones como «ejemplos» y en otras, de empleo no menor, como «modelos» (Saíz Amaíz, 2013, pág. 64)– utilizados tradicionalmente a fin de reconocer y aplicar al caso a examen un derecho calificable como fundamental. En esta dirección y reiterando el razonamiento expuesto treinta años antes en las sentencias TJUE 14-5-74, Nold/Comisión C-4/73 y 28-10-75, Rutili C-36/75, entre otras, el art.6.3 del citado Tratado dispone que tanto los derechos fundamentales