

Area de Estudios Jurídicos Sociolaborales

# ESTUDIOS DE LA FUNDACIÓN

---

2010  
MAYO  
32

La compleja coexistencia de  
derechos fundamentales y  
libertades en la relación de  
trabajo

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN  
Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Pública  
de Navarra

Miembro del Grupo de Estudio de Políticas del Trabajo de  
la Fundación 1º de Mayo



Fundación 1º de Mayo | Centro Sindical de Estudios  
C/ Arenal, 11. 28013 Madrid. Tel.: 913640601. Fax: 913640838  
[www.1mayo.ccoo.es](http://www.1mayo.ccoo.es) | [1mayo@1mayo.ccoo.es](mailto:1mayo@1mayo.ccoo.es)

Estudios de la Fundación. ISSN: 1989-4732

# La compleja coexistencia de derechos fundamentales y libertades en la relación de trabajo

VALORACIONES CRÍTICAS Y PROPUESTAS

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Pública de Navarra

## SUMARIO:

- Presentación
- Juridificación y europeización de los derechos fundamentales
- El sistema constitucional español de gradación de los derechos
- La incorporación al sistema jurídico español del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la Carta de Niza
- Concurrencia de jurisdicciones para la protección de los derechos fundamentales
- Los derechos fundamentales laborales colectivos en confrontación con las libertades económicas comunitarias: crónica de una crisis social
- Derecho a la negociación colectiva frente a la libre competencia
- Derecho de acción colectiva frente al libertad de establecimiento y de prestación de servicios
- La confrontación de derechos fundamentales y libertades en el plano de la relación individual entre empresario y trabajador: criterios de solución
- La aportación de la jurisprudencia constitucional: el principio de proporcionalidad
- El papel regulador de los principios de protección de datos personales
- El conflicto de intereses constitucionales en punto a la ruptura del contrato: el despido exprés y la lesión de derechos fundamentales.
- Las graves disfunciones producidas por el art. 56.2 ET
- La relevancia de los salarios de tramitación en la causalidad del despido
- La imputación falsa de un ilícito laboral y la vulneración del derecho al honor del trabajador

## I. PRESENTACIÓN:

Para un adecuado análisis de la convivencia de los derechos fundamentales de los trabajadores y libertades en el ámbito de empresa, se debe plantear como cuestión previa la identificación de los derechos fundamentales y el perfil de las complejas conexiones entre el texto constitucional y la positivización internacional que resulta bastante incierto. Es cuestión controvertida si los derechos fundamentales de los trabajadores y libertades deben identificarse en clave exclusivamente constitucional o si su eficacia de conformación viene dada también por otros principios fundamentales de civilidad plasmados en otros textos de Derecho comunitario y europeo de carácter vinculante y no recogidos en la CE. La existencia de distintos sistemas concurrentes de protección de derechos fundamentales hace realmente dificultosa la labor de determinación precisa de los derechos humanos y el de su efectiva protección.

Partiendo de una clasificación bipartita de los derechos en función de su total o parcial proyección en el ámbito laboral, y dentro del marco de los derechos fundamentales colectivos específicamente laborales o de acción sindical, ha de valorarse, en un segundo acto, su confrontación con los derechos y libertades de la Unión Europea, especialmente la defensa de la competencia, y la libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, bajo cuyo filtro están siendo sojuzgados los derechos fundamentales de libertad sindical, huelga o negociación colectiva. Son evidentes los peligros de una limitación de los derechos fundamentales laborales y se hace necesario reflexionar sobre un hipotético conflicto de declaraciones y de jurisdicciones entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el de la unión Europea.

Centrados, por otra parte, en los derechos individuales del hombre (*uti singulus*) que no pueden ser considerados específicos de la condición laboral (Palomeque), en su contraposición con los intereses de empresa, han de valorarse, de un lado, los vacíos de regulación y las perplejidades que suscita la aplicación del principio de proporcionalidad que ha llegado a consolidarse como una técnica preferente o única de resolución de conflictos sobre derechos fundamentales en general y en el ámbito laboral en particular, y determinar, de otro, qué otros elementos o cánones pueden contribuir a delimitar los perfiles de licitud de las medidas limitadoras de los derechos fundamentales de los trabajadores, especialmente, los controles sobre el comportamiento del trabajador.

Quedaría, por último, por ver, más específicamente, en lo relativo al acto de ruptura, la particular contraposición de intereses planteado en el art. 56.2 ET: si esta norma que da pie a legitimar decisiones arbitrarias y falsas de despido mediante el sencillo expediente del reconocimiento empresarial de la improcedencia y la consignación judicial de la indemnización, no presenta un cierto grado de ilegitimidad que lo hace susceptible de caer en el fuego de la inconstitucionalidad; esto es, si la norma no ha permitido madurar un significado pernicioso o perverso que se aleja del fin de tutela que cabe asignar a la misma: en definitiva, si aquella decisión no sería posible declarar como un comportamiento contrario a la dignidad de la persona del trabajador y a su honor.

## II. JURIDIFICACIÓN Y EUROPEIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Antes de entrar en la problemática de la confrontación de libertades, lo primero que conviene aclarar es a qué derechos fundamentales nos estamos refiriendo. La respuesta

es bien simple: únicamente a los que han sido objeto de positivación por el ordenamiento jurídico. Es necesario convenir que los derechos existen en la medida en que han sido recibidos formalmente por el constituyente o el legislador; su reconocimiento positivo se revela imprescindible para una proclamación y una eficaz tutela.

Pero la evolución que ha llevado al reconocimiento de los derechos de las personas como bienes supremos y, por tanto, tutelables no es la misma en todos los ordenamientos jurídicos. La incorporación se ha ido realizando sobre bases metodológicas, estructurales y contextos culturales distintos; por ejemplo, el clima cultural de las Constituciones europeas de finales de los años cuarenta dista del dominante en el momento en que se aprobó la Constitución Española. Y ya no digamos nada respecto de la identificación de las bases culturales que determinan el significado los derechos fundamentales en los países del Common Law, inspirado todavía en la doctrina de los derechos humanos (Ojeda: 15).

Existen, por tanto, diferencias apreciables sobre los derechos y valores proclamados en los distintos textos constitucionales; al margen de que en algún caso puede haber incluso un grado notable de indeterminación que los hace susceptibles de abrazar posiciones muy etéreas, como ocurre en los países anglosajones.

#### **a) El sistema constitucional español de gradación de derechos**

La Constitución española ha acogido, por suerte, un modelo de derecho subjetivo que es susceptible de satisfacer en gran medida las exigencias sociales básicas, garantizando tanto derechos referidos al trabajador “uti singulus” como los de las formaciones sociales donde debe desarrollar su personalidad. El contenido de la relación laboral se enriquece, así, por un “mix” de tutelas individuales y colectivas.

Las situaciones subjetivas fundamentales, que sanciona en un plano colectivo, son – como es sabido- el derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE), el derecho de huelga (art. 28.2 CE), el derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE) y el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo (art. 37.2 CE). Al mismo tiempo el constituyente ha reconocido otros derechos exclusivamente individuales como el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo, a un salario suficiente y a la igualdad salarial (art. 35.1 CE), el derecho a la seguridad social (art. 40.1 CE), el derecho a la formación y readaptación profesionales, el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo, el derecho al descanso necesario (art. 40.2 CE).

Ahora bien, no todos los derechos constitucionales se reconocen como auténticos derechos fundamentales, ni todos poseen el mismo rango constitucional; los distintos derechos y principios enunciados han sido convenientemente reagrupados en tres categorías: una, los *derechos fundamentales y libertades públicas* (sección 1ª, capítulo II, título primero: arts. 14 a 29 CE); dos, los *derechos de los ciudadanos* (sección 2ª, capítulo II, título primero: arts. 30-38 CE); y tres, *principios rectores de la política social y económica* (capítulo III: arts. 39-52).

Sólo los derechos incluidos en la categoría primera cabe calificarlos en sentido estricto de derechos fundamentales (Pérez Tremps: 146). Los derechos del segundo grupo tienen la consideración de derechos subjetivos, pero no alcanzan el rango de derecho fundamentales. Y los principios rectores de política social y económica ni siquiera poseen la naturaleza de derechos subjetivos; no son fuente directa de pretensiones y su materialización requiere de la mediación inexcusable del legislador.

El sistema de gradación de derechos, que no tiene parangón en los sistemas constitucionales comparados, es tanto más significativa cuanto que se acompaña de un mecanismo de tutela distinto para cada uno de ellos: un sistema complejo y reforzado de garantías para la primera categoría (art. 53.2 CE); un sistema de protección ordinario para la segunda categoría (art. 53.1 CE), y un sistema verdaderamente evanescente, para el tercer grupo, en la medida en que su reconocimiento depende de la concreción por normas infraconstitucionales (art. 53.3 CE).

El Constituyente ha tomado, así, posición, privilegiando los derechos fundamentales del primer grupo -que conforman el núcleo central del status jurídico del individuo-, mediante la instauración de un principio de reserva de ley orgánica, y estableciendo un cauce procesal singular de amparo judicial para que cualquier ciudadano que considere vulnerado su derecho fundamental pueda recabar su tutela, y abriendo la posibilidad de amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional, si el titular del derecho no obtiene adecuada protección por los órganos jurisdiccionales.

De todas formas, no se acierta muy bien a entender el criterio que ha podido llevar al Constituyente a tal selección de derechos y a definir un marco tan privilegiado de tutela para unos pocos derechos. La regulación de la sección 1ª, capítulo II, título primero, aun reconducible a un hilo conductor común, en cuanto instrumento de definición de situaciones subjetivas más fundamentales, adolece de alguna injustificada ausencia y concede alguna indebida relevancia; parece, en tal sentido, un tanto incompleta y caprichosa.

Es sorprendente, por lo pronto, que un valor jurídico tan básico del ser humano como la dignidad, del que derivan los derechos fundamentales, haya quedado en el pórtico introductorio del Título primero (art. 10 CE) relegado a mera pieza ornamental, sin poseer una tutela directa y objetiva, según la fórmula del art. 53 CE. La dignidad no es un derecho directamente invocable; no otorga por sí solo al individuo una facultad ejercitable. Solo cuenta con la protección que otros derechos fundamentales le otorguen en su caso.

Por otra parte, no es tan clara la naturaleza de derecho fundamental de alguno de los integrantes en la primera categoría. Cabe señalar que, junto a derechos subjetivos del individuo, se alude a aspectos que no reconocen propiamente derechos del individuo, como por ejemplo, los mandatos al legislador (art. 20.3 CE) o normas finalistas (art. 25.2 CE) (Pérez Tremps: 146). Ello al margen, se confiere relevancia a contenidos que seguramente no la poseen. Tal es el caso del derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la seguridad social de los condenados a penas de prisión que estuvieran cumpliendo las mismas (art. 25. 2 CE). No parece que haya requisitos particulares que justifiquen la sobreprotección de este grupo de personas, ni está claro que tengan que conformar el núcleo central del status jurídico del individuo.

Pero es que, además, en el segundo y tercer grupo de derechos hay auténticas situaciones subjetivas merecedoras seguramente de la consideración de verdaderos derechos fundamentales. Entre las posibles situaciones más significativas, y por lo que concierne al ámbito laboral, cabe señalar, por ejemplo, determinados derechos básicos relacionados con el trabajo prestado como el derecho al descanso o a una retribución mínima o la protección de la seguridad y salud laboral (vinculado al derecho a la vida y a la integridad física), o la protección social. No aparece del todo justificada la existencia de este triple ámbito de delimitación de los derechos de la persona; o en todo caso, si resulta justificada es solo por la asignación de recursos, en cuanto se trata de situaciones subjetivas que -en algunos casos y no en todos-tienen un alto coste económico y requieren de intervenciones legislativas para delimitar el alcance y contenido de las

prestaciones. Pero ello por sí solo no es motivo para no considerarlos en esencia como derechos fundamentales laborales.

El carácter artificioso de la separación de derechos del segundo y tercer grupo con respecto del grupo primero, lo ha confirmado sustancialmente la jurisprudencia constitucional, al establecer conexiones de algunos de los derechos del segundo y tercer grupo con derechos fundamentales del grupo primero que poseen un sistema reforzado de tutela. Así ocurre con los derechos a la negociación colectiva y a la adopción de medidas de conflicto colectivo del art. 37.1 y 2 CE en relación con la libertad sindical (art. 28.1 CE) El Tribunal Constitucional ha admitido que forman parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical: los señalados derechos de actividad sindical, junto a otros derechos, constituyen –dirá el TC- el núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical (STC 127/89 y 51/88). Otro tanto sucede con la tutela de la salud del trabajador (art. 40.2 CE) respecto del general derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 CE). En efecto, la STC 62/2007 aprecia vulneración del art. 15 CE cuando con la orden de trabajo se genere un riesgo o peligro grave para la salud del trabajador o trabajadora y para el hijo en gestación.

De este breve examen del contenido de los derechos reconocidos en la Constitución, se deduce que, en efecto, el sistema clasificatorio de derechos constitucionales no tiene un auténtico elemento de definición; no se sabe con certeza a qué criterios obedece. Se ha configurado de forma imprecisa y alambicada, creando una suerte de jerarquía entre derechos, esferas de acción y de autonomía de los individuos que, en principio, deberían gozar de una misma protección.

Observando, ahora, la voluntad normativa con que el Constituyente ha tratado los derechos relacionados con el trabajo, cabe comprobar que sólo dos derechos laborales (si exceptuamos la referencia un tanto pintoresca del art. 25 CE) poseen la naturaleza de auténticos derechos fundamentales: el derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE) y el derecho de huelga (art. 28.2 CE).

No es casual que prácticamente los únicos derechos laborales constitucionalizados al máximo nivel de tutela hayan sido estos dos, reconducibles al ámbito sindical. Ello tiene una doble explicación: por un lado, la influencia del clima particular en que se gesta la Constitución: la memoria reciente de cuatro décadas de dictadura y de abolición de libertades sindicales.

Pero, amén de la superación de esta experiencia dolorosa, lo que pudo haber favorecido la opción constitucional es, por otro lado, un planteamiento promocional del sindicato. En el ánimo del legislador de la Constitución estaba el promover los derechos de libertad sindical desde la creencia plena de justificación de que el sindicato como contrapoder ofrece mayor virtualidad práctica para la garantía del efectivo ejercicio de los derechos individuales.

Al margen de estos derechos, hay otros derechos colectivos laborales que aparecen reconocidos en un segundo nivel, dentro del grupo segundo; a saber: el derecho a la negociación colectiva y el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo (art. 37. 1 y 2 CE). Se trata también de medios de acción sindical que son manifestación de la libertad sindical, como se ha apuntado anteriormente. Su integración en el ámbito de la libertad sindical ha traído, precisamente, como consecuencia una corrección de la opción sistemática de la Constitución, pues han pasado a formar parte del primer grupo de derechos fundamentales y a poseer, por tanto, la protección excepcional atribuida a tales derechos fundamentales.

Por lo que concierne a las situaciones subjetivas de carácter laboral referentes a la es-

fera individual del trabajador, parecen destinadas a operar en una dimensión menor en la medida en que se hallan reagrupadas, bien en el grupo segundo, bien en el tercero y cuentan, en consecuencia, con sistemas de protección más débiles.

Esa ubicación de los derechos individuales laborales en un segundo o tercer plano no significa que dichos derechos y garantías carezcan de tutela, porque poseen la protección ordinaria o, en su caso, la general de la Constitución. Pero implica consecuencias prácticas en el nivel de tutela de los individuos y grupos frente a la especial promoción de la libertad sindical y a aquellos medios de acción sindical. No son tutelables por la vía del art.176 LPL. Supone, en el caso de que se hayan concretado en derechos subjetivos, la imposibilidad de obtener protección en el orden laboral a través del procedimiento preferencial y sumario, e imposibilidad de invocar tales derechos en un recurso de amparo. Se trata, por tanto, de una tutela legal, antes que constitucional, que ha de obtenerse de los tribunales ordinarios, utilizando el procedimiento que corresponda en cada caso.

### **b) La incorporación al sistema jurídico español del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta de Niza**

El análisis de los derechos fundamentales del trabajador no puede quedar circunscrito al diseño constitucional. Los derechos son materia que se positiva en declaraciones internacionales que se superponen a los textos constitucionales. Deben ser por ello, analizados también en este otro contexto internacional, señaladamente el europeo derivado de la integración de España en Europa.

Por de pronto, hemos de evocar el compromiso de respeto con los derechos humanos auspiciado por el Consejo de Europa, y plasmado en el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (Convenio de Roma), que el Estado Español ha asumido, quedando plenamente vinculado, en virtud de la recepción operada a través del Instrumento de ratificación de 2 de septiembre de 1979. Es un texto que contiene su propio catálogo de derechos humanos con incidencia directa y obligación de cumplimiento por parte del Estado español. La tutela de los derechos garantizados se encomienda al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Tribunal de Estrasburgo), que adquiere un protagonismo especial no ya solo porque suministra cánones de interpretación de los derechos fundamentales de la Constitución (derecho jurisprudencial supranacional), sino porque ha extendido la tutela a las relaciones individuales entre los ciudadanos y los Estados y sus Administraciones Públicas, y ha admitido un control sobre las jurisdicciones constitucionales, una vez sentado el principio de sometimiento de los Tribunales Constitucionales al Convenio Europeo, trastocando, así, la posición de superioridad del Tribunal Constitucional (García Roca: 120).

Asimismo, es de destacar el paulatino impulso ejercido por el Derecho Comunitario, bien que originariamente el reconocimiento y desarrollo de los derechos fundamentales hayan tenido una intencionalidad más bien económica. El discurso del ordenamiento comunitario en esta materia ha estado dirigido a regular algunos derechos de las persona como técnica instrumental para la construcción de un mercado común. Solo se han reconocido aquellos derechos fundamentales de la persona que pudieran contribuir a favorecer la libre circulación de los diversos factores de la producción y a evitar el *dumping social* como la libertad de circulación de personas, igualdad entre sexos, etc. En definitiva, derechos que tuvieran un reflejo económico.

A nivel de derecho originario, no ha habido una explícita mención de los derechos fundamentales hasta el Tratado de Maastricht o de la Unión Europea (1992). Su artículo F. apartado 2 señalaba que la “Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales (...), y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario”. Representó un tibio intento de incorporación al ordenamiento jurídico comunitario de los derechos fundamentales, basado en la asunción del compromiso de respeto del Convenio Europeo, pero resultaba carente de efectos, puesto que el artículo L no incluyó esta materia entre las que eran susceptibles de recabar amparo ante el Tribunal de Justicia comunitario.

En el Tratado de Ámsterdam de 1997 se reformula el precepto F -que pasa a ser el 6 con la nueva enumeración del Tratado UE consolidado- y en él se adiciona una nueva frase en la que, al margen de la remisión al Convenio Europeo, se proclama de forma específica el respeto a los derechos fundamentales como uno de los nuevos pilares en que se apoya la organización europea. Supone un pequeño avance porque, aparte de que ya no es solo “un compromiso por remisión” (Martín Retortillo: 75) sino una declaración expresa de vigencia de los derechos fundamentales (cuestión de la que se dudaba en los momentos iniciales), se adiciona el dato de la exigibilidad de los derechos ante el TJCE. Con todo, el reconocimiento de los derechos fundamentales resulta ser “meramente formal, y escasamente incisivo” (Avio: 44) por ser el Convenio algo ajeno y por la compleja confluencia de tres distintos ordenamientos: el Convenio Europeo, las tradiciones constitucionales y el propio Derecho Comunitario que recibe los otros dos ordenamientos (Martín Retortillo: 64).

Un paso significativo representa, sin embargo, la aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000), que contribuye a reforzar la protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea. La Carta, es un texto abierto a diversas fuentes, pues incorpora todo el acervo de derechos que emanan de las tradiciones constitucionales, del Convenio Europeo, las Cartas Sociales adoptadas por la Unión, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (párrafo 5 del preámbulo). Su catálogo de derechos se ha convertido en el documento más actualizado de derechos, ya que se han llevado a la Carta derechos que no constan en el Convenio Europeo ni en las Constituciones, derechos que, en algún caso, son aportaciones jurisprudenciales del Tribunal de Estrasburgo y del de Luxemburgo. Se ha conseguido la articulación más plena y completa por el momento de los derechos fundamentales.

Por lo que respecta al contenido social, presenta una cierta disparidad tanto en lo que respecta a la identificación de valores y derechos juridificados en la CE, como en lo relativo al establecimiento del sistema de gradación de los derechos que el art. 53 de la Constitución española establece. De entrada, la Carta otorga, en el artículo 1º, valor de derecho fundamental a la dignidad humana, lo que es un distingo sustancial frente a la CE que no lo define claramente como un derecho fundamental. Al mismo tiempo, reconoce en consonancia con la práctica internacional, la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado (art. 5). Se ha incorporado por influencia del Derecho Comunitario “el derecho a la protección de datos de carácter personal”, exigiendo que los datos sean tratados “de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley” (art. 8). Aparecen, además, garantizados como derechos fundamentales viejos derechos de simple configuración legal en el derecho español, como el “derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa” (art. 27), derecho de acceso a los servi-

cios de colocación (art. 29), o la protección en caso de despido injustificado (art. 30), así como la prohibición del trabajo infantil y la protección de los jóvenes en el trabajo (art. 32), o la conciliación de la vida familiar y profesional y el derecho a la protección contra el despido por causa de la maternidad o permiso parental (art. 33).

Por otra parte, hay que insistir en la diferente valoración y alcance efectivo de los derechos garantizados en la Carta y en la Constitución Española. Un grupo de derechos y principios formulados en la Constitución Española como principios de segundo o tercer nivel y desprovistos del carácter fundamental, aparecen, en cambio, positivados en la Carta como derechos fundamentales: merece destacarse especialmente “la libertad de empresa” (art. 16) y el “derecho a la propiedad” (art. 17). La Carta garantiza, asimismo, ese mismo nivel de tutela, confiriendo naturaleza de derechos fundamentales a: la “libertad profesional y derecho a trabajar” (art. 15); “los derechos de las personas mayores” (art. 25); “integración de las personas discapacitadas” (art. 26); derecho a “trabajar en condiciones justas y equitativas” (art. 31); “Seguridad social y ayuda social” (art. 34); “protección de la salud” (art. 35).

En definitiva, se aprecia una falta de armonización del diseño constitucional de derechos fundamentales con el sistema único de derechos fundamentales que diseña la Carta de Derechos Fundamentales, y ello bien por ausencia o falta de reconocimiento de todos derechos que codifica la Carta, o bien por no garantizar un nivel de tutela equivalente para todas las situaciones.

Pero lo importante no es la fórmula más o menos amplia de derechos adoptada por la Unión Europea, sino su incidencia: su eficacia normativa (esto es, si posee carácter vinculante la Carta de Derechos Fundamentales) y sus posibles efectos internos en el ordenamiento jurídico español y para los órganos jurisdiccionales nacionales.

Con la reciente entrada en vigor del Tratado de Lisboa la primera de las incertidumbres planteadas ha quedado en parte disipada, porque el nuevo art. 6. 1 TUE atribuye a la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea o Carta de Niza –tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo- “el mismo valor jurídico que los Tratados”, de modo que se consigue un claro reconocimiento normativo de la Carta. El proceso de europeización de los derechos fundamentales no se ha culminado - tal y como era el deseo de los artífices del fracasado Proyecto de Constitución europea- con la incorporación de la Carta como una parte del Tratado, sino que ha quedado relegada a una Declaración Anexa. No obstante, ha recibido un impulso decisivo, al quedar confirmada su virtualidad jurídica a través de esa Declaración final que puede alcanzar similares efectos.

La Unión Europea tiene ya, por tanto, un catálogo de derechos fundamentales que ha entrado a formar parte de los principios generales del Derecho Comunitario. Los derechos de la Carta de Derechos Fundamentales se convierten en Derecho de la Unión, y deben ser garantizados por los jueces comunitarios y por Estados miembros de la Unión en la aplicación del derecho comunitario.

No obstante, conviene relativizar su virtualidad normativa, porque, dejando aparte que el texto no figura en el Tratado, y que ha sido publicado recientemente en el Diario Oficial de la Unión Europea de 30 de marzo de 2010, su “rotundidad queda matizada” por los “factores de contención” de las “cláusulas horizontales” (Ballester: 1755). En efecto, la eficacia resulta bastante debilitada como consecuencia de una serie de cláusulas finales de interpretación y aplicación (arts. 51-54), entre ellas:

a) El apartado 1 del art. 52 que establece la posibilidad de introducir limitaciones en los derechos y libertades reconocidos por la Carta, dentro del respeto del principio de

proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general de la Unión, lo que es tanto como admitir que los derechos fundamentales pueden quedar condicionados o subordinados a objetivos comunitarios.

b) El apartado 5 del art. 52 del que se desprende que no todo lo recogido en la Carta son derechos sino que hay también principios, cuyo efectividad es considerablemente más reducida. La diferenciación se complica ante la falta de cualquier vestigio o criterio de identificación o determinación de tales derechos y principios. El problema no es tanto cuando haya coincidencia con los derechos garantizados por el Convenio Europeo, porque se asegura el criterio de igual sentido y alcance que el que les confiere dicho Convenio (art. 52.3); está en los demás supuestos en que queda completamente abierto; parece que habrá que interpretarlo de acuerdo con lo que resulte de las tradiciones constitucionales comunes a todos los Estados miembros (art. 52.4).

Sobre la relevancia en el derecho interno de los derechos fundamentales garantizados por la Carta, aunque la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, de Ratificación del Tratado de Lisboa haya reproducido la Carta comunitaria y en su art. 2 establezca que los derechos y libertades constitucionales deben interpretarse conforme a lo establecido en la Carta comunitaria, no parece que los derechos fundamentales garantizados en ella hayan terminado por insertarse en nuestro ordenamiento jurídico. Resulta difícil de admitir –como observa Ballester ( p.1765)- que “el Texto del Tratado de Lisboa haya conseguido que los derechos fundamentales no sólo se instalen plenamente en el ámbito del ordenamiento comunitario, sino que sean susceptibles de saltar a los ordenamientos internos para formar parte de los mismos (como parece deducirse de lo establecido en la LO 1/2008 de ratificación española del Tratado de Lisboa)”.

Y es que “los derechos son una materia constitucional” (García Roca: 120) y, aunque se positiven en tratados, es evidente que el acto de ratificación del Tratado no puede alterar, por ampliación, el catálogo de derechos proclamados por la Constitución. La Carta hay que tomarlo como un valioso criterio hermenéutico del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce, de suerte que habrá de servir para corroborar el sentido y alcance del específico derecho fundamental que ha reconocido nuestra Constitución (SSTC 292/2000 y Declaración del TC de 13 de diciembre de 2004). Pero en lo que exceda de los derechos y libertades proclamados por la Constitución, su virtualidad aplicativa es escasa; no va más allá del modo en que deben ser interpretados los preceptos comunitarios. La extensión solo será imponible a los poderes públicos de los Estados miembros en tanto en cuanto ofrezca conexión con el Derecho de la Unión.

### **c) Concurrencia de jurisdicciones para la protección de derechos humanos**

Esta europeización del sistema de derechos fundamentales por doble vía – a través del Convenio Europeo, y mediante la incorporación al Derecho Comunitario de la Carta de Derechos fundamentales- ha dado lugar a una compleja confluencia de distintos ordenamientos y de sus mecanismos de tutela jurisdiccional.

En materia de derechos fundamentales, sucede, ahora, que actuaciones o conflictos, que antes carecían de dimensión constitucional fundamental, la tengan a la vista de la situación nueva creada por la influencia directa del Convenio Europeo y de la Carta en el derecho interno. Tal situación afecta, especialmente, a aquellas situaciones subjetivas que en el sistema de gradación del art. 53 CE pertenecen al segundo o tercer grupo de derechos. Así, dado que el Convenio Europeo de Derechos Humanos asegura análoga tutela a todos los derechos, la consecuencia jurídica inevitable sería que en aque-

llos supuestos en que no cabe el recurso de amparo interno ante el Tribunal Constitucional, por ejemplo el derecho a la propiedad (art. 33 CE), la víctima pudiera acceder, sin embargo, directamente y *per saltum* ante el Tribunal Europeo de Estrasburgo, sin necesidad de acudir previamente ante el TC, al tratarse de un derecho garantizado en el Convenio Europeo (artículo 1 Protocolo nº 1) (García Roca: 122). Lo señalado es solo aplicable a las demandas con base en el Convenio Europeo, toda vez que su sistema jurisdiccional permite que los ciudadanos se dirijan al Tribunal Europeo de Derechos Humanos frente a los Estados. Tal acceso a la jurisdicción supranacional a impulsos del ciudadano no resulta extrapolable, sin embargo, a colisiones normativas con la Carta europea, porque el Tribunal de Luxemburgo “actúa como el vértice del sistema judicial europeo, al que se dirigen los Tribunales de los Estados” (Cassese: 172) y no a requerimiento directo del justiciable.

Por otro lado, otro efecto derivado de la europeización es la confluencia de declaraciones y jurisdicciones con los inevitables roces entre los máximos intérpretes. Este nuevo fenómeno jurídico de la europeización hace que, frente a la situación anterior en que en el territorio de un Estado regía un único derecho, se haya llegado a una situación en la que, como subraya Martín-Retortillo (p.128), “de manera cada vez más frecuente, puede haber una norma de Derecho interno, otra de la Carta de Niza y algún precepto del Convenio de Roma, que aparezcan, se superpongan y regulen simultáneamente una misma actuación”, lo que suscita problemas de interconexión entre los distintos ordenamientos y de primacía.

Ya se han dado casos en que los tres órdenes de tribunales que presiden cada uno de los sistemas (el Constitucional u órgano judicial nacional, TJCE y TEDH) han tenido que entrar en difícil diálogo. Uno de los casos más significativos es el Caso Koua Poirrez v. Francia, de 30 de diciembre de 2003, suscitado a raíz de la denegación por el Estado francés de una pensión por minusvalía a un ciudadano discapacitado de Costa de Marfil, adoptado por un francés, que residía en Francia, y al que se le había denegado la nacionalidad francesa. Interpuesta demanda en vía judicial, el órgano jurisdiccional interno plantea cuestión prejudicial ante el TJCE, en el sentido de si había discriminación contraria al Derecho comunitario; el Tribunal de Luxemburgo declara la inaplicabilidad del derecho europeo, y a la vista de ello el juez nacional rechaza su petición por ser extranjero. Llevado el asunto ante el TEDH, éste aprecia violación del Convenio europeo y condena a Francia, por estimar discriminatoria la medida por razón de nacionalidad con relación al derecho a los bienes, del Protocolo I art. 1º.

Un segundo caso de concurrencia de los tres sistemas jurídicos de protección de los derechos fundamentales tiene lugar en el asunto *Bosphorus Airways v. Irlanda* de 30 de junio de 2005, donde se plantea la legitimidad de Irlanda para impedir, en cumplimiento de la orden internacional de embargo sobre los bienes pertenecientes a personas o sociedades de la ex Yugoslavia, la salida con dirección a Turquía de dos aeronaves, alquiladas por una compañía aérea nacional yugoslava. La compañía aérea inicia una batalla judicial contra Irlanda donde la Corte Suprema de Irlanda, una vez planteada ante el Tribunal de Luxemburgo la cuestión, desestima la pretensión. Posteriormente, la compañía lleva el caso al Tribunal de Estrasburgo, el cual falla a favor del Gobierno Irlandés, legitimando la incautación, tras afirmar su competencia para entender de la cuestión, pese a que se estaba aplicando el Derecho Comunitario [un derecho fundamental en el ámbito de la Unión Europea, en concreto, la propiedad (art. 1º CEDH)]. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende que no se violó el derecho a la propiedad del demandante, dado el interés general concurrente, concretado en la necesidad de contener y concluir la guerra, que es por lo que el Gobierno se vio obligado a tomar dicha aeronave.

Estos dos casos ponen en evidencia varias hechos: en primer lugar, la compleja convergencia en el modelo de protección de derechos fundamentales en el seno de Unión Europea y la inevitable divergencia de los criterios de interpretación de los derechos fundamentales por los distintos órganos y tribunales llamados a aplicarlos.

En segundo lugar, el desajuste del sistema de gradación de derechos diseñado por la Constitución en el art. 53 con el régimen de derechos garantizados por el Convenio Europeo y la Carta. La diferenciación en la identificación y en los niveles de tutela concedidos a nivel interno por nuestra Constitución se compadece mal con el amplio reconocimiento de los derechos fundamentales a nivel europeo. No puede descartarse un control de adecuación al Convenio o a la Carta de actuaciones que tienen que ver con situaciones subjetivas no constitucionalizadas al máximo nivel de tutela. Tarde o temprano habrá de preverse algún cauce interno para la solución de conflictos en que pueda valorarse la dimensión comunitaria o fundamental de una norma, cuando se aprecie una contradicción con los derechos fundamentales de los europeos.

En tercer lugar, la competencia de cualquier Juez o Tribunal de los Estados para aplicar tanto el Derecho Comunitario, como el Convenio y, por supuesto, la Constitución. El Juzgador debe garantizar los derechos fundamentales reconocidos por el Consejo de Europa y por la Unión Europea, amén de los consagrados en la propia norma constitucional. No puede obsesionarse con la estructura interna del ordenamiento nacional; debe aplicar la norma interna de forma sincronizada con los principios del Convenio de Roma y de la Carta.

En cuarto lugar, la difícil articulación de las tres jurisdicciones. Por el momento no existen criterios “para compaginar la primacía del Derecho Comunitario y la supremacía de la Constitución” o el sometimiento al Convenio Europeo de los tribunales Constitucionales. No obstante, de estas sentencias deriva que la última palabra la tiene el Tribunal de Estrasburgo. El Tribunal Europeo es el llamado a erigirse en juez no solo de Derecho Interno sino del Derecho Comunitario en materia de derechos fundamentales, con capacidad para enmendar la plana incluso al mismísimo Tribunal de Justicia de la Comunidad europea.

Pero la supremacía del Tribunal de Estrasburgo plantea, no obstante, interrogantes, en particular sobre la dificultad de cohesión del sistema de declaración de derechos del Convenio con el catálogo más extenso de la Carta de Niza; habrá litigios sobre derechos fundamentales sobre los cuales el Tribunal de Estrasburgo no podrá entrar, a diferencia del Tribunal de Luxemburgo, por falta de armonización con el estándar de derechos accionables. Ello es especialmente relevante en el ámbito laboral y de seguridad social, donde el Convenio resulta particularmente parco en el reconocimiento de derechos sociales en comparación con la Carta, extremo que impedirá el juego del progresivo control por parte del TEDH.

En todo caso, estaría bien que en aquellos ámbitos de concurrente reconocimiento normativo, en aras a evitar el exasperante deambular por los Tribunales y la enorme tardanza en resolver el conflicto, se arbitrara alguna fórmula de articulación de los tres ordenes jurisdiccionales involucrados. Lo que parece inevitable es que todos los Jueces y Tribunales nacionales incluido el Tribunal Constitucional tienen un contrapeso en el Tribunal de Estrasburgo cuya doctrina ha de ser aplicada preferentemente derivado del compromiso asumido por los Estados miembros y por la propia Comunidad con el respeto del Convenio. Por ello, tal vez una solución sea, como propone Martín Retortillo (134), el permitir al juez nacional llamado a aplicar el Convenio, plantear una consulta interna o una cuestión prejudicial al Tribunal Europeo de Derechos Humanos para disipar posibles dudas acerca de la compatibilidad de soluciones de Derecho interno con el Convenio.

Por lo demás, se impone un mínimo de convergencia sobre el contenido y alcance de los derechos consagrados en los distintos instrumentos jurídicos por parte de las distintas instituciones llamadas a aplicar el Convenio. Hay que asegurarse de que todas las instancias jurisdiccionales garantizan a todos los ciudadanos unos mismos derechos en cualquier parte del territorio europeo. De momento, se está intentando lograr por la vía de la llamada “protección equivalente de los derechos humanos”, aplicado en la STEDH en el caso *Bosphorus v. Irlanda*. Tal acercamiento habrá de llegar cuando se haga realidad la adhesión de la Unión al Convenio Europeo, puesto que hoy por hoy la Unión Europea no forma parte del sistema del CEDH. El Tratado de Lisboa no ha dado este paso y ha apostado simplemente por mantener un diálogo regular entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (Declaración relativa al apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea).

### **III.- LOS DERECHOS FUNDAMENTALES LABORALES COLECTIVOS EN CONFRONTACIÓN CON LAS LIBERTADES ECONÓMICAS COMUNITARIAS: CRÓNICA DE UNA CRISIS SOCIAL**

Un problema abierto en materia de derechos fundamentales en su vertiente colectiva o de las relaciones sindicales lo representa la relevancia jurídica de las libertades económicas. La vigencia de los derechos fundamentales de acción sindical encuentra, en este momento, su principal desafío en la prevalencia concedida a los principios de economía de mercado. Hay un resurgir de la cultura económica, de las libertades económicas fundamentales del Derecho comunitario, frente a los derechos colectivos laborales clásicos de libertad sindical, huelga y negociación colectiva. Se registran, así, en los últimos tiempos, algunos cambios en la consideración de estos derechos fundamentales como valores sociales prevalentes, que comportan una “devastadoras” consecuencias para “el sindicalismo europeo que busca una dimensión global a su acción de tutela de los trabajadores” (Baylos: 142).

Lo que se está siendo objeto de especial degradación es la negociación colectiva, al quedar subordinada a las reglas que disciplinan la competencia en el mercado y a los principios de la libertad de establecimiento y libre prestación de servicios en el derecho comunitario. En el Derecho interno, el Tribunal de Defensa de la Competencia, en lo que hace a la libre competencia y a nivel comunitario, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas especialmente respecto de las otras libertades económicas, se muestran particularmente sensibles a las trabas económicas que los convenios colectivos puedan representar para la libre competencia o la prestación de servicios transnacional y menos proclives a contemplar los efectos sociales (el dumping social, la desigualdad de trato) que puede tener para los trabajadores la primacía de tales principios y un eventual marco de una libre regulación de las garantías de los trabajadores sin un núcleo mínimo de derechos asegurados.

La duda está en saber si esas limitaciones son justificadas o si responden a una intervención desmesurada de los objetivos económicos.

Dado que el debate sobre la compatibilidad se circunscribe básicamente a los dos señalados principios (libre competencia y libre prestación de servicios), procede analizar separadamente las repercusiones más notables de cada uno de los dos señalados principios económicos sobre la negociación colectiva, e indicar los elementos de solución para una necesaria coexistencia.

## a) Derecho a la negociación colectiva frente a la libre competencia

En cuanto a la confrontación entre la negociación colectiva y los principios relativos a la libre competencia, parecen manifestarse sombras importantes en las más recientes decisiones del Tribunal de Defensa de la Competencia, al tiempo que se percibe una cierta tendencia a reducir el margen de inmunidad de la negociación colectiva.

En el ordenamiento jurídico español no está determinado el alcance del poder normativo de la negociación colectiva respecto de los efectos sobre la libre competencia, ni la posible incidencia de las reglas de la competencia sobre los acuerdos colectivos. Resulta oportuno, por tanto, y antes de nada, destacar las bases constitucionales que presenta cada uno.

De un lado, la defensa de la competencia tiene una inequívoca vinculación con la libertad de empresa del art. 38 CE, en la medida en que garantiza la posibilidad de iniciar y desarrollar actividades de producción o intercambio sin más límites que los marcados por la ley (STS Civil 21-1-2006). El Tribunal Constitucional ha declarado la plena compatibilidad de las normas de defensa de la competencia con el art. 38 CE (STC 88/1996) y encuentra justificadas las actuaciones de los poderes públicos encaminadas a la ordenación del mercado mediante medidas dirigidas a “evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas” (STC 225/1993). Pero, resulta necesario constatar, asimismo, que la libre competencia está condicionada por la articulación de otros intereses constitucional o legalmente protegidos, entre los que cabe considerar, muy especialmente, los inherentes al ejercicio del derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE) (STC 121/2001), en cuyo contenido esencial se integra el derecho a la negociación colectiva [art. 2.2 d) LOLS] (STC 127/1989).

De otro lado, la negociación colectiva es un instrumento esencial para la ordenación de las relaciones de trabajo, que “contribuye decididamente a la mejora de las condiciones de trabajo y vida de los trabajadores” (STC 208/1993). Se halla garantizado en el art. 37 CE, al mismo nivel que la libertad de empresa (y por tanto, que la defensa de la competencia) (art. 38 CE). No obstante, al considerarse incluido dentro del contenido de la libertad esencial [art. 28.1 CE, art. 2.1 d) LOLS], posee la protección reforzada atribuida a los derechos fundamentales. De todas formas, es preciso advertir que la negociación colectiva se halla también sujeto al respeto a las leyes (art. 85.1 ET), y en consecuencia, no puede sustraerse a los límites y a la necesaria adecuación a las reglas que disciplinan el funcionamiento de la libre competencia, toda vez que es obvio que, a través de la negociación, se puede intervenir directamente en la disciplina del mercado, actuando en contra de los intereses de algunos de los incluidos en el ámbito de aplicación del propio convenio o de otros competidores ajenos.

Sobre estas bases constitucionales, surgen importantes dudas hermenéuticas sobre el alcance del poder normativo de la negociación colectiva, que dejan un amplio espacio a la incertidumbre y a la función integradora de los jueces.

La aportación interpretativa y reconstructiva que ofrecen la Comisión Nacional de la Competencia, por un lado, y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por otro, a la solución del conflicto entre la defensa de la competencia y la autonomía colectiva dista bastante de parecerse. Mientras el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (hoy sustituido por la Comisión Nacional de la Competencia) mantiene la preeminencia de las reglas que disciplinan la competencia en el mercado sobre la autonomía colectiva, el TJE se muestra proclive a establecer una cierta inmunidad de

la negociación colectiva frente a las reglas de la competencia .

En efecto, el Tribunal de Defensa de la Competencia no ha dejado de reconocer que las reglas de la defensa de la competencia pueden representar un límite a la autonomía colectiva. Así lo ha hecho en la triple ocasión que ha tenido de pronunciarse:

a) En la Resolución de 10 de marzo de 1993 (Exp. A 42/93), al examinar el caso de un convenio que, al establecer una triple clasificación de panaderías, contemplaba una categoría específica para una determinada empresa, razón por la que se consideraba perjudicada dicha empresa en su posición de mercado. El Tribunal considera que la cláusula supone una restricción intolerable de la competencia sancionada como concertación horizontal de los empresarios para excluir a un tercero .

b) En la Resolución de 16 de diciembre de 1996 (Exp. 377/96), al analizar la prohibición impuesta en un convenio colectivo a los panaderos de fabricar pan los domingos y festivos, y, al mismo tiempo, la exigencia de comercializar un determinado tipo de pan en los domingos y festivos. El Tribunal de Defensa de la Competencia no duda en apreciar la vulneración del derecho de competencia por considerar que el acuerdo buscaba una ordenación del mercado contraria a la libre competencia, consistente en determinar conjuntamente quién fabrica y qué producto fabrica, y ello aun cuando considera que las conductas eran posibles y lícitas de conformidad con la Ley de Comercio interior de Cataluña y de las Reglamentaciones técnico sanitarias vigentes en el sector .

c) En el Exp. 607/06, (Ayuda a domicilio), respecto de la fijación de los precios mínimos por hora trabajada para la categoría de auxiliares de ayuda a domicilio, contenida en un convenio colectivo, que impide a las empresas realizar ofertas por debajo de los referidos costes comerciales. Considera el TDC que lo regulado en el convenio se escapa del poder normativo de los negociadores por cuanto supone “la pretensión de regular el beneficio empresarial y eliminar la competencia en precios en el mercado de la prestación de servicios de ayuda a domicilio” y declara culpables del ilícito concurrencial tanto a la patronal como al sindicato sancionando a ambos con una multa de 3000 euros.

El organismo administrativo de defensa de la competencia ampara la aplicación de las normas antitrust a partir, no ya del carácter de actor económico de los agentes sociales -que también lo reconoce *obiter dictum* en una de las tres resoluciones dictadas-, sino en atención a los intereses en juego y a la incidencia de lo pactado en el mercado de bienes y servicios. Parte de un enfoque del tratamiento de la negociación colectiva desde el prisma de la defensa de la competencia y mantiene una posición poco condescendiente con la consideración de la negociación colectiva como derecho fundamental en cuanto vinculado a la libertad sindical y con los objetivos de política social perseguidos.

Más allá de esta genérica orientación seguida en las tres resoluciones dictadas, el TDC no ha aplicado ningún criterio específico. No es posible entrever un criterio de delimitación del ámbito de conflicto; es decir, unos principios sobre los que asentar el ámbito inexpugnable del convenio colectivo, o sobre el que delimitar el ámbito en que éste queda sujeto a las reglas de la competencia.

En cambio, en los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se advierte una protección de la autonomía colectiva frente a las políticas de libre competencia. La Corte comunitaria ha venido a crear una presunción de exclusión de la autonomía colectiva de las reglas de la competencia o lo que algunos han denominado un “espacio de inmunidad de la autonomía colectiva”, a la vista de que la acción comunitaria implica la promoción de la negociación colectiva y de que ésta con-

lleva inevitablemente las restricciones sobre la competencia. Aboga, pues, como se ha observado antes, por una interpretación favorable a la garantía de la inmunidad.

Una solución así se contiene en la primera sentencia *Albany, Brentjen's y Drijvende Bokken*, de 21 de septiembre de 1999 del TJE donde se analiza la instauración por un convenio colectivo, en un sector determinado, de un régimen de pensiones complementarias gestionado por un fondo de pensiones con posibilidad de ser declarado de afiliación obligatoria por las autoridades públicas. Albano International y otras empresas del sector textil, se negaron a abonar a dicho fondo las cotizaciones correspondientes a un determinado periodo, por considerar que la afiliación obligatoria a éste en virtud de la cual se le reclamaban dichas cotizaciones era contraria a la libre competencia (art. 85, 1 Tratado).

El Tribunal de Justicia da, sin embargo, la razón a los sindicatos al admitir que determinados efectos restrictivos de la competencia son inherentes a los convenios colectivos celebrados entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores. A juicio del Tribunal, los objetivos de política social perseguidos por los convenios resultarían gravemente comprometidos si los interlocutores sociales estuvieran sujetos al artículo 85, apartado 1 del Tratado. Así estima que, de una interpretación coherente de las disposiciones del Tratado, en su conjunto, se desprende que los acuerdos celebrados en el marco de las negociaciones colectivas entre interlocutores sociales para el logro de dichos objetivos, no deben considerarse comprendidos, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del art. 85.1 del Tratado.

La posición acogida en este primer asunto se repite en el Asunto Van der Woude, segundo caso en el que vuelve a plantearse la compatibilidad de lo pactado con los arts. 81 y 82 del TCE. Se discute si la cláusula de un convenio colectivo que establece la contratación obligatoria de un determinado seguro médico restringe la competencia. El Sr. Van der Woude –trabajador de una empresa dedicada a la rehabilitación- quería afiliarse a una entidad aseguradora que le ofrecía mejores condiciones del régimen de seguro de enfermedad que las dispensadas por la Fundación que gestionaba para su empresa, y exigía a la empresa que le abonara la parte del seguro que ésta venía satisfaciendo obligatoriamente a la Fundación con la que tenía concertada la cobertura de dicha contingencia por virtud del Convenio colectivo.

La Corte Comunitaria en su STJCE de 21 de septiembre de 2000, somete el convenio al doble test de inmunidad propuesto en el Asunto *Albany et alt.*, es decir, al análisis de si por su naturaleza y objeto cabe aplicar la exención de las reglas de defensa de la competencia y adopta una solución muy parecida al caso anterior. Declara la compatibilidad con los principios de libre competencia del TCE, por cuanto considera, por un lado, y respecto de la naturaleza, que el acuerdo se adoptó en forma de convenio colectivo y constituye el resultado de una negociación colectiva entre asociaciones representativas de los empresarios y las organizaciones representativas de los trabajadores y, por otro, y en lo que atañe a su objeto, que “el acuerdo instaura en un sector determinado, un régimen de seguro de asistencia sanitaria que contribuye a mejorar las condiciones de trabajo de los trabajadores no sólo garantizándoles los medios necesarios para hacer frente a los gastos de enfermedad, sino también reduciendo los costes que, a falta de un convenio colectivo, habrían debido ser soportados por los trabajadores”.

Pero la voluntad del TJCE tampoco es la de establecer una inmunidad absoluta de la negociación colectiva frente a las reglas de la competencia, sino la de asegurar un régimen de integridad de la autonomía colectiva en función de la naturaleza y el objeto del acuerdo. Es decir, que la protección de la autonomía colectiva vendría en todo caso

condicionada a que el acuerdo colectivo controvertido superase el doble test de la naturaleza y del propósito del acuerdo; esto es, que se tratase de un acuerdo colectivo y que tuviera por objeto la mejora de las condiciones de trabajo.

Por otra parte, hay que tomar conciencia de que la posición del TJCE “deja un cierto margen de ambigüedad”, ya que, por un lado, no aporta criterios seguros sobre el tipo de acuerdo colectivo que queda exento de la aplicación del art. 81 TCE, si cualquier fruto de la negociación colectiva o exclusivamente los convenios colectivos, como parece deducirse del pronunciamiento de Van der Woude; y, por otro, y en cuanto a la finalidad, obliga a hacer una tarea harto compleja que es la de separar lo que contribuye a mejorar las condiciones de trabajo de lo que no.

La conclusión a la que se llega tras lo expuesto es que la relación entre autonomía colectiva y defensa de la competencia no está ni mucho menos delimitada en los distintos órdenes administrativo y jurisdiccional comunitario y que esa falta de criterios suficientes para definir con cierta precisión los aspectos sujetos a las reglas de concurrencia y los que no, constituye una verdadera espada de Damocles sobre la negociación colectiva, “abriendo la puerta a un continuo examen de los convenios colectivos a la luz de las normas antitrust” (Guamán). Aparte la indefinición legal y jurisprudencial convierte el alcance del poder normativo de los agentes sociales en un terreno abierto a las más diversas interpretaciones, como puede deducirse de una comparación entre las interpretaciones del TDC y el TJCE, con resultados nada buenos para la seguridad jurídica ni para la efectiva libertad sindical.

En todo caso, teniendo en cuenta el diferente peso constitucional de uno y otro interés jurídico, y en mor a la preeminencia otorgada a los derechos fundamentales sobre cualquier otro bien jurídico por la jurisprudencia constitucional, y, sobre todo, atendiendo a lo que implica la negociación colectiva, lo lógico sería empezar a construir la relación entre la autonomía colectiva y libre competencia, admitiendo un predominio de la negociación colectiva frente a las reglas que disciplinan la competencia del mercado, es decir, sentando el principio de una presunción de legitimidad de lo acordado, y por tanto de inmunidad, pues la libertad de negociación comporta para las organizaciones sindicales y las asociaciones empresariales la posibilidad, no ya de derogar las normas antitrust, pero sí de introducir restricciones en la libre competencia.

En efecto, podría decirse que todo convenio colectivo supone un ataque a la libre competencia en tanto en cuanto incide directamente en el mercado de trabajo, estableciendo un tratamiento similar de las condiciones de trabajo de un determinado sector o categoría, que impide la posibilidad de utilizar las condiciones de mano de obra como elemento competitivo. El Tribunal de Justicia europeo admitió en la sentencia Albany y ha vuelto a reiterar recientemente en la sentencia 3F de 9 de julio de 2009, que determinados efectos restrictivos de la competencia son inherentes a los convenios colectivos celebrados entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores.

Esta restricción de las condiciones de concurrencia que resulta consustancial al convenio colectivo (Martínez Fons), está amparada por el ordenamiento jurídico constitucional, porque a la postre la autonomía colectiva lo que persigue es asegurar la igualdad de condiciones de todos los que concurren en el mismo sector. Además, precisamente en ello radica el papel el sindicato, porque para el cumplimiento de su función institucional, no otro que la defensa de los intereses que le son propios (art. 7 CE), está obligado a incidir en la dinámica del mercado, mediante el establecimiento de unos estándares mínimos que aseguren unas condiciones de trabajo decentes, dignas e iguales para todos los trabajadores, según categoría.

Pero además hay que tener en cuenta que se ha llevado a cabo un incremento del contenido de la negociación colectiva, pues, junto a las clásicas funciones de regulación de las condiciones básicas de trabajo, la legislación progresivamente ha ido confiriendo a la autonomía colectiva nuevos espacios propios de la organización del trabajo y del ámbito de decisión política de la propia empresa; es decir, que van tomando relevancia contenidos de alguna manera ajenos a la función de intercambio de la relación laboral. Y esa voluntad legislativa de ampliar espacios de la negociación entraña indefectiblemente una afectación directa de las condiciones de competencia en el mercado

En consecuencia, el que la regulación de las relaciones labores pueda incidir de manera directa sobre los factores económicos de competencia entre empresas o sobre el mercado de bienes y servicios, es algo natural y constitucionalmente amparado y no puede concluirse que constituya, per se, una restricción injustificada o desproporcionada de la referida libertad de empresa. Antes bien, debe considerarse que el principio de inmunidad de la negociación colectiva frente a las reglas que disciplinan el juego de la libre competencia constituye la regla general y que la aplicación de la defensa de la competencia ante la autonomía colectiva debe suponer, en todo caso, una excepción.

La relación entre la autonomía colectiva y la libertad de competencia ha de ser valorada, pues, no tanto sobre las consecuencias sobre el mercado de bienes y servicios, ya que los acuerdos colectivos generalmente no pueden desvincularse de la restricción de la competencia, cuanto sobre una adecuada ponderación de los intereses en conflicto.

En esa valoración no cabe atender solo al interés de terceros perjudicados por el acuerdo colectivo. La inmunidad no deja de existir por el hecho de que los pactos colectivos generen una restricción incluso directa sobre el mercado de bienes y servicios. Es necesario confrontar los intereses de los trabajadores con los intereses de los terceros en mantener la competencia.

La autonomía colectiva goza de preferencia sobre la libertad de competencia cuando el acuerdo colectivo se vincula a la defensa de los intereses de los trabajadores, ya sea de forma directa o indirecta. El predominio del interés colectivo de los trabajadores sobre el de terceros existe no sólo cuando se trata de materias que inciden directamente en las condiciones de trabajo, sino cuando se interviene sobre aspectos de tipo organizativo o incluso decisiones de dirección política siempre que persigan un fin social.

En este sentido, la doctrina judicial del orden social ha estimado la legitimidad de determinadas cláusulas obligacionales de los convenios colectivos como la que limita la subcontratación de obras o servicios, una vez comprobado que con ello se persigue la satisfacción preferente de las necesidades de la empresa con personal interno ofreciendo “un estatus de mayor estabilidad al ciudadano que oferta su actividad personal a cambio de dinero en el mercado de trabajo” (SAN 7 de noviembre de 2002), o la previsión convencional que restringe el número de veces que una empresa puede recurrir a la contratación a través de ETT (STSJ Andalucía- Granada, 10 de julio de 2002). A pesar del perjuicio para terceros que implican estas cláusulas, los Tribunales ordinarios anteponen los efectos positivos laborales que representan, rechazando que la referidas cláusulas vulneren las normas legales de competencia

Cuestión distinta es que los acuerdos aparezcan desprovistos de toda significación social o resulten absolutamente desproporcionados en función del objetivo perseguido y de los efectos sobre el mercado. La autonomía colectiva tampoco puede representar un obstáculo a la aplicación de las reglas de competencia, ni convertirse en un ámbito inexpugnable cuando los acuerdos colectivos no tienen una función social clara o los efectos sobre la competencia en el mercado exceden de los indispensables para alcanzar los objetivos sociales.

El predominio de la autonomía colectiva sobre la actividad económica se justifica sólo en la medida en que se conecta con la satisfacción de intereses sociales de los trabajadores o potenciales trabajadores y decae cuando no desarrolla esa labor de defensa de sus intereses y colisiona con los eventuales intereses de otros grupos que no sean trabajadores. La necesidad de mantener un equilibrio entre la autonomía colectiva y la libre competencia debe llevar, en los casos de desconexión con la finalidad de alcanzar los intereses que les son propios, a considerar inaplicable el principio de inmunidad de la actuación sindical.

En este sentido, deben considerarse prácticas restrictivas de la competencia los acuerdos colectivos que, o bien contengan aspectos anticompetitivos que no puedan relacionarse con una finalidad social, o bien, según los efectos lesivos o consecuencias restrictivas que derivan de los mismos para terceros competidores en el mercado, puedan “calificarse de injustas o desproporcionadas en atención a la referida finalidad social” (Martínez Fons).

### **b) Derecho a la acción colectiva frente a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios**

Por lo que respecta a la confrontación de los derechos colectivos laborales con el principio de libertad de establecimiento y de prestación de servicios, se observa en la reciente jurisprudencia comunitaria una clara “deriva económico liberal” (Landa: 88), esto es, una línea continuada de primacía de las libertades económicas del mercado, sobre los derechos sindicales y las garantías mínimas de las condiciones de trabajo fijadas legal o convencionalmente, que ha venido a alterar el régimen de jerarquía de valores establecida en la cultura jurídica anterior.

Cuatro sentencias ilustran claramente este cambio de orientación sobre la vigencia de los derechos sindicales en la relación de trabajo:

La Sentencia del TJE de 11 de diciembre de 2007 (Asunto Viking), en que el TJE admite que la medida de conflicto (amenaza de huelga) impulsada por un sindicato finlandés con el fin de exigir a la naviera finlandesa que pretendía abanderar su buque en Estonia para no tener que cumplir con los convenios colectivos finlandeses y ajustar las condiciones de trabajo a las de ese otro país con costes laborales más bajos, puede constituir una restricción a la libertad de establecimiento. Aun cuando se reconoce la validez de las medidas de conflicto colectivo que comportan dicha restricción, la Corte entiende que es preciso apreciar si dicha restricción está justificada y es proporcionada al objetivo perseguido. La Corte reenvía al juez nacional el control efectivo de la superación de dicha justificación y proporcionalidad de las medidas limitativas del ejercicio de la libertad de establecimiento, y exige comprobar si los sindicatos no disponían de otros medios menos restrictivos de la libertad de establecimiento para conseguir el éxito, y si habían agotado dichos medios antes de emprender las medidas de referencia.

La sentencia del TJE de 18 de diciembre de 2007 (Asunto Laval) considera incompatible con la libertad de prestación de servicios la adopción de medidas de conflicto colectivo que tratan de imponer la aplicación del convenio colectivo sueco a una empresa Letona que desplaza a sus trabajadores a Suecia para la prestación de servicios temporal; así mismo considera incompatible la existencia de leyes de Estado sueco que exigen a las empresas que desplacen trabajadores el cumplimiento de los convenios colectivos del Estado receptor, ignorando las condiciones de trabajo del Estado de origen.

El Tribunal de Justicia entiende que el art. 3<sup>o</sup>. 1 de la Directiva 96/71 de protección mínima del Estado de acogida, que los prestadores de servicios deben respetar para los trabajadores desplazados, debe interpretarse en el sentido de disposición imperativa que establece condiciones máximas y no mínimas, sin que los Estados de acogida puedan exigir condiciones más favorables por encima de aquellas.

La sentencia del TJE de 3 de abril de 2008 (Asunto Rüffert), se refiere a la aplicación a los trabajadores de una empresa de construcción polaca, subcontratada por una empresa alemana para la prestación de servicios en una obra pública ( construcción de una penitenciaria) en la región alemana de Baja Sajonia, de la retribución mínima fijada en el lugar de ejecución de la obra, que se había fijado como condición de la concesión de la obra. No se trata en este caso de una acción colectiva de los sindicatos sino de una iniciativa legislativa, la Ley Federal de transposición de la Directiva 96/71 de tutela de los derechos de los trabajadores desplazados en el marco de la prestación de servicios que tenía por finalidad evitar la degradación de las condiciones mínimas de remuneración por la concurrencia de los distintos licitadores. El Tribunal de Luxemburgo afirma que la Directiva 96/71 no puede interpretarse en el sentido de que permite al Estado miembro de acogida supeditar la realización de una prestación de servicios en su territorio al cumplimiento de condiciones de trabajo y empleo que vayan más allá de las disposiciones imperativas de protección mínima, confirmando lo ya señalado en la sentencia anterior de que el art. 3.1 de la Directiva es una norma de mínimos insuperable.

La sentencia del TJE de 19 de junio de 2008 (Asunto Comisión vs. Luxemburgo) trata de la cláusula del art. 3, 10<sup>o</sup> de la Directiva que permite ampliar el catálogo de garantías laborales del art. 3, 1<sup>o</sup> (condiciones mínimas), mostrándose decididamente partidaria de una interpretación restrictiva. Considera el Tribunal de Justicia que dicha facultad de ampliación de las garantías protectoras de los trabajadores desplazados no es competencia de la negociación colectiva, y únicamente debe quedar residenciada en manos del Estado.

No parece que estos pronunciamientos afecten al ámbito de relación anteriormente tratado de las reglas de la competencia, ni, en consecuencia, vengán a suponer una ruptura con la doctrina del TJE que inspira la primacía de la autonomía colectiva frente a la libre competencia, porque se mueven en un ámbito de debate ajeno a éste. No hay motivo para pensar que el TJCE ha modulado sus posiciones iniciales respecto del espacio de inmunidad de la autonomía colectiva frente a la libre competencia, porque lo que analizan estos últimos pronunciamientos del TJCE no es el carácter restrictivo de la competencia de los convenios colectivos suscritos, sino su aplicación subjetiva. No se trata de un conflicto motivado por una cláusula que vulnera directamente las normas de libre competencia, al incurrir en alguna de las conductas colusorias o prohibidas por las reglas de la competencia, cuanto de su aplicación *ratione personae*. A diferencia de lo tratado en aquellos asuntos, lo que se discute en los recientes pronunciamientos de la Corte Comunitaria, señaladamente en las sentencias Viking y Laval, es si trabajadores desplazados en el marco de la prestación de servicios puedan ser excluidos de la aplicación del convenio colectivo del Estado en el que realizan su actividad, y, en consecuencia, si es posible que las empresas que prestan servicios en este Estado receptor pueden retribuir a sus trabajadores en un nivel inferior al previsto en dicho convenio, que es cuestión muy distinta a la que es objeto de análisis en aquellos asuntos.

Recientemente, el Tribunal de Justicia en su sentencia de 9 de julio de 2009 (Asunto 3 F), ha tenido ocasión de reafirmar el reconocimiento de un cierto espacio de inmunidad de la negociación colectiva en el conflicto con los principios de libre competen-

cia, al remitirse a los argumentos utilizados en los asuntos Albany y Van der Wood, al resolver un asunto de posición competitiva del sindicato recurrente frente a otros sindicatos por la concesión por el Estado Danés de medidas fiscales controvertidas. No obstante, se adentra en una cuestión que no aparecía resuelta hasta ahora, cual es el reconocimiento del carácter de empresa a los sindicatos negociadores del convenio colectivo.

El giro asombroso se ha producido en la confrontación de los principios de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios con los derechos sociales, en concreto los de acción sindical y huelga. Esta jurisprudencia comunitaria impone un tratamiento a la inversa de los referidos derechos sociales, esto es, desde el prisma de los principios de economía de mercado, de forma que las libertades económicas se convierten en valores predominantes, subordinando a ellas los derechos de acción colectiva (Caruso: 40).

Las actuaciones de los sindicatos (el derecho de huelga o de acción colectiva) son juzgadas bajo el filtro de las libertades de establecimiento y de prestación de servicios, haciendo abstracción de su significado como derecho fundamental de la persona trabajadora (Landa: 94) y de su objetivo en cuanto orientado a combatir la discriminación y a conseguir la erradicación del “dumping social”.

Para el Tribunal de Justicia el punto de mira no está en las condiciones de los trabajadores desplazados, sino en la posición competitiva de las empresa que ejerce la libertad de establecimiento. Lo fundamental es valorar si la aplicación de un convenio o las medidas tendentes a exigir unas condiciones iguales para todos pueden ser discriminatorias para la empresa extranjera o ser susceptibles de disuadir de hacer uso de la libertad de establecimiento.

No parece, sin embargo, apropiado el utilizar el criterio económico como parámetro para decidir acerca de la compatibilidad de los derechos de acción sindical con las libertades económicas fundamentales, porque, aparte de cuestionar la vigencia de los derechos de acción sindical, el principio economicista juega directamente en contra del objetivo comunitario de la mejora de las condiciones de trabajo.

Con esta nueva forma de encarar el conflicto, se pone en cuestión la política social y de protección de los derechos fundamentales contenidos en las normas constitucionales, y supone un fuerte revés a la construcción de la teoría de los derechos sociales, porque lo que aparecen como valores subordinados (la acción colectiva y la defensa de los intereses colectivos) a las principios de economía, no son sino el origen de la protección del Derecho del trabajo: “la piedra fundamental sobre la cual el derecho social se edifica” (Lyon-Caen, 273; Casux-Labrunée, 1036).

Además, la doctrina judicial comunitaria produce otro efecto, cual es el de legitimar la discriminación y el dumping social. La realidad que nadie osa discutir es que este giro en el enfoque tiene consecuencias perniciosas para un sector de la población laboral, en particular, los trabajadores de las empresas extranjeras. Los verdaderamente discriminados no van a ser las empresas sino evidentemente los trabajadores de las empresas extranjeras, que van a disponer de salarios y condiciones laborales que no son las del lugar de trabajo, sino las de procedencia (Ojeda: 24) Se ha comentado con razón, si, en efecto, esta nueva doctrina judicial comunitaria no viene a instaurar realmente el dumping social (Rodríguez-Piñero 2008: 83).

Conviene recordar, no obstante, que los derechos fundamentales son, ante todo, materia constitucional, reservada por los propios Tratados a los Estados miembros, y “deben por ello recibir preferentemente una interpretación constitucional” (García Roca:

120). El Tribunal Constitucional Federal Alemán viene actuando en coherencia con esta línea de pensamiento, afirmando que la política social y la protección de los derechos fundamentales son de total competencia de la soberanía del pueblo alemán. Así lo viene sosteniendo desde las sentencias A. Solange I de 29 de mayo de 1974 y Solange II de 22 de octubre de 1986 y lo ha vuelto a confirmar en su reciente decisión de 30 de junio de 2009 (Landa: 97).

No obstante, y aun cuando esta teoría se pone claramente en tela de juicio a la luz de las sentencias del TJE dadas a conocer que reconocen un ámbito limitado de interpretación a los órganos judiciales internos, imponiendo un progresivo control del Tribunal de Luxemburgo sobre las jurisdicciones constitucionales, es lo cierto también que el Tribunal de Luxemburgo tiene su “contrapeso” en el Tribunal de Estrasburgo.

El propio Tratado de la Unión Europea en el nuevo art. 6, 3 no deja de señalar que “los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (...) formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”. Precisamente la incorporación de dicho ordenamiento para la protección y garantía de los derechos humanos al acervo comunitario, ha traído como efecto el que el propio Tribunal de Justicia comunitario esté sometido al Convenio Europeo. Una consecuencia de la que ya no se duda, después de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya corregido al Tribunal de Justicia comunitario en, al menos, sendas ocasiones: las sentencias dictadas en los asuntos Koua Poirrez v. Francia, de 30 de diciembre de 2003 y Bosphorus v. Irlanda, de 30 de junio de 2005, anteriormente comentadas. Este control subsidiario del Tribunal de Estrasburgo ha acabado con la posición final del Tribunal de Luxemburgo, cuya superioridad –como ocurre con la del Tribunal Constitucional– “no entraña una garantía absoluta de exención de revisión” (García Roca: 120)

El problema de esta influencia directa del Tribunal de Estrasburgo sobre el TJE reside en la escasa positivación de los derechos sindicales por parte del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, que se limita a consagrar únicamente en su art. 11.1 la libertad sindical. No se reconocen de forma expresa los derechos de negociación colectiva, ni los de huelga.

No obstante, el control se puede ejercitar también a través del citado derecho fundamental de libertad sindical, porque el propio TEDH asume como contenido propio de la libertad sindical los referidos derechos de acción colectiva. En la sentencia del TEDH de 12 de diciembre de 2008, asunto Demir y Baykara c. Turquía) ha declarado que en el art. 11.1 CEDH existe un vínculo orgánico entre la existencia de la libertad sindical y la libertad de negociar colectivamente porque constituye un medio esencial de promover y asegurar los intereses de los miembros del sindicato. También ha señalado en la sentencia de 17 de julio de 2007, asunto Satilmis v. Turquía que los medios de acción sindical, concretamente la huelga, constituyen un derecho garantizado por el art. 11 CEDH. De manera que no son de advertir mayores dificultades para resolver las dudas acerca de la compatibilidad con el CEDH de los postulados de Derecho de la Unión, en concreto, sobre conflictos entre derechos de acción colectiva. y libertades económicas.

Independientemente de que la jurisprudencia del TJE atribuya a los derechos sociales que no encuentran reflejo expreso en el Convenio un valor relativo (como ocurre con el derecho a plantear conflicto colectivo), no cabe duda de que pueden encontrar en el TEDH una mayor eficacia normativa, toda vez que este Tribunal interpreta el Convenio como un instrumento vivo y evolutivo, y, a diferencia del TJE, no establece una diferenciación entre derechos y principios, sino que aplica el alcance y sentido otorgado

por las normas de derecho internacional y tradiciones constitucionales, que reflejan una realidad que el Tribunal no deja de ignorar.

En este sentido, está claro que si los derechos de acción colectiva son objeto de una intervención excesiva o desmesurada a favor de los objetivos comunitarios, siempre quedará la alentadora posibilidad de recabar la tutela ante el TEDH, cuya jurisprudencia más viva y menos condicionada por los prejuicios económicos de los objetivos comunitarios, puede representar un freno a la deriva antisindical emprendida por el TJE.

### **III.- LA CONFRONTACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES EN EL PLANO DE LA RELACIÓN INDIVIDUAL ENTRE EMPRESARIO Y TRABAJADOR: CRITERIOS DE SOLUCIÓN**

Corresponde ahora analizar, en un plano individual, el perfil de la relación entre el poder de gestión del empresario y los derechos y libertades individuales del trabajador; esto es, cómo se produce la composición entre las exigencias de la empresa y los derechos de los trabajadores.

Se trata de un conflicto que en buena medida se ha sustraído a la atención del legislador. Un análisis circunstanciado de nuestro ordenamiento permite apreciar la ausencia de límites objetivos a los poderes del empresario. El Estatuto opone básicamente la idea del respeto a la dignidad e intimidad del trabajador (art. 20.3 ).

Pero la propia implicación de la persona del trabajador en la relación de trabajo y su pérdida de libertad, oscurece la individualización del principal y único límite de sujeción. La tutela de la dignidad es demasiado inconcreta y se ha mostrado débil para demarcar los límites a que se deben someter los poderes del empresario para la tutela final de los intereses de los trabajadores.

La búsqueda de criterios fiables para la composición de las relaciones individuales de trabajo es lo que nos guía en este apartado, ante las dudas hermenéuticas y vacíos de regulación legal existentes. Al respecto, es necesario comenzar por una valoración de la jurisprudencia, dado que es la que viene desarrollando una función integradora de dichas lagunas en esta materia.

#### **a) La aportación de la jurisprudencia constitucional: el principio de proporcionalidad**

De destacar es la aportación interpretativa y reconstructiva que ofrece el Tribunal Constitucional. Probablemente, una de las mayores aportaciones de la jurisprudencia constitucional a la cultura social y laboral sea el haber contribuido a poner coto a la natural tendencia a la arbitrariedad propia del poder empresarial. Es bastante ilustrativo el pronunciamiento del año 1985 en que el Tribunal Constitucional declara que “la celebración de un contrato no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano”, agregando que “los trabajadores no deben soportar despojos transitorios, ni limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales” (STC 88/1985). Supuso un reconocimiento paladino de la vigencia de los derechos fundamentales en la relación de trabajo, que hemos visto ratificada en sentencias posteriores, v. gr. en la STC 98/2000.

Pero, a decir verdad, aquel primer pronunciamiento no tuvo la incidencia ni la fuerza persuasiva requerida, ni siquiera para el propio Tribunal Constitucional, porque no dejó de aplicar una lógica contractual, resolviendo el conflicto desde la perspectiva de los intereses de la empresa. Tal lógica late en los primeros casos resueltos por el TC, por ejemplo, en la STC 170/1987 donde se convalida el despido de un trabajador por no obedecer la orden de afeitarse la barba, o en la STC 1297/1989 que legitima la negativa del empresario a conceder a los trabajadores un cambio de turno que les permitiera asistir a unas enseñanzas.

Por su parte, los tribunales ordinarios tampoco lo interiorizaron apenas y durante mucho tiempo han estado juzgando de modo particularmente restrictivo el juego de los derechos fundamentales en el ámbito laboral. Uno de los aspectos de la personalidad más expresivos de la menor afirmación es el derecho a la intimidad, porque su vigencia ha estado circunscrita a ciertos espacios físicos exclusivos de los trabajadores, como los lavabos, vestuarios o comedores y taquillas y armarios. La doctrina de los tribunales excluía la posibilidad de que el lugar en donde se lleva a cabo el trabajo tuviera una dimensión privada, legitimando cualquier instrumento técnico de control de la actividad de los trabajadores, como la instalación de un circuito cerrado de televisión (STSJ Galicia 25 abril 1995).

Pero la jurisprudencia es “una mezcla de cambio y progreso o transformación en el entendimiento de las reglas” (García Roca: 82) y la jurisprudencia constitucional ha evolucionado generando nuevos posicionamientos sobre esa vieja doctrina de afirmación relativa de los derechos fundamentales. En efecto, en un contexto de irrupción de las nuevas tecnologías y de incremento de los mecanismos técnicos de control, el Tribunal Constitucional ha terminado haciendo otro tipo de ponderación más ajustada a la prevalencia de los derechos fundamentales. El asunto ya no se aborda en términos de si el ejercicio del derecho resulta compatible con los intereses de empresa, sino desde la perspectiva de la integración y de convivencia lógica y razonable de los derechos fundamentales con los intereses de empresa, una vez observado que la lógica contractual lleva al riesgo de vaciar de contenido los derechos fundamentales en la relación de trabajo. La actividad de interpretación se ha centrado en la búsqueda de límites a la libertad organizativa y de control empresarial, restituyendo así fuerza a los valores constitucionales de defensa del individuo.

De esta manera, el Tribunal Constitucional ha venido, en primer lugar, a corregir cierta práctica judicial restrictiva sobre la vigencia del derechos de la personalidad en el lugar de trabajo, y en segundo lugar, a alterar la real preeminencia de los intereses de empresa frente a los derechos fundamentales del trabajador, que ha permanecido demasiado tiempo en el imaginario judicial colectivo, siendo asumida acríticamente.

Esta nueva orientación parece emerger de la STC 99/94 donde, con motivo del despido de un trabajador por negarse a que su imagen fuese captada por las cámaras de televisión en una muestra de un producto (jamón ibérico) a los medios de comunicación, declara que “los requerimientos organizativos de la empresa que pudieran llegar a ser aptos para restringir el ejercicio (de los derechos fundamentales) (...) deben venir especialmente cualificados por razones de necesidad, de tal suerte que se hace preciso acreditar –por parte de quien pretende aquel efecto- que no es posible de otra forma alcanzar el legítimo objetivo perseguido, porque no existe medio razonable para lograr una adecuación entre el interés del trabajador y el de la organización en que se integra”.

Junto a esta dirección interpretativa o pauta metodológica, que remite a un esquema argumental simple, el del carácter indispensable o no de la medida empresarial, el Tri-

bunal Constitucional ha tratado de perfilar un poco más los límites. Así la STC 186/2000 circunscribe la corrección constitucional de la medida empresarial restrictiva de los derechos fundamentales al principio de proporcionalidad, obligando a efectuar un juicio casuístico y a comprobar si supera un triple test: a) “si es susceptible de conseguir el objetivo propuesto” (juicio de idoneidad); b) si, además, es necesaria en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); c) si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficio o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

Tal opción reconstructiva de los límites del poder empresarial ha obtenido un consenso amplio en los tribunales ordinarios, como no podía ser de otra manera, habiéndose convertido en el canon de enjuiciamiento tanto de los límites de vigilancia y control empresarial como de cualquier medida empresarial restrictiva de derechos fundamentales. La misma ha tenido gran eficacia, pues el principio ha contribuido a limitar la natural tendencia a considerar absoluto el poder organizativo del empresario y ha producido un visible cambio en las relaciones de poder entre el derecho empresarial a disponer plenamente de sus recursos humanos y la preservación de los derechos y libertades del trabajador.

Ahora bien, a decir verdad, la doctrina constitucional, en lo que hace a la cuestión teórica de la vigencia de los derechos fundamentales en la relación de trabajo no ha resuelto definitivamente las dudas; además, a la luz de la evolución de la praxis jurisprudencial, se revela bastante subjetiva e imprevisible.

Las dudas provienen de la inconsistente definición argumental de los juicios planteados. La directriz expresada en el juicio de idoneidad se queda en la mera adecuación; evita tomar en consideración la finalidad y el carácter legítimo de la misma. El juicio no remedia el recurso banal a la medida, de manera que no permite evaluar, más allá de la adecuación, si una actuación es respetuosa con los valores o garantías constitucionales de tutela del trabajador.

Por otra parte, el juicio de indispensabilidad, valorado bajo el exclusivo entendimiento de su utilidad a efectos probatorios, (en la STC 186/2000, donde se analiza la corrección constitucional de la instalación de cámaras ocultas en las cajas registradoras de un economato debida a sospechas de hurto, se justifica la necesidad sobre la base de que la “grabación serviría de prueba de tales irregularidades”) aparece demasiado alejado del carácter indispensable de la medida y de una atenta valoración de los medios técnicos y legales alternativos. Ha inducido a los jueces a admitir las medidas restrictivas sin más juicio que su eficacia para acreditar los ilícitos laborales, lo que da pie incluso a la posibilidad de preconstituir una prueba para la represión de ilícitos laborales.

Además, el principio de proporcionalidad no ha dejado de suscitar perplejidades acerca del subjetivismo judicial en la valoración del caso. Parece inevitable que la interpretación constitucional sea estimativa o valorativa (García Roca:115), pero es que en ocasiones la actividad judicial depara resultados tan absolutamente contradictorios que lleva a la desorientación, con efectos nada positivos para la seguridad jurídica. Sirvan como botón de muestra dos sentencias dictadas por la misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en sendos casos de vigilantes de seguridad nocturnos del Museo provincial de Lugo despedidos al ser sorprendidos mediante cámaras de vídeo instaladas ocultamente por una agencia de detectives privados, cometiendo una serie de irregularidades muy parecidas, como quitarse el uniforme, dormir, realizar “prácticas onanísticas”; en el primer caso, la sentencia de 30 de noviembre de 2001 considera válida la medida de control de videovigilancia adoptada y declara procedente

el despido, y en el segundo, la sentencia de 20 de marzo de 2002 alcanza la solución contraria, apreciando vulneración del derecho a la intimidad y declara la nulidad del despido.

La cuestión es cómo hacer más previsible, estructurado y con un nivel más aceptable de seguridad jurídica, la resolución de los litigios sobre los derechos fundamentales del trabajador en la relación de trabajo.

## **b) El papel regulador de los principios de protección de datos personales**

La solución pasa probablemente por abandonar la exclusiva perspectiva del principio de proporcionalidad, o dicho de otra manera, por que la interpretación constitucional no esté basada exclusivamente en este principio constitucional, sino en otras bases normativas, más estables y predecibles.

Centrándonos en el ejercicio del poder patronal que tiene por objeto el control del trabajador, verdadero terreno de predilección de los conflictos de libertades, que viene favorecido por el uso de las nuevas tecnologías y en particular de las informáticas, adquieren valor singular los principios de protección de datos personales. En todo proceso de indagación o vigilancia, las empresas devienen grandes consumidores de datos personales del trabajador. Buscan y manejan información de la persona del trabajador. El valor subjetivo más expuesto o comprometido es la tutela de la persona frente al tratamiento de datos.

Tanto en los controles directos sobre el comportamiento laboral del trabajador como en los controles indirectos o difusos, justificados por causas técnico-organizativas o por motivos de protección del patrimonio o de defensa de la organización productiva frente a eventuales agresiones de los propios trabajadores o de terceros, lo que se pone en cuestión es el poder de control y disposición por parte del trabajador -que se considera como una vertiente positiva del derecho a la intimidad y que es configurado, a la vez, como un derecho autónomo. Esto es, el derecho a la autodeterminación informativa o a la protección de datos y que se concreta jurídicamente – como ha declarado el Tribunal Constitucional- en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero (STC 292/2000).

El problema sustancial de la aplicación de los dispositivos de control electrónico (sistemas de geolocalización, cámaras de videovigilancia, monitorización de los instrumentos informáticos, etc.) es, aparte del carácter altamente invasor de la intimidad por la potencialidad para arrebatarle los pocos momentos de expectativa de intimidad o de respiro o aislamiento en el lugar de trabajo, el del peligro evidente de proporcionar información indiscriminada, que es tanto mayor cuanto que la tecnología informática facilita extraordinariamente el almacenamiento y tratamiento de toda clase de datos, lo que puede terminar por sumergir al trabajador en un estado de visibilidad permanente.

Dichos dispositivos se convierten en instrumentos posibilitadores no solo de registros individuales de cumplimiento laboral (y por tanto, magníficos elementos de prueba del incumplimiento del trabajador que pueden ser preordenados con un fin disciplinario), sino de bases de datos de información personal (data vigilancia), que permiten obtener perfiles sociales de los trabajadores afectados, con el efecto insidioso de poder ser utilizados con fines discriminatorios para la postergación del trabajador en función del resultado.

Es, por tanto, en el ámbito de la interpretación integrativa de la normativa de protección de datos en el que debe encontrar solución el difícil problema del equilibrio y de los límites entre el poder de control empresarial y los derechos fundamentales del trabajador.

En la Unión Europea, el *Grupo de Trabajo (GTA)* ex art. 29 de la Directiva 95/46/CE “relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos”, constituido con el fin de contribuir a su aplicación uniforme en los Estados miembros, considera que el control sobre el uso de los medios electrónicos comporta necesariamente tratamiento de datos personales y, en consecuencia, está sujeto a la aplicación de la correspondiente normativa comunitaria y nacional. En su Dictamen 8/2001 de 13 de septiembre de 2001 sobre “*El tratamiento de datos de carácter profesional en el contexto profesional*”, ha dejado bien sentado que “*las disposiciones relativas a la protección de datos se aplican a la vigilancia y control de los trabajadores, tanto en términos de utilización del correo electrónico, acceso a Internet, cámaras de vídeo o datos de localización*” Y así lo ha confirmado en las distintas ocasiones posteriores en que se ha pronunciado sobre las concretas formas de vigilancia tecnológica por parte del empresario: “*Documento de Trabajo relativo a la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo*”, adoptado el 29 de mayo de 2002 y en el “*Dictamen 4/2004, relativo al tratamiento de datos personales mediante vigilancia por videocámara, adoptado el 11 de febrero de 2004*”.

En nuestro país, quizás por el carácter genérico y la falta de concreción en el contexto laboral de los principios de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), o tal vez porque no existe conciencia de que muchas de las actividades de obtención de datos del trabajador implican el tratamiento de datos, no se le confiere apenas relevancia aplicativa a la Ley, careciendo de un papel regulador significativo en el ámbito de las controversias sobre la adopción de mecanismos de control por el empresario.

La jurisprudencia desconoce por completo el papel regulador de la normativa de protección de datos y no ha tomado todavía cabal conciencia de este enfoque metodológico. Sigue alineándose, a la hora de resolver los conflictos entre los derechos de la personalidad de los trabajadores y los intereses de la empresa, junto al concepto negativo (*ius excludendi*) del derecho a la intimidad entendido como la facultad de impedir injerencias in consentidas y divulgaciones ilegítimas.

Un buen exponente de este planteamiento tradicional es la STS de 26 de septiembre de 2007, sobre el control empresarial de las páginas Web visitadas por el trabajador, que si bien entraña un gran esfuerzo de clarificación de los criterios con los que afrontar el poder de control de las comunicaciones electrónicas, no termina de aposentarse en el concepto evolucionado del derecho a la intimidad que es el derecho a la protección de datos. Referido al despido de un directivo, al que en un control realizado para comprobar fallos en su ordenador, le encontraron archivos de acceso a páginas comprometedoras de contenido sexual, el Alto Tribunal declara vulnerado el derecho a la intimidad, ya sea porque la medida fue adoptada sin previa advertencia sobre el uso y el control del ordenador, ya sea por estimar que la empresa en lugar de limitarse al control y eliminación del virus, siguió con el examen del ordenador y se apoderó de un archivo cuyo examen o control no era necesario para realizar la reparación interesada. Sin embargo, más que un supuesto de vulneración del derecho a la intimidad, la actuación empresarial lo que integra es un caso de violación del principio de finalidad de la protección de datos (art. 4.2 LOPD), porque lo que en realidad permite al Tribunal fundar su decisión es el uso disfuncional o desviado que el empresario hizo de la in-

formación recabada en el registro practicado, (un principio de protección de datos), ya que la posible expectativa de intimidad estaba llamado a ceder ante el interés preponderante de la empresa de eliminar un virus informático.

De todas formas, no se puede decir que el enfoque metodológico esté siendo completamente ignorado por la jurisprudencia. Algún Tribunal de justicia se ha mostrado sensible al planteamiento. Una Sentencia del TSJ de Cantabria de 18 de enero de 2007 llega a fundar su decisión sobre las exigencias normativas del art. 4. LOPD, considerándolo como un canon eficaz para juzgar la corrección constitucional del control del uso del ordenador facilitado al trabajador por el empresario.

El esfuerzo interpretativo aquí trazado ha encontrado respaldo pleno, sin embargo, en la Agencia Española de Protección de Datos, que, invocando la Directiva 95/46, la LOPD, las recomendaciones y dictámenes de la Unión Europea, en particular las antes señaladas del Grupo de Trabajo, ha reconocido que los controles tecnológicos en la medida en que permiten identificar a la persona del trabajador, constituyen recogida de datos y, por tanto, quedan incluidos en el campo de aplicación de la Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos personales (Informe 2001).

La necesidad de adecuar los principios que constituyen la nueva privacy al marco regulador de nuestro ordenamiento jurídico laboral ha llevado a la Agencia a asumir un protagonismo especial con una intensa actividad intervencionista, emitiendo informes, elaborando guías y actuando en materia sancionadora con bastante contundencia respecto de aquellas empresas que no cumplen con los principios de protección de datos. En efecto, la Agencia ha adquirido por la vía de hecho una función de “suplencia legislativa” (Tullini: 332) en esta materia, llevando a cabo una labor de integración de las diversas exigencias de la normativa de protección de datos con las garantías de los trabajadores, a la luz de las nuevas potencialidades de las nuevas tecnologías (De Felice: 183)

Sin embargo, como apunta Martín Valverde (18) en relación a la genética, no parece conveniente dejar a la jurisprudencia (y añadido, ni a la Agencia) “el protagonismo en la elaboración de reglas en un campo tan extenso, tan dependiente del estado de la técnica y tan necesitado de una intervención sistemática de carácter general”. El desafío de encauzar satisfactoriamente los problemas de vigencia de los derechos fundamentales en la relación de trabajo que los nuevos escenarios tecnológicos han multiplicado, es “un desafío dirigido de manera preferente al legislador”.

Para delinear unos confines claros y menos evasivos que el actual principio de proporcionalidad, respecto del ámbito de interferencia del poder de dirección en los derechos y la esfera de privada del trabajador, bastaría con que la propuesta de intervención legislativa contemplara alguno de los principios básicos de la normativa de protección de datos, “cuyo respeto resulta prácticamente ineludible”.

El primer y principal principio es el de finalidad que ha asumido un significado y un alcance general, porque es el que “articula y vertebrata la protección de datos personales” (Thibault Aranda: 171). El principio aparece recogido en el art. 4 LOPD sobre “calidad de datos”, que dispone lo siguiente: “los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido”.

Aplicado al ámbito de las medidas empresariales que implican recogida, registro y uso de información o datos personales del trabajador, comporta, de entrada, la existencia de un fin legítimo. El poder empresarial debe superar un primer test de legitimidad, de

forma que la medida restrictiva de derechos fundamentales del trabajador venga justificada por un interés objetivo. Parece necesario que la medida empresarial obedezca a efectivas y reales exigencias organizativas, productivas o de seguridad en el trabajo (Rodríguez Escanciano: 22); es decir, a un interés empresarial serio y no resulte de una “mera utilidad o conveniencia” (STC 98/2000) o simple eficacia. En este sentido conviene matizar la genérica atribución de legitimidad que realiza la AEPD a la finalidad establecida en el art. 20.3 ET de “verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes empresariales” (Guía sobre la protección de datos personales en las relaciones de trabajo, p. 27). Las facultades específicas del art. 20.3 ET no resultan por sí solas suficientes para legitimar la adopción de cualquier dispositivo de control biométrico, o de videovigilancia, o de monitorización del correo electrónico o del uso de ordenadores, o de geolocalización, como así se limita a razonar la AEPD (v. gr. Informe 193/2008 sobre el sistema GPS, o Informe 247/2008 en relación con los controles sobre el ordenador). Ha de concurrir un interés jurídico relevante en atención a los intereses en juego. Para la medida, por ejemplo, de videovigilancia, el Grupo de Trabajo del art. 29 en su Dictamen 4/2004 ese interés lo relaciona solo con la salud, la seguridad o la protección de los bienes, excluyendo la posibilidad de adoptar cámaras destinadas directamente para el control directo de los trabajadores, pues afirma que “por regla general no debe estar permitida la videovigilancia para el control directo de los trabajadores”. Pero ello tampoco significa que haya que descartar el control general y permanente a través de estos medios; puede ser perfectamente una finalidad legítima si hay razones que lo justifiquen de forma suficiente.

Junto a ello, se impone un estricto juicio de proporcionalidad respecto de la necesidad, modalidad y condiciones de ejercicio de la medida restrictiva de derechos fundamentales. Es un juicio incorporado al canon de enjuiciamiento de la doctrina constitucional; lo que hace falta es aplicarlo correctamente. En este sentido, debe valorarse, por un lado, si la medida empresarial está justificada desde el punto de vista del interés legítimo y objetivo. Por ejemplo no se justifica la instalación de un sistema de geolocalización en un teléfono móvil de un trabajador itinerante si lo que se busca es simplemente tener localizado o disponible, pues es evidente su carácter desproporcionado para el interés legítimo del empresario (STSJ País Vasco de 2 de julio de 2007). En cambio, sí tiene sentido en tareas como el transporte de mercancías para las que resulte relevante conocer donde se encuentra el vehículo y en qué momento puede realizar una determinada entrega. La Comisión Nacional de Informática y Libertades de Francia (CNIL) admite la vigilancia permanente mediante un GPS tan sólo cuando el trabajo consista en el desplazamiento, esto es, en conducir un vehículo; en cambio, la considera desproporcionada cuando el uso del vehículo sea accesorio de su trabajo principal.

En relación con el control empresarial sobre el ordenador, el principio de necesidad obliga a prevenir con medidas idóneas organizativas y tecnológicas, el uso anómalo o abusivo de la herramienta facilitada por el empresario, antes de proceder a la revisión o monitorización del correo electrónico y de la navegación por Internet. En esta línea, el Grupo de Trabajo destaca que “dentro de lo que es razonablemente posible, la política de la empresa respecto a Internet debería basarse en herramientas técnicas para limitar el acceso, más que en dispositivos de control de los comportamientos, por ejemplo, bloqueando el acceso a algunos sitios o instalando advertencias automáticas”. Es un criterio acogido ya por algunas sentencias que consideran inadmisibles el control de navegación por Internet del trabajador cuando no se han adoptado preventivamente otros medios técnicos para el acceso a páginas no autorizadas o cuando existe una solución que implique una menor intrusión en la intimidad (STSJ Cataluña de 11 de junio de 2003; STSJ Cantabria de 18 de enero de 2007).

Por otro lado, debe ponderarse la graduación de la medida en relación con la finalidad y la interferencia en los derechos fundamentales, porque los criterios de pertinencia y “no excesividad” exigen un ejercicio gradual y proporcionado del control en relación con las específicas exigencias empresariales (Tullini: 336/7). En términos más explícitos, al empresario se le exige privilegiar (dar prioridad a) las medidas que reporten una menor restricción en los derechos fundamentales y limitar la operatividad de la medida a lo estrictamente indispensable para asegurar el fin que justificó su adopción. Hay que excluir, en consecuencia, las medidas que no son proporcionadas al riesgo que corre el empleador y también las que suponen controles prolongados, constantes e indiscriminados que realizan una compulsión desorbitada de la dignidad y de la libertad personal. Así, por ejemplo, la monitorización informática podría resultar ilegítima cuando se adopta con el único fin de realizar una investigación exhaustiva y obtener un informe personalizado de cada uno de los trabajadores con toda la información de navegación realizada (páginas de Internet visitadas, tiempo, etc); estos programas sobrepasan manifiestamente los límites normales del ejercicio del derecho de control empresarial; si la finalidad del control es comprobar la utilización abusiva de Internet, el control de los archivos debe limitarse, como propone el Grupo de Trabajo, a la elaboración ocasional de una lista de las páginas más visitadas y el tiempo empleado, sin analizar el contenido de los sitios visitados.

No menos significativo es el tercer pilar o principio de protección de datos que debe ser observado igualmente en la adopción de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales. Es la transparencia o el deber de información a los trabajadores, que resulta del art. 5 LOPD. Si bien el consentimiento de los trabajadores puede no ser necesario cuando existe un interés legítimo (salvo el tratamiento de datos de salud, que requiere el consentimiento expreso), la legitimidad y la lealtad en la utilización de los sistemas de vigilancia y control imponen el suministro de información adecuada a los afectados. En este sentido se ha pronunciado el Grupo de trabajo en su Dictamen 8/2001 al indicar que “como mínimo los trabajadores deben saber qué datos recoge el empresario sobre ellos (directamente o de otras fuentes) y cuáles son los fines de las operaciones de tratamiento previstas o realizadas con estos datos en la actualidad o en el futuro”. Esta obligación de información previa a la persona afectada de los fines de la recogida de los datos y de los destinatarios de la información es una condición necesaria para que los afectados puedan controlar y disponer sobre sus propios datos personales y ejercer sus facultades. De dicha condición se infiere la proscripción de cualquier vía fraudulenta, desleal o ilícita (art. 4.7 LOPD y 8.1 Real Decreto 1720/2007), como ciertos controles ocultos. No obstante, lo cierto es que la prohibición aparece hoy bastante desarmada ante la interpretación extensiva que vienen realizando los tribunales de la STC 186/2000, permitiendo o tolerando la posibilidad de recurrir a la instalación secreta de cámaras ante la mínima sospecha de infracciones de escasa importancia, con el único motivo de obtener una prueba del ilícito laboral. La OIT en su Repertorio de Recomendaciones Prácticas sobre Protección de datos, de 1997, considera, sin embargo, que la vigilancia secreta debe quedar reservada exclusivamente para los supuestos excepcionales en que “existan sospechas suficientes de actividad delictiva u otras infracciones graves”.

La información individual se revela particularmente esencial cuando se trate de controles sobre el uso del correo electrónico y de Internet, porque la ausencia de una política preventiva e informativa de la empresa sobre los usos del ordenador puede generar una expectativa razonable de intimidad y resultar determinante para dilucidar sobre la legitimidad del control de los mensajes y de los accesos a las páginas web. El Tribunal Supremo señala en su Sentencia de 26 de septiembre de 2007 que “lo que debe hacer la empresa de acuerdo con las exigencias de buena fe es establecer previamente

las reglas de uso de esos medios –con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales- e informar a los trabajadores de que va a existir control y de los medios –con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales- e informar a los trabajadores de que va a comprobar la corrección de los usos, así como de las medidas que han de adoptarse en su caso para garantizar la efectiva utilización laboral de medio cuando se preciso, sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones”. Al exigir esa política interna , el Tribunal Supremo esta contribuyendo, sin darse cuenta, a alcanzar los objetivos de transparencia y de corrección tanto en el ejercicio de control como en el tratamiento de los datos, porque reconoce que la “tolerancia con ciertos usos personales moderados de los medios informáticos y de comunicación facilitados por la empresa a los trabajadores” “crea una expectativa de también general de confidencialidad en esos usos que no puede ser desconocida”.

Por último, hay que prestar especial atención al principio de compatibilidad, toda vez que, según el art. 4.2 LOPD, los datos recogidos no pueden ser tratados para una “finalidad incompatible” con la prevista originariamente, lo que excluye el intento de aprovecharse de los datos personales recogidos para obtener nuevos datos personales o para un uso divergente de la finalidad originaria para la que fueron recabados. En el caso del servicio de correo electrónico, ello significa –como ha señalado el Grupo de Trabajo- que “si el tratamiento de datos se justifica a efectos de seguridad del sistema de datos no podrán tratarse posteriormente con otro objetivo, por ejemplo, para supervisar el comportamiento del trabajador”. La STS de 26 de septiembre de 2007 constituye un claro ejemplo de aplicación de este principio de compatibilidad, ya que censura la conducta empresarial y anula la prueba obtenida precisamente por no haberse detenido en las tareas de detección del virus y haber seguido con el examen del ordenador “para entrar y apoderarse de un archivo cuyo examen o control no puede considerarse que fuera necesario para realizar la reparación interesada”. En definitiva, el rechazo de la prueba obtenida por la empresa se debe a un incumplimiento del principio de compatibilidad, al haberse “ido más allá de lo que la entrada regular para la reparación justificaba”.

Como colofón, cabe destacar la idoneidad del marco general de la normativa de protección de datos para propiciar respuestas sólidas y apropiadas a las innumerables tensiones o conflictos entre los intereses organizativos del empresario y la preservación de los derechos y libertades fundamentales del trabajador. Siempre que las facultades de dirección del empresario se muevan en el plano del tratamiento potencial o efectivo de las informaciones, es decir de la captación y tratamiento de datos personales de los trabajadores, el recurso a los principios de la normativa de protección de datos se revela como la apuesta más segura para encontrar un punto de equilibrio a los contrapuestos intereses.

#### **4. EL CONFLICTO DE INTERESES EN PUNTO A LA RUPTURA DEL CONTRATO: EL DESPIDO EXPRÉS Y LA LESIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR**

Desde la perspectiva de la confrontación de intereses, y en punto a la ruptura del contrato, un último apunte valorativo es preciso realizar sobre el mecanismo exonerador de los salarios de tramitación del art. 56.2 ET -el llamado despido exprés- introducido

en nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 45/2002, puesto que podría sugerir algunas dudas de constitucionalidad, en relación no solo con el principio de causalidad del despido, sino con la tutela de la personalidad del trabajador.

Como es sabido, el art. 56. 2 ET permite la posibilidad de dar por extinguido el contrato de trabajo en la fecha del despido sin devengo de los salarios de tramitación, si en el plazo de cuarenta y ocho horas siguientes al despido el empresario reconoce la improcedencia del despido y ofrece la indemnización correspondiente, depositándola en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador y poniéndolo en conocimiento de éste.

Aunque el designio del legislador era aparentemente el de abaratar el despido y evitar un proceso, el mecanismo extintivo se está revelando realmente como un nueva vía de extinción sin causa; esto es, una especie de “despido libre o desistimiento unilateral indemnizado” (Agustí Maragall: 45), donde la causa invocada no cuenta, es puramente formal y queda desmentida por el propio empresario.

Esta figura, creada de una forma subliminalmente inteligente, está teniendo una influencia decisiva en la evolución reciente de los despidos, puesto que se ha convertido en el módulo de referencia. Como dato más significativo cabe destacar que en 2008, el 70 por 100 de los despidos se acogieron a esta nueva modalidad de despido, en claro detrimento del despido por conciliación individual que había descendido a la mitad y de los despidos autorizados por ERE que apenas habían experimentado un aumento del 10 por 100, según datos extraídos del registro de altas de las prestaciones de desempleo (El País, 30/10/2009).

Con este nuevo mecanismo, el empresario puede extinguir el contrato del trabajador sin dar cuenta del motivo real y arrojando como única consecuencia una sanción pecuniaria predeterminada, que será la de 45 días de salario por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades o, en su caso la de 33 días de salario por año de servicio con un máximo de 24 mensualidades en las extinciones por causas objetivas. La tutela del trabajador frente al despido injustificado, ilegítimo o arbitrario queda así reducida a una simple monetización.

### **a) Las graves disfunciones producidas por el art. 56.2 ET**

Sin detenernos más sobre los aspectos generales de esta figura, y centrándonos en la perspectiva de análisis que aquí interesa, procede dejar señalado necesaria y preliminarmente, que el sistema de despido libre indemnizado, instaurado de facto por el art. 56.2 ET, entra en clara colisión con los principios configuradores del sistema de despido.

En el ordenamiento jurídico español no es concebible un sistema de libre desistimiento del empresario que haga abstracción de la causa y de la reacción judicial frente a la decisión unilateral del empresario. Ambos forman parte del contenido esencial del derecho constitucional al trabajo (art. 35 CE). El Tribunal Constitucional, en sus sentencias SSTC 22/1981 y 129/2003, ha indicado que el derecho al trabajo (art. 35.1 ET) en su vertiente individual se concreta en el “derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, en el derecho a no ser despedido sin justa causa”.

Y ello no es una singularidad de nuestro ordenamiento, porque la prohibición de despido sin causa justa y el derecho a defenderse está contemplado, por un lado, en el Convenio número 158 de la OIT, en cuyo artículo 4 se prevé que “no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justifi-

cada”, y en su art. 7 se añade que “no deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador... antes de que se haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él”. Se trata de un Convenio ratificado por España el 18 de febrero de 1985 y por ello mismo resulta aplicable en el ordenamiento interno.

Es, por otra parte, una tutela que aparece reforzada por la vía de la evolución del Derecho comunitario, pues la Carta de Derechos Fundamentales de Niza se ha incorporado al Tratado de Lisboa con valor jurídico de Tratado, y en su art. 30 garantiza el derecho del trabajador a la protección en caso de despido injustificado. Ello supone “un intento de universalizar en el ámbito comunitario y al máximo nivel jurídico un sistema que impide que el despido pueda seguir los derroteros del libre arbitrio empresarial” (Baylos y Pérez Rey: 78); aunque a decir verdad, deducir de este artículo un derecho fundamental resulta arriesgado porque su efectividad queda muy limitada por su subordinación a lo que establezcan la normativa comunitaria y las legislaciones internas (Ballester: 1763); pese a la proclamación solemne, el TJE ha considerado en la sentencia de 16 de enero de 2008, asunto Oliver Polier, C 361/07, que “carece manifiestamente de competencia” para responder a una petición de decisión prejudicial sobre el despido de un trabajador sin causa justificada.

En todo caso, no deja de inferirse su carácter de principio general del Derecho Comunitario, de forma que las garantías de causalidad del despido y la revisión judicial representan garantías mínimas e inderogables en un sistema democrático y en un estado de derecho.

Sin embargo, la Reforma de 2002 ha terminado por conferir relevancia puramente formal a estos principios. Y ello porque, por un lado, parece atribuir valor extintivo a cualquier motivo por muy ficticio e irreal que sea, e incluso a cualquier acto extintivo o desistimiento sin causa, si posteriormente se reconoce la improcedencia y se consigna la indemnización. Y porque, por otra parte, al limitar las consecuencias a la indemnización consignada, se ha hecho prácticamente inútil el control subsiguiente del juez, a menos que se pretenda la nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales o por incumplimiento de los requisitos formales en caso de despido objetivo, o se pleitee por discrepancias sobre la indemnización consignada.

En definitiva, se ha terminado por hacer vanas e ilusorias las garantías del sistema de despido.

Pero lo grave no es solo que se haya descausalizado el despido, es que se legitima la mentira como causa de extinción; se atribuye efectos extintivos a lo que no es sino un acto antijurídico, a una burda farsa. Supone que el legislador acepta una lógica fraudulenta y contraria a los principios constitucionales y compromisos internacionales (Agustí Maragall: 52).

De todas formas, dichas conclusiones que emergen de la experiencia aplicativa, no pueden ser tomadas como definitivas, sino que precisan de una verificación ulterior a la luz de un análisis exegético de la función integradora de los salarios de tramitación y de la tutela general de los derechos de la personalidad del trabajador.

## **b) La relevancia de los salarios de tramitación para la causalidad del despido**

Para superar las disfunciones conexas a la técnica normativa empleada por el legislador, creo que una tentativa razonable sería no cerrar la puerta a posibles devengos de los salarios de tramitación, al menos en algunos supuestos no causales. No cabe igno-

rar las distintas funciones y fundamentos de los salarios de tramitación. Los salarios de tramitación no sólo tratan de compensar la pérdida de ingresos -el quebranto económico irrogado al trabajador por no percibir retribución- durante la sustanciación del proceso, sino que juegan un papel reparador y compensador del carácter injustificado del despido. Los salarios de tramitación conservan, en este sentido, una función equilibradora de la fuerza contractual.

Decididamente incoherentes y contradictorios aparecen los argumentos de la interpretación descausalizadora, por cuanto la posibilidad de exoneración de los salarios de tramitación del art. 56.2 ET supone que todas las acciones de despido -ya tengan alguna justificación o ya resulten arbitrarias- comportan un mismo coste económico. En todos los casos se dispensa una misma tutela compensadora. Lo que, aparte de ser una invitación clara a la invocación de la causa ficticia y una forma de incentivar la expulsión del trabajador sin atención a la normativa de protección del trabajador, resulta injusto y contradictorio con los propios principios de tutela previstos contra el despido ilegítimo.

No tiene mucho sentido, pues, considerar que el legislador ha querido ofrecer un mecanismo exonerador de los salarios de tramitación sin ningún tipo de cortapisa ni excepción, en aras simplemente del propósito de evitar el proceso y beneficiar al empresario con la posibilidad de pagar menos salarios (y ello aun cuando conlleve el beneficio en abstracto para el trabajador de poder disponer de forma inmediata de las cantidades que se le adeudan como consecuencia del despido).

La orientación que se ha impuesto en la jurisprudencia olvida que los salarios de tramitación representan la plataforma de garantía sobre la cual es posible construir otras formas de tutela. Los salarios de tramitación permiten, por una parte, graduar el ajuste de la compensación económica al carácter injustificado de la decisión extintiva, de forma que el despido sea susceptible de reacción más severa cuando constituya un acto arbitrario o sin causa alguna. Ese complemento económico es, por otra parte, lo que posibilita que adquieran relevancia las garantías individuales del sistema de despido: la existencia de causa y la posibilidad real de reaccionar frente a los despidos injustificados. Si la aplicación del art. 56.2 ET no conlleva más que una única sanción económica u opera de forma automática cualquiera que sea la causa invocada, los mecanismos de tutela del trabajador frente al despido pierden por completo su efectividad. Es evidente, por tanto, que no se puede prescindir por completo de los salarios de tramitación; eso resulta contrario al actual marco regulador del despido.

Con esto no se quiere abogar por la supresión del mecanismo exonerador de los salarios de tramitación, sino por tener en cuenta criterios de corrección y de racionalidad que permitan hacer compatible los objetivos de la Reforma Laboral, esto es, la posibilidad de despido sustanciable extrajudicialmente mediante una sanción pecuniaria predeterminada, con los principios de tutela de los derechos de los trabajadores: exigencia de causa y accionabilidad judicial frente al despido.

Los objetivos de la ley se armonizan mejor si se limita, por un lado, el campo de aplicación subjetivo del mecanismo extintivo, eliminando el automatismo de la exoneración y la aplicación de la sanción única, que es lo que lleva a las empresas a no hacer ningún esfuerzo para fundamentar en causa alguna, y si, por otro, se exige un principio de realidad o de prueba de la imputación del incumplimiento grave al trabajador.

En este sentido, parece necesaria una interpretación más restrictiva de la posibilidad de dimisión indemnizada, que circunscriba el mecanismo exonerador establecido en el art. 56.2 a los supuestos de despido con causa real o a aquellos en los que, al menos, se lleva al juzgador al convencimiento de la razonabilidad y buena fe en el ejercicio de

la facultad extintiva por causas disciplinarias, aunque no se llegue a aportar una prueba plena de la realidad ni de la gravedad del incumplimiento (Agustí Maragall: 52), excluyendo los supuestos de falsedad o inexistencia de causa justificada alguna.

El mecanismo exonerador de los salarios de tramitación no debería ser de aplicación a los supuestos de falsedad porque resulta violado el principio de causalidad del despido. Mantener el sistema de exoneración en cualquier tipo de despido ilegítimo, incluso en situaciones de causas ficticias o que nada tienen que ver con la realidad, supone imputar al legislador una lógica contraria a los propios principios de tutela previstos contra el despido ilegítimo.

En defensa del carácter causal del despido en el ordenamiento jurídico español y de la impugnabilidad del despido, solo cabe sostener, pues, que en los casos en que se invoca una causa disciplinaria ficticia no opera el efecto paralizante de los salarios de tramitación y que, en consecuencia, se devengan los salarios de tramite, pues resulta inadmisibles un desistimiento unilateral ex art. 56. 2 ET que no descansa en algún tipo de “justificación”, esto es en la prueba que lleve al juzgador al convencimiento, “sino de la plena procedencia del despido, por lo menos sí de la razonabilidad o veracidad de la causa invocada” (Agustí Maragall: 55), toda vez que es la única forma de garantizar la causalidad del despido .

Sobre el plano de la tutela compensadora y partiendo de la eficacia reparadora y equilibradora de la fuerza contractual de los salarios de tramitación, parece lógico entender que cuando el empresario no consiga acreditar un principio de prueba de la realidad de la causa invocada, la tutela compensadora ha de comprender también los salarios de tramitación, pues la función garantista de la norma no puede circunscribirse a la mera indemnización y debe comportar una sanción económica mayor, que cuando la calificación de improcedencia de los despidos unilaterales integra un supuesto de causa más o menos real .

Esta opción se perfila como la solución más plausible en armonía con la orientación del legislador. Pero no son descartables otras opciones como la de entender que existe un fraude de ley, bien con sanción de nulidad o bien con la de improcedencia.

La declaración de nulidad por fraude de ley en el caso de los despidos sin causa real, es la mejor tutela respecto del trabajador, pues conseguiría una integración de los elementos formales y sustanciales de legitimidad del despido ex art. 56.2 ET. Pero no parece encontrar eco en la doctrina de los Tribunales, y no porque carezca de fundamento, sino por el hecho de que el legislador no ha querido conservar esta figura de viejo cuño en el art. 108.2 LPL, bajo el estímulo seguramente de las presiones empresariales.

Lo que ofrece *a priori* más visos de operatividad es la declaración de fraude de ley con la calificación de improcedencia. La tesis se fundamenta en un doble argumento hermenéutico: en primer lugar, se observa que la letra y la ratio del art. 56.2 ET no legitiman una concepción descausalizada del despido; el mecanismo exonerador está reservado para los despidos con causa real, en razón del régimen de causalidad de nuestro ordenamiento. Por otro lado, no parece que pueda otorgarse eficacia exoneradora al despido con causa ficticia o irreal, porque la figura del despido sin causa no está prevista en el ordenamiento jurídico español (art. 49 ET).

Así, de pretenderse aplicar el mecanismo exonerador establecido en el art. 56.2 ET sin atender a la causa real, mediante la invocación de causa ficticia, la consecuencia sería – como advierte Agustí Maragall (2009: 66)- en razón a lo dispuesto en el art. 6.4 CC, la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir, el pago de los salarios de tramitación ordenado, como regla general, en el art. 56..b) ET.

### c) La imputación falsa de un ilícito laboral y la vulneración del derecho al honor del trabajador

Más allá de la concepción descausalizadora y de la calificación de fraude de ley, el problema de los despidos sin causa o causa dolosamente inventada con el fin torticero de lograr desprenderse del trabajador mediante una compensación económica tasada, se conecta también con la vulneración del honor -profesional o no- del trabajador. Una imputación falsa en un carta de despido puede no ser ajena a la dignidad y al derecho al honor, si conllevan en sí mismo deshonra, descrédito o menosprecio alguno.

En este sentido, es necesario tender a introducir distinciones en la regla general que permite el reconocimiento de la improcedencia en el campo de aplicación del art. 56.2 ET, en función de la concurrencia de la causa. Si los supuestos de ejercicio de la facultad extintiva por causa disciplinario u objetiva, ofrecen visos de realidad, la medida adoptada de reconocimiento de improcedencia no se puede considerar que constituya una vulneración del derecho al honor, es la consecuencia de una medida legal y del legítimo ejercicio de un derecho del empresario.

En cambio, la situación es sustancialmente diferente cuando la causa disciplinaria imputada es manifiestamente inventada e inexistente. El legislador, si bien permite que el empresario reconozca la improcedencia a efectos de no devengar los salarios de tramitación, no ha querido prescindir de la realidad ni de la gravedad del incumplimiento, no ha descausalizado por completo el despido. En consecuencia, y fuera ya de los supuestos de nulidad o de improcedencia por fraude de ley, lo que puede terminar configurando un acto extintivo como éste es un supuesto de atentado al honor de la persona del trabajador.

En efecto, si la imputación del empresario entraña un ataque a la personalidad o dignidad, si se le está culpando de conductas irreales que pueden lesionar su reputación profesional, a sabiendas de la improcedencia, es decir, mediando un comportamiento doloso o culposo del empresario, no hay duda de que el despido se pueda cualificar de atentatorio contra el derecho al honor del trabajador.

Se trata de una figura que, aunque inédita en la praxis jurisprudencial española, cuenta con gran reconocimiento en sede judicial italiana, donde se le conoce como el “despido injurioso” (Avio: 93). El Tribunal de Cassazione en su sentencia de 7 de febrero de 1994, lo define como el despido que, por las formas usadas o por otras peculiaridades, haya causado al trabajador un daño injusto (lesivo del honor, del decoro o de otro bien jurídico), que exceda de las normales consecuencias perjudiciales de cualquier despido, aun justificado.

Esta doctrina se ha aplicado, por ejemplo, en el caso de despido por ausencia reiterada e injustificada al trabajo de un trabajador que estaba viviendo un drama familiar al estar asistiendo a un hijo de cinco años en estado terminal, siendo conocida dicha situación por la empresa. El Juez (Pretore) de Bologna en su sentencia de 20 de noviembre de 1990, calificó el comportamiento empresarial de gravemente ofensivo de la dignidad de la persona e integrante de una “injuria” en sentido propio. Asimismo, el Pretor de Ferrara, siguiendo un parecido discurso, en la Sentencia de 25 de noviembre de 1993, consideró contraria a la dignidad, la conducta empresarial de despido de una trabajadora por ausencia injustificada, en que la ausencia era debida a la trágica muerte de su único hijo.

En el caso español, no se registra una jurisprudencia que tienda a introducir matices o distinciones en la admisión de los reconocimientos de improcedencia. A todas las ac-

ciones extintivas del empresario se les aplica sistemática y acriticamente la exoneración, siempre que se cumplan los requisitos exigidos por el art. 56.2 ET, haciendo abstracción de la causa invocada y de su realidad.

Sin embargo, el planteamiento del despido injurioso debería llevar a sancionar con la nulidad todos aquellos despidos efectuados mediante invocaciones de causa ficticia, que supusieran una ofensa a la personalidad del trabajador o que consistan en la atribución de hechos reprobables, que pudieran lesionar su reputación o dignidad.

Esta doctrina del despido injurioso resulta particularmente aplicable a todos los casos de despido de trabajadores enfermos o en situación de incapacidad temporal que se ven despedidos por causas ficticias, o que nada tienen que ver con la realidad. Este es un caso clamoroso de comportamiento injurioso, o sea de despido reactivo al hecho de iniciar la baja del trabajador que configura un comportamiento lesivo de un aspecto de la personalidad del sujeto.

Sorprende, sin embargo, la falta de sensibilidad del Tribunal Supremo (SSTS 11 de diciembre de 2007 y 22 de enero de 2008) y del Tribunal Constitucional (STC 62/2008), que dan carta de naturaleza a despidos de trabajadores en situación de IT, al amparo del art. 56.2 ET, sin oponer reparo alguno a que el trabajador se vea despedido por invocación de causas inexistentes tan perjudiciales para su crédito como “bajo rendimiento laboral” o “ausencia injustificada al trabajo” o cualquier otra infracción disciplinaria difamatoria del art.54 ET. Nadie, salvo los Tribunales, entiende, por ejemplo, que un empresario pueda despedir a un trabajador, aquejado de una grave enfermedad, mediante una carta, en la que se le hagan imputaciones falsas como las referidas, aun cuando se reconozcan inexistentes. Es del todo evidente que en sí mismo constituyen una forma injuriosa de despido que lesiona la dignidad de la persona. El reconocimiento de improcedencia del empresario no restaña lo suficiente la ofensa o el descrédito que supone la gratuita imputación realizada en la carta de despido.

En esta materia, desgraciadamente, los Tribunales, no solo no han sabido poner solución a las graves disfunciones producidas en el ámbito judicial por la Ley 45/2002, sino que parecen haber descuidado incluso un control sobre las consecuencias de las interpretaciones adoptadas; control que ha faltado al no conectarse el comportamiento doloso o culposo del empresario con el daño injusto lesivo del honor y de la tutela de la personalidad, habiendo dado prevalencia a valoraciones de otro tipo como la supuesta discriminación por razón de enfermedad o lesión del derecho a la integridad física y a la garantía de indemnidad, sobre las que se aportan argumentaciones no muy convincentes, manteniéndose los riesgos de una aplicación ilimitada del art. 56. 2 ET. ♦

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Agustí Maragall, J. (2009), “El denominado despido improcedente como alternativa a la extinción por causas objetivas y al despido colectivo: reflexión crítica”, *Revista de Derecho Social*, nº 48.
- Avio, A. (2001), “I diritti inviolabili nel rapporto di lavoro”, Dott. A. Giuffrè, Milano.
- Baylos Grau, A., (2008) “El espacio supranacional de ejercicio del derecho de huelga y la restricción legal de sus capacidades de acción”, *Revista de Derecho Social*, nº 41
- Baylos Grau, A., Pérez Rey, J. (2009), “El despido o la violencia del poder privado”, Trotta, Madrid.
- Ballester Pastor, M. A. (2009), “Los derechos sociales de la Carta Comunitaria de derechos fundamentales y en el Tratado de Lisboa”, *Rev. Actualidad Laboral*, Tomo I.
- Caruso B. (2008), “La integración de los derechos sociales en el espacio social supranacional y nacional; las primeras reflexiones sobre los casos Laval y Viking”, *Relaciones Laborales*, número especial sobre Nuevas perspectivas de la Jurisprudencia del tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 15-16.
- Casaux-Labrunée, L. (2008), “La confrontation des libertés dans l’entreprise”, *Droit Social*, nº 11.

- Cassese, S. (2006), "La globalización jurídica", INAP- Marcial Pons, Barcelona.
- De Felice, L.(1992), "La tutela de la persona del trabajador (La jurisprudencia sobre los artículos 1,2,3,5,6,8 del Estatuto ", en AA. VV. "El Estatuto de los Trabajadores Italiano veinte años después", Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid.
- García Roca, J. (2009), "La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional en España", Editorial Porrúa México, IMDPC, México.
- Guamán Hernández, A.,(2007), "La aplicación de la Ley de defensa de la Competencia a los convenios colectivos: crónica de una resolución anunciada", Relaciones Laborales, II
- Guamán Hernández, A., (2008), "Derecho del Trabajo y legislación de defensa de la competencia", Thomson-Aranzadi, Navarra.
- Landa Zapirain, J. P. ( 2009), "En busca de una regulación equilibrada que permita conciliar el desarrollo del mercado único con el respeto exigible al ejercicio de los derechos sociales fundamentales: Desde el diálogo social a la constitucionalización jurídica de la Unión Europea", Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, nº E.
- Lyon-Caen, A. (2008), "Deconstruction européene", RDT, mai.
- Martínez Fons, D. (2006), "Libre competencia y Derecho del Trabajo", La Ley, Madrid.
- Martín-Retortillo, L., (2006), "Vías concurrentes para la protección de los Derechos Humanos. Perspectivas española y europeas", Thomson-Cívitas, Aranzadi, Navarra.
- Martín Valverde, A. (1999), Prólogo al Libro de J. J. Fernández Domínguez: "Preuebas genéticas en el Derecho del Trabajo", Cívitas, Madrid.
- Ojeda Avilés, A. (2009), "Derechos fundamentales de los trabajadores y libertades fundamentales de los mercados ¿la ecuación imposible?, Tribunal Social, nº 217.
- Palomeque López: M. C.(1991), "Los derechos laborales en la Constitución Española", CEC, Madrid.
- Pérez Tremps, P., *Derechos fundamentales*, en López Guerra, L., Espín, E., García Morillo, J., Pérez Tremps, Satrustegui, M. (2007), "Derecho Constitucional, Vol. I: El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos", 7ª edic., Tirant Lo Blanch, Valencia.
- Rodríguez Escanciano, S. (2009), "El derecho a la protección de datos personales de los trabajadores: nuevas perspectivas", Bomarzo, Albacete.
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (2008), "El caso Rüffert ¿una constitucionalización del dumping social?", Relaciones Laborales, número especial sobre Nuevas perspectivas de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 15-16
- Thibault Aranda, J. (2000), "La incidencia de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal en el ámbito de las relaciones laborales", Relaciones Laborales, II
- Tullini, P. (2009), "Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore", Riv. It. di Dir. del Lavoro, nº 3.