

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LA UNIÓN EUROPEA: SOBRE EL PAPEL CUASICONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA*

José MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES**

SUMARIO: I. *Aspectos generales: el papel fundamental del Tribunal de Justicia dentro de una organización internacional (muy) sui generis.* II. *La jurisprudencia del TJUE en materia de derechos fundamentales: fundamento de una juridificación a través de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.* III. *Los derechos sociales de la Carta: la necesidad de una concreción material por parte del TJUE.* IV. *La tradicional jurisprudencia del TJUE en materia de derechos sociales: la vis expansiva del mercado interior y del principio de no discriminación.* V. *Análisis de la jurisprudencia más reciente: reconocimiento expreso de los derechos sociales como derechos fundamentales.* VI. *Consideraciones finales: la no aplicación uniforme de los derechos sociales de la UE como peaje por el carácter vinculante de la Carta.*

I. ASPECTOS GENERALES: EL PAPEL FUNDAMENTAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DENTRO DE UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL (MUY) SUI GENERIS

Durante la década de los cincuenta del siglo pasado se inició en Europa un ambicioso proceso de progresiva integración económica y política que ha desembocado en la actual Unión Europea. Así, desde el punto de partida marcado por los originarios tratados de París (1951) y Roma (1957) hasta el presente jurídico establecido por el Tratado de Lisboa, este proceso de inte-

* Siglas empleadas en este trabajo: CEDH (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales); CCDSFT (Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores); CSE (Carta Social Europea); DO (*Diario Oficial de la Unión Europea*); Rec. (Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea); TFUE (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea); TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos); TJUE (Tribunal de Justicia de la Unión Europea); TUE (Tratado de la Unión Europea); UE (Unión Europea).

** Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Salamanca.

gración ha atravesado por sucesivas etapas (Acta Única Europea, Tratado de Maastricht, Tratado de Ámsterdam, Tratado de Niza...) cuyo común denominador ha sido siempre de doble naturaleza: por un lado, un perfeccionamiento institucional basado en la búsqueda de una mayor democracia interna y, por otro, un paulatino incremento de las competencias que los Estados miembros han ido atribuyendo a la UE.¹ La Unión ha alcanzado, de esta forma, una peculiar naturaleza jurídico-política sin parangón en el mapa de los sujetos de derecho internacional. Pero, pese a todo, la UE sigue manteniendo su carácter de organización internacional, tanto desde el punto de vista netamente jurídico como desde una perspectiva política. Desde la primera de las perspectivas porque su norma constitutiva conserva la naturaleza básica de tratado internacional (artículo 1o., TUE), cuya entrada en vigor y reforma requieren la ratificación por *todos* los Estados miembros conforme a sus normas constitucionales internas (artículo 54, TUE).² Y desde la segunda porque los Estados miembros siguen conservando su condición de “dueños y señores” de esos tratados (*die Herren der Verträge*) y, en modo alguno, puede hablarse de un poder constituyente europeo.³

Ahora bien, parece igualmente evidente que el proceso de integración europea está revestido de tal grado de peculiaridades que, como mínimo, nos exigirán hablar de un carácter *sui generis* de esa organización internacional; muy *sui generis*, en realidad. Existen, en efecto, múltiples elementos de la

¹ Sobre estos dos elementos como constantes vectores básicos del proceso de integración europea sigue siendo muy útil la lectura del trabajo de Mangas Martín, A., “La dinámica de las revisiones de los tratados y los déficits estructurales de la Unión Europea: reflexiones generales críticas”, en Pérez González, M. *et al.* (coord.), *Hacia un nuevo orden internacional y europeo: estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 1055-1066.

² De hecho, incluso la malograda *Constitución europea* seguía manteniendo, pese a su engañosa denominación y peculiar proceso de elaboración a través de una *Convención*, su naturaleza jurídica de tratado internacional. Su nombre formal era el de “*Tratado por el que establecía una Constitución para Europa*”, su entrada en vigor seguía manteniendo el requisito de las ratificaciones (artículo IV-447) y la Declaración en la que se preveía una cierta posibilidad de entrada en vigor a pesar de que algún Estado no depositara el instrumento de ratificación (Declaración núm. 30) estaba redactada en términos ciertamente ambiguos (“el Consejo Europeo examinará la cuestión”) y, en todo caso, desde una perspectiva netamente jurídica parecía claro que el instrumento de la declaración no podía en modo alguno modificar las previsiones recogidas en el texto del tratado o sus protocolos (artículo IV-442).

³ Cuestión bien diferente es, por supuesto, consensuar en la doctrina una categorización conceptual adecuada para definir esta peculiar naturaleza jurídico-política de la Unión. No es momento de adentrarnos en la frondosa senda abierta a propósito de si la Unión es un *Staatenverbund*, un *Staatenbund* o cualquiera de las denominaciones a las que tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional de los Estados miembros han ido recurriendo con mayor o menor exuberancia para tratar de explicar las peculiaridades de la Unión.

Unión que revisten una naturaleza que *lato sensu* podríamos calificar como constitucionales. La Unión goza, sin duda, de una *legitimidad democrática* completamente desconocida en el mundo de las organizaciones internacionales.⁴ Existen igualmente elementos que nos podrían permitir hablar también de una cierta *legitimidad jurídica* derivada de la existencia de una *comunidad de derecho* fundamentada en valores superiores como los de “respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías” (artículo 2o., TUE)⁵. Es más, como ya hemos tratado de mostrar en trabajos anteriores, en nuestra opinión incluso concurren en la Unión un buen elenco de peculiaridades cuya explicación y adecuada comprensión exigirían recurrir a paradigmas ligados al *método federal*.⁶

⁴ Desde un punto de vista *formal* deriva de la existencia de un Parlamento Europeo elegido por sufragio universal directo, libre y secreto (artículo 14.3, TUE). Y desde un punto de vista *material* ese Parlamento está igualmente revestido —por mucho que aún se quieran ver elementos de déficit democrático en la indudable ausencia de una opinión pública europea o de la falta de partidos políticos que superen la dimensión meramente nacional— de las competencias propias de cualquier parlamento democrático: controla políticamente a la Comisión, colegisla junto a la institución que representa los intereses de los Estados miembros —el Consejo— y también participa con éste en la elaboración del presupuesto.

⁵ No en vano el TJUE ha considerado los tratados constitutivos como la “Carta constitucional” de la Unión. En concreto, ha considerado a esos tratados constitutivos como la “la carta constitucional de una comunidad de derecho” que es la Unión: dictamen 1/91, del 14 de diciembre de 1991 (*Rec.*, p. 6079).

⁶ Su sistema institucional está basado en un equilibrio entre fuerzas centrífugas y fuerzas centrípetas que confluyen en un complejo entramado institucional en el que las funciones legislativa (compartida entre Consejo y Parlamento Europeo), ejecutiva (asumidas por el Consejo, la Comisión y sobre todo los Estados miembros) y judicial (marcada por la estrecha colaboración entre los jueces nacionales y el Tribunal de Justicia) son ejercidas de una manera entrelazada —o en red— que en cierta forma queda emparentada con los modelos de cuño federal (bicameralismo entre Parlamento Europeo y Consejo, Comisión como guardiana del Derecho de la Unión y un tribunal que resuelve en última instancia los conflictos que puedan surgir). También se detectan elementos de inspiración federal tanto en su sistema jurídico, con principios básicos como el de la cooperación leal o *Bundestreue* (artículo 4.3, TUE) o el de la primacía del Derecho de la Unión (Declaración núm. 17 relativa a la primacía), como en su sistema competencial, en el que difícilmente podrá argumentarse en contra de la inspiración federal de principios como el de subsidiariedad (artículo 5.3, TUE), la *preemption* (artículo 2.2, TFUE) o incluso la propia división entre competencias exclusivas y compartidas (artículos 2o. a 6o., TFUE). A mayor abundamiento, la propia existencia de una moneda única para diecisiete de los veintisiete Estados miembros de la Unión es una fuerza aglutinadora que se torna en buen aval para alejar la naturaleza de la Unión de la clásica consideración como organización internacional. Estas cuestiones las hemos tratado *in extenso* en nuestro libro *Federación supranacional: ¿un nuevo modelo para la Unión Europea?*, Consejo Vasco del Movimiento Federal Europeo, Vitoria, 2003. Véase igualmente von Bogdandy, A., *Suprana-*

No es de extrañar, por tanto, que en este peculiar contexto jurídico-político exista dentro de la Unión un Tribunal de Justicia que, lejos del paradigma clásico de los tribunales internacionales, asuma funciones emparentadas con el modelo constitucional (artículo 19, TUE y artículos 251 a 281, TFUE). Goza, así, de amplias competencias para el control de legalidad de los actos de Derecho derivado de la Unión y las ejerce tanto a través de los recursos de anulación (artículo 263, TFUE) y omisión (artículo 265, TFUE) como de la cuestión prejudicial de validez (artículo 267, TFUE). Tiene atribuidas igualmente competencias para asegurar el cumplimiento del Derecho de la Unión por parte de los Estados miembros con la posibilidad incluso de imponer sanciones de carácter pecuniario a los Estados infractores de sus sentencias (artículo 260, TFUE). Dispone también de mecanismos de colaboración con los jueces nacionales para lograr una interpretación y aplicación uniformes del derecho de la Unión a través de la cuestión prejudicial de interpretación (artículo 267, TFUE). E incluso tiene potestad para realizar un control previo de constitucionalidad comunitaria de los acuerdos internacionales que celebre la Unión con Estados terceros o con otras organizaciones internacionales al estilo del que pueda existir en las Constituciones nacionales española o francesa (artículo 300.11, TFUE).

Por tanto, sin entrar ahora en mayores detalles, bien podría decirse que se trata de una jurisdicción que, más que de carácter internacional (normalmente basada en el carácter de jurisdicción voluntaria y de acceso normalmente cerrado para los particulares) se encontraría a caballo entre la *judicial review* y un *Verfassungsgericht*. En este contexto, por lo que aquí más nos interesa, los particulares no sólo gozan de legitimación activa propia en determinados recursos directos (artículos 263, 265, 268, 270 y 275, TFUE) —e indirecta en la vía prejudicial (artículo 267, TFUE)—, sino que se les ha reconocido por ejemplo la posibilidad de reclamar daños y perjuicios frente al Estado que no haya transpuesto adecuadamente una directiva de la que se derive un derecho concreto;⁷ por no hacer mención a su conocida jurisprudencia en relación con principios que, como la primacía o la eficacia directa, resultan básicos para articular una relación entre el ordenamiento de la Unión y los ordenamientos internos de los Estados miembros en aras de asegurar la correcta y puntual aplicación del primero.⁸

tionaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaft — Zur Gestalt der EU nach Amsterdam, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999.

⁷ Véase, por ejemplo, la conocida Sentencia del 19 de noviembre de 1991, *Francovich y Bonifaci* (C-6/90 y 9/90, *Rec.*, p. I-5357).

⁸ En este sentido es ya un tópico recordar la jurisprudencia marcada por las tres sentencias sobre las que se apuntalan las relaciones entre el ordenamiento jurídico de la Unión y

A partir de esta posición, el Tribunal de Justicia ha desplegado una intensa actividad en la construcción de un *ius commune* europeo en el que la protección de los derechos fundamentales, incluidos los de naturaleza social, ha jugado un papel de primer orden.

II. LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES: FUNDAMENTO DE UNA *JURIDIFICACIÓN* A TRAVÉS DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UE

1. *La inicial jurisprudencia del TJUE en materia de derechos fundamentales: superación de la ausencia de un catálogo de derechos de la UE*

En este sentido, parece poco controvertido afirmar que en la construcción de este *ius commune* europeo la protección efectiva de los derechos fundamentales constituye, junto a la concreción de las modalidades del ejercicio del poder dentro del espacio público europeo, uno de sus elementos nucleares.⁹ En realidad, la protección de los derechos fundamentales es, desde hace ya tiempo, un principio constitucional de la Unión.¹⁰ Así, como es ya bien conocido, la jurisprudencia del TJUE en materia de derechos fundamentales ha representado un pilar fundamental para lograr superar en el ámbito de la UE el inicial silencio de los tratados constitutivos en esta materia. De esta forma, en réplica al reto que plantearon los tribunales constitucionales nacionales —en especial el alemán con su conocida sentencia *Solange I*,¹¹

los ordenamientos de los Estados miembros basadas en la autonomía, primacía y efecto directo del aquél: sentencia del 15 de julio de 1964, *Costa c. ENEL*, (6/64, *Rec.*, p. 1141); sentencia del 5 de febrero de 1963, *van Gend en Loos* (26/62, *Rec.*, p. 1); sentencia del 9 de marzo de 1978 *Simmenthal* (106/77, *Rec.*, p. 629).

⁹ Entre la amplia bibliografía existente al respecto, puede verse por todos la reciente e interesante aportación de Burgorgue-Larsen, L., “La formación de un derecho constitucional europeo a través el diálogo judicial”, en Ugartemendía, J. I. y Jáuregui Berenciartu, G. (coords.), *Derecho Constitucional europeo — Actas del VII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 41-76.

¹⁰ Véase, por todos, Lenaerts, K., “Le respect des droits fondamentaux en tant que principe constitutionnel de l’Union européenne”, en varios autores, *Mélanges Michel Waëlbroeck*, Bruylant, Bruselas, 1999, pp. 423-457.

¹¹ En concreto, el Tribunal Constitucional alemán se declaró competente para conocer de la conformidad de un Reglamento comunitario con la Constitución alemana, pese a que el TJUE ya había declarado que el Reglamento era conforme con el derecho comunitario y pese a que resultaba claramente incompatible con los más elementales principios del derecho comunitario. Así, en la conocida fórmula *Solange I* estableció que “en tanto y cuanto el proceso de integración de la Comunidad no se haya desarrollado hasta tal grado que el derecho comunitario europeo también contenga un catálogo de derechos fundamentales, aprobado

pero también el italiano¹²—, el Tribunal de Justicia a través de la sentencia recaída en el asunto *Stauder* comenzó por reconocerse competente para proteger los derechos fundamentales de la persona. Y lo hizo con la interesante argumentación de que, pese al silencio de los tratados constitutivos, los derechos fundamentales de la persona forman parte de los “principios generales del derecho comunitario”.¹³ Tras esa primera fase, el Tribunal concretó un año más tarde esta afirmación genérica en el asunto *Internationale Handelsgesellschaft*, situando la inspiración de esos principios generales en las “tradiciones constitucionales comunes” de los Estados miembros.¹⁴ Finalmente, en el capital asunto *Nold* el TJUE cerró el círculo interpretativo de su competencia para garantizar en el ámbito comunitario la protección de los derechos humanos incluyendo también los tratados internacionales de protección de los derechos fundamentales.¹⁵ Así, el CEDH ha sido, sin duda, el instrumento jurídico internacional más empleado como referencia, pero también se han utilizado en algunas ocasiones el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos,¹⁶ el Convenio 111 de la OIT,¹⁷ la Carta Social Europea,¹⁸ etcétera.

Sobre esta base, el TJUE fue tejiendo una tupida red de derechos fundamentales a partir de la que, “paso a paso”, se fueron incorporando al ámbito comunitario derechos básicos como el principio de tratamiento igual,¹⁹ el derecho a tutela judicial efectiva²⁰ —incluyendo como concreción del mis-

por un Parlamento y en plena vigencia, el cual sea equiparable al contenido en la Ley Fundamental de Bonn”, el Tribunal Constitucional Federal alemán será competente para conocer de un recurso de esas características, si el Tribunal considera que el precepto comunitario colisiona con un derecho fundamental previsto en la Ley Fundamental de Bonn; BVerfGE 37, 271 (285).

¹² Sentencia del 27 de diciembre de 1973; publicada en *Rivista Diritto Europeo* 1974, pp. 13-17.

¹³ Sentencia del 11 de noviembre de 1969, *Stauder*, (26/69, *Rec.*, p. 419).

¹⁴ Sentencia del 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, (11/70, *Rec.*, p. 1125).

¹⁵ Para ser precisos, el TJUE consideró que “los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos, en los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido, pueden facilitar, asimismo, indicaciones que es preciso tener en cuenta en el marco del Derecho Comunitario” a la hora de concretar los derechos humanos; Sentencia del 14.5.1974, *Nold*, (4/73, *Rec.*, p. 491).

¹⁶ Sentencia del 18 de octubre de 1989 *Orkem c. Comisión* (374/87, *Rec.* p. 3283), apdo. 31; Sentencia del 18 de octubre de 1990 *Dzodzi* (C-297/88 y C-197/89, *Rec.*, p. I- 3800), apdo. 68; Sentencia del 17 de febrero 1998, *Grant* (C-249/96, *cit.*), apdos. 43 a 47.

¹⁷ Sentencia del 15 de junio 1978, *Defrenne c. Sabena* (149/77, *Rec.*, p. 1365), apdo 28.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ Sentencia del 19 de octubre de 1977, *Ruckdeschel c. Hauptzollamt Hamburg* (117/76 y 16/77, *Rec.*, p. 1753), apdo 7.

²⁰ Sentencia del 15 de mayo de 1986, *Johnston* (222/84, *Rec.*, p. 1651), apdo. 18; Sentencia del 22 de septiembre 1998, *Coote* (C-185/97, *Rec.*, p. I- 5199), apdos. 20 a 22.

mo el derecho a ser oído,²¹ el derecho a no declarar contra sí mismo,²² el derecho de defensa²³ o el derecho a un recurso de naturaleza jurisdiccional—,²⁴ el principio de irretroactividad de las disposiciones penales (artículo 7o., CEDH),²⁵ el respeto a la vida privada²⁶ y familiar²⁷ (artículo 8o., CEDH) —con todas sus ramificaciones y manifestaciones (confidencialidad médica,²⁸ inviolabilidad del domicilio²⁹ y de la correspondencia,³⁰ etcétera)—, la libertad religiosa (artículo 9o., CEDH),³¹ la libertad de expresión (artículo 10, CEDH)³² el derecho de asociación (artículo 11 CEDH), —particularmente sindical—,³³ el derecho de propiedad (artículo 1 del protocolo primero al CEDH),³⁴ la libertad de empresa y profesión,³⁵ la libertad de residencia (artículo 2o. del protocolo cuarto al CEDH)³⁶ y un largo etcétera. De esta forma, se fue conformado de manera muy eficaz todo un cuerpo de derechos fundamentales que limitaban la acción de la Unión y establecían un estándar de protección perfectamente equiparable con el fijado por el TEDH o por los tribunales constitucionales nacionales en el ámbito interno. Se adaptaba, así, a las peculiaridades comunitarias y además preservaba la

²¹ Sentencia del 5 de mayo de 1980, *Josette Pecasting* (98/79, *Rec.*, p. 691), apdos. 21 y 22.

²² Sentencia del 18 de octubre de 1989, *Orkem c. Comisión* (374/87, *cit.*), apdos. 18, 30 y 31; véase igualmente Sentencia del 18 de octubre de 1990, *Dzodi* (C-297/88 y C-197/89, *cit.*), apdo. 68.

²³ Sentencia del 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche c. Comisión* (85/76, *Rec.*, p. 461), apdo. 9.

²⁴ Sentencia del 15 de mayo de 1986, *Johnston* (222/84, *Rec.*, p. 1651), apdo. 19.

²⁵ Sentencia del 12 de diciembre de 1997, *Procedimiento penal contra X* (C-74/95 y C-129/95, *Rec.*, p. I- 6609), apdo. 25.

²⁶ Sentencia del 8 de noviembre de 1983, *Comisión c. Reino Unido* (165/82, *Rec.*, p. 3431), apdo. 13.

²⁷ Sentencia del 18 de mayo de 1989, *Comisión c. Alemania* (249/86, *Rec.*, p. 1263), apdo. 10.

²⁸ Sentencia del 8 de abril de 1992 *Comisión c. Alemania* (C-62/90, *Rec.*, p. I- 2575), apdo. 23.

²⁹ Sentencia del 21 de septiembre de 1989 *Hoechst c. Comisión* (46/87 y 227/88, *cit.*), apdo. 18.

³⁰ Sentencia del 26 de junio de 1980, *National Panasonic* (136/79, *Rec.*, p. 2033).

³¹ Sentencia del 27 de octubre de 1976, *Prais c. Consejo* (130/75, *Rec.*, p. 1589), apdos. 6-18.

³² De las abundantes sentencias que lo recogen puede entresacarse, entre las más recientes, la del 5 de octubre de 1994, *TV 10* (C-23/93, *Rec.*, p. I- 4795), apdos. 23 a 25; Sentencia del 26 de junio 1997, *Familienpress* (C-368/95, *Rec.*, p. I- 3689), apdo. 18 y 25 y ss.

³³ Sentencia del 15 de diciembre de 1995, *Bosman* (C-415/93, *Rec.*, p. I- 4921), apdo. 79.

³⁴ Sentencia del 13 de diciembre de 1979, *Hauer* (44/79, *cit.*), apartados 17-30. Aunque sin referencia explícita al protocolo, *vid.* Sentencia del 5 de octubre de 1994 *Alemania c. Consejo* (C-280/93, *Rec.*, p. I- 4973), apdos. 77-80.

³⁵ Sentencia del 27 de septiembre 1979, *Eridania* (230/78, *Rec.*, p. 2749), apdos. 20-22. Este derecho ha sido considerado frecuentemente de manera conjunta al de propiedad; por ejemplo en Sentencia del 13 de diciembre de 1979, *Hauer*, (44/79, *cit.*).

³⁶ Sentencia del 28 de octubre de 1975, *Rutili* (36/75, *Rec.*, p. 1219), apdo. 32.

autonomía del Derecho de la Unión; de manera clara frente a los ordenamientos internos, pero, como por cierto muestra con toda crudeza la conocida sentencia recaída en el asunto *Kadi*,³⁷ también frente al derecho internacional general.³⁸

2. *La Carta de derechos fundamentales de la UE: la consecución de un catálogo propio de derechos en la Unión*

Ahora bien, esta modalidad de protección de los derechos fundamentales planteaba no pocos problemas. El primero de ellos era obviamente la ausencia de un catálogo de derechos y, en consecuencia, una cierta inseguridad jurídica derivada de la dificultad para precisar los derechos concretos a proteger en la UE. Un segundo problema nada desdeñable era la dificultad para establecer en cada caso concreto el estándar de protección de los derechos humanos en la UE ya que un mismo derecho puede tener un diferente nivel de protección según lo aplique el TEDH o el TJUE;³⁹ incluso podía darse también el caso de un derecho común a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros con una dispar protección constitucional según cada ordenamiento nacional, resultando difícilmente asumible decantarse siempre por el estándar más alto de protección.⁴⁰ Y un tercer problema era

³⁷ Sentencia del 3 de septiembre de 2008, *Kadi y Al Barakaat c. Consejo y Comisión* (C-402/05P y C-415/05P, *Rec.*, p. I-6351).

³⁸ Esta cuestión, en la que el Tribunal de Justicia llegó a anular un reglamento comunitario que implementaba una Resolución del Consejo de Seguridad de la ONU en materia de terrorismo por violar derechos fundamentales, la hemos tratado ya de forma extensa en nuestro anterior trabajo “Unidad y pluralismo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea — Hacia un refuerzo de la autonomía del derecho de la Unión Europea frente al Derecho Internacional”, en Rodrigo Hernández, A. y García, C. (coords.), *Unidad y pluralismo en el derecho internacional público y en la comunidad internacional — Coloquio en homenaje al profesor Oriol Casanovas*, Madrid, Tecnos, 2011, pp. 254-286.

³⁹ Por poner un simple ejemplo, en relación a la libertad de expresión reconocida en el artículo 10 CEDH el Tribunal de Justicia consideró en el asunto *ERT* que la existencia de un monopolio de televisión en un Estado miembro no viola tal libertad; Sentencia del 10 de junio de 1991, *ERT* (C-260/89, *Rec.*, p. I-2925). Sin embargo, el TEDH en el asunto *Lentia* establecía justo lo contrario; Sentencia del 24 de noviembre de 1993, *Informationsverein Lentia et al. c. Austria*. Tal fue también el caso de la dispar interpretación del alcance del derecho a la inviolabilidad del domicilio (artículo 8o., CEDH). El TJUE consideró inicialmente que no se extendía a las instalaciones empresariales, Sentencia del 21 de septiembre de 1989, *Hoehchst c. Comisión* (46/87 y 227/88, *cit.*), apartados 17 y 18. Por su parte, el TEDH ha entendido lo contrario y sí extiende también el ámbito de aplicación de ese derecho a los domicilios de las empresas; Sentencia del 16 de diciembre de 1992, *Niemietz c. Alemania*.

⁴⁰ Obviamente podría pensarse en mantener una posición maximalista que defendiese un estándar alto de protección. Sin embargo, la práctica ha demostrado que esta postura,

que esta ausencia de un catálogo propio de derechos humanos también era susceptible de provocar ciertas controversias o “roces” entre el TJUE y el TEDH;⁴¹ el asunto *Matthews*⁴² fue buen ejemplo de ello, si bien es verdad que en cierta forma la jurisprudencia *Bosphorus* logró reconducir notablemente este problema al establecer la presunción de que la protección de los derechos fundamentales que presta el TJUE es “equivalente” al del CEDH y, por tanto, no resulta necesario un control detallado por parte del TEDH.⁴³

De ahí que, para superar estas deficiencias se elaborase en el año 2000 una Carta de Derechos Fundamentales⁴⁴ que encarnó una fase intermedia en el camino hacia la plena *positivización* de esa jurisprudencia en un catálogo

aunque loable desde un punto de vista teórico, en la práctica resulta políticamente controvertida (especialmente en el ámbito de los derechos sociales) e incluso susceptible de crear en algún caso muy particular distorsiones en el mercado único. Sirvan como muestra dos ejemplos. Si en el asunto *Hauer* se hubiera aceptado el nivel alemán (alto) de protección del derecho de propiedad o en el asunto *Grogan* el (igualmente alto) nivel irlandés de protección de los derechos del concebido y no nacido, aparte de imponer al resto de Estados una filosofía de los derechos fundamentales muy peculiar y propia de los respectivos Estados, se estaría dañando incluso la unidad sustancial y la eficacia del propio Derecho Comunitario. Ello conduciría inevitablemente a la destrucción de la unidad del mercado común poniendo en peligro además la propia existencia de la Unión, sea la política agrícola común, la libertad de prestación de servicios o cualquier otra; Sentencia del 13 de diciembre de 1979, *Hauer* (44/79, *cit.*), apartado 14; Sentencia del 4 de octubre de 1991, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland c. Grogan* (C-159/90, *Rec.*, p. I- 4685). En definitiva, en la práctica, el principal elemento de anclaje para resolver este tipo de conflictos es el etéreo y frecuentemente inaprensible, pero siempre útil, principio del interés general.

⁴¹ Véase, por ejemplo, Douglis-Scott, S., “A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis”, *Common Market Law Review* 2006, pp. 629-665.

⁴² Sentencia del 18 de febrero de 1999, *Matthews c. Reino Unido*. El Acta para la introducción de elecciones por sufragio universal directo (anexo II) preveía la no participación en las elecciones al Parlamento Europeo de las personas residentes en Gibraltar, lo que el TEDH declaró contrario al artículo 3 del primer protocolo adicional. Nótese, pues, que se pone en cuestión el propio Derecho originario, por lo que esta decisión iba mucho más allá en sus consecuencias que la recaída en 1990 en el asunto *Melchers* en el que la Comisión Europea de Derechos Humanos hacía responsables a los Estados miembros (ante el CEDH) por actos de las Comunidades Europeas que fueran directamente aplicables en su territorio o que requiriesen su transposición.

⁴³ Sentencia del 30 de junio de 2005, *Bosphorus c. Irlanda*. En este caso se trataba de la confiscación —con base en un Reglamento de la Unión Europea que implementaba las sanciones establecidas por Naciones Unidas contra la antigua Yugoslavia— por parte de las autoridades irlandesas de una aeronave que había sido alquilada por una empresa turca a las líneas aéreas de Yugoslavia. La empresa afectada alegaba una violación del derecho de propiedad por parte de Irlanda.

⁴⁴ Esta Carta se proclamó solemnemente el 7 de diciembre de 2000 y se publicó oficialmente en el *DO C* 364 del 18 de diciembre de 2000.

go propio de derechos para la UE.⁴⁵ Y fue tan sólo una fase intermedia porque no estaba revestida de carácter jurídicamente vinculante. A partir de ahí, una vez que fracasó el intento del malogrado Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa de incorporar el texto de la Carta a su parte II, ha sido finalmente el Tratado de Lisboa el que ha logrado, tras su entrada en vigor el pasado 1o. de diciembre de 2009,⁴⁶ la inclusión en el derecho de la Unión de un catálogo propio de derechos fundamentales. Así, sobre la base de la amplia e intensa jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de derechos fundamentales y el respeto íntegro al contenido de la versión anterior de la Carta, el Tratado de Lisboa ha traído consigo una *juridificación* de estos derechos a través de la incorporación por referencia de esta Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En efecto, se prevé expresamente que la Carta “tendrá el mismo valor jurídico que los tratados” (artículo 6.1, TUE). Eso sí, el Tratado mantiene con carácter complementario que “los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del derecho de la Unión como principios generales” (artículo 6.3, TUE). Y además establece a mayor abundamiento una adhesión de la Unión al CEDH (artículo 6.2, TUE) que precisamente se está negociando en estos momentos y que, como muestra el valioso Informe Jáuregui del Parlamento Europeo,⁴⁷ no está exenta de problemas jurídicos de gran enjundia.⁴⁸

⁴⁵ A propósito de las dudas que planteaba la Carta en relación al estándar de protección que había fijado el TJUE puede verse, por todos, von Bogdandy, A., “The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union”, *Common Market Law Review* 2000, pp. 1307-1338, en particular pp. 1320-1321.

⁴⁶ En general, para un estudio sobre las novedades básicas del Tratado de Lisboa nos remitimos a la obra colectiva Martín y Pérez De Nanclares, J. (coord.), *El Tratado de Lisboa — Salida a la crisis constitucional de la Unión Europea*, Madrid, Iustel, 2008.

⁴⁷ *Informe sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales*, A7-0144/2010 del 6 de mayo de 2010. El Tribunal de Justicia, por su parte, también ha dejado constancia de su posición en relación con las diversas opciones que se pueden manejar para solventar los problemas técnicos existentes para preservar su monopolio en la interpretación del Derecho de la Unión que el enciende el artículo 19.1, TUE; *Documento de reflexión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre determinados aspectos de la adhesión de la UE al CEDH*, Luxemburgo, 5 de mayo de 2010.

⁴⁸ Cuestiones como la interpretación de la exigencia de agotamiento previa de la vía judicial de la Unión, la adhesión a los protocolos anexos del CEDH (especialmente los protocolos 1, 4, 6, 7, 12 y 13) o la eventual participación de la Unión en determinados órganos del Consejo de Europa (Consejo de Ministros cuando ejerce sus funciones de órgano de control

Así las cosas, por lo que a este trabajo respecta, en materia de derechos sociales convivirán lógicamente la codificación que la Carta ha hecho de los derechos fundamentales con la jurisprudencia que el TJUE ha ido construyendo pacientemente durante décadas con base en su ya aludida consideración de los mismos bien como principios generales comunes a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros o bien como derechos derivados de instrumentos internacionales en la materia, sea el CEDH o sea en el caso que nos ocupa otros instrumentos internacionales como los existentes *v. gr.* en el marco de la OIT.⁴⁹

III. LOS DERECHOS SOCIALES DE LA CARTA: LA NECESIDAD DE UNA CONCRECIÓN MATERIAL POR PARTE DEL TJUE

En este sentido, no cabe duda que una de las aportaciones más notables de la Carta es su título IV, específicamente dedicado bajo el epígrafe de *Solidaridad* a los derechos sociales (artículos 27 a 38). Se recoge de esta forma un ambicioso elenco de derechos que, a diferencia de lo que ocurre con los otros derechos de la Carta consagrados a la dignidad de la persona (título I), a las libertades básicas (título II) o a los derivados del principio básico de igualdad (título III), no se corresponden con derechos también recogidos en el CEDH; y por tanto no resulta de aplicación la relevante previsión del artículo 52.3 de la Carta en el sentido de que en la medida en que los derechos de la Carta coincidan con los recogidos en el CEDH “su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio”, sin perjuicio, eso sí, de que el derecho de la Unión pueda concederle “una protección más extensa”.

de la ejecución de las resoluciones del TEDH o nombramiento de representantes por el PE para participar en la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa cuando elija jueces para el TEDH) son buen botón de muestra de estos problemas. Sobre estas cuestiones puede verse, por todos, Pastor Ridruejo, J. A., “Sobre la adhesión de la Unión Europea a la Convención de Roma”, *Cuadernos Europeos de Deusto* 2010, núm. 43, pp. 43-51.

⁴⁹ Picard, L., “The Role of the International Labour Organization in Implementing Social Rights”, en Aliprantis, N. y Papageorgiou, I. (coords.), *Social Rights at European, Regional and International Level — Challenges for the 21st Century*, Bruselas, Bruylant, 2010, pp. 147-160; Rodgers, G. *et al.*, *La Organización Internacional del Trabajo y la lucha por la justicia social 1919-2009*, Oficina Internacional de la OIT, Ginebra, 2009. En relación con la situación jurídica en que se engendraron las iniciales relaciones jurídicas entre la OIT y la entonces Comunidad Económica Europea, sigue siendo útil el trabajo de Maupain, F., “Les relations de l’OIT et la CEE”, *Revue Générale de Droit International Public*, núm. 1, 1990, pp. 49-90.

Estos derechos sociales encuentran vinculación y origen, más bien, en la Carta Social Europea⁵⁰ y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores,⁵¹ amén de que la formulación de la mayoría de ellos pueda estar también inspirada en la ya mencionada acción de la propia OIT. Es el caso de derechos sociales típicos de la Carta como los relativos a la información y consulta de los trabajadores en la empresa (artículo 27),⁵² el derecho de negociación y acción colectiva (artículo 28),⁵³ el derecho de acceso a los servicios de colocación (artículo 29),⁵⁴ el derecho a protección en caso de despido injustificado (artículo 30),⁵⁵ el derecho a unas condiciones de trabajo justas (artículo 31),⁵⁶ la prohibición del trabajo infan-

⁵⁰ Este instrumento internacional fue adoptado en Turín en 1961 en el marco del Consejo de Europa y revisado en 1996. Sin embargo, a diferencia del CEDH, esta Carta carece de mecanismos de reclamación individual y control judicial. Su intención era, eso sí, completar la falta de regulación de derechos sociales en el CEDH. El sistema de control se basa en la presentación de informes nacionales sobre su cumplimiento, amén de que las instituciones de control puedan también realizar observaciones y recomendaciones. A mayor abundamiento, su control se ha visto reforzado a través de un Protocolo Adicional mediante la instauración de un sistema de reclamaciones colectivas. Véase, por todos, Belorgey, J. M., “La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales”, *Revista de Derecho Político*, núm. 70, 2007, pp. 349-377; Freixes, T., “La justiciabilidad de la Carta Social Europea”, en Jimena Quesada, L. (coord.), *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004, pp. 115 y ss.; Jimena Quesada, L., *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales. Sistema de reclamaciones colectivas, 1998-2005*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007.

⁵¹ Se trata de una mera Declaración que adoptaron los jefes de Estado o gobierno de la Unión el 9 de diciembre de 1989 en Estrasburgo. Obviamente, no es jurídicamente vinculante y tanto su garantía como su aplicación “competen a los Estados miembros de conformidad con sus respectivas prácticas nacionales, en particular mediante su legislación y convenios colectivos” (apdo. 27).

⁵² Véase los artículos 21 y 29 CSE y el apdo. 17, CCDSFT.

⁵³ Véase el artículo 6o., CSE y el apdo. 12, CCDSFT.

⁵⁴ Véase el artículo 1.3, CSE. Existen, en efecto, cuatro convenios de la OIT sobre los servicios de empleo. El primero de ellos es el Convenio núm. 34 sobre las agencias retribuidas de colocación de 1933, si bien su objetivo era únicamente el de la progresiva supresión de las agencias de colocación con fines lucrativos y la fijación de mecanismos de supervisión de los precios fijados por éstas y será posteriormente sustituido. Más relevantes son los Convenios núm. 88, de 1948 sobre el servicio de empleo y los núms. 96, de 1949, y 181, de 1997, sobre las agencias de colocación a cambio de una retribución (que sustituyen al citado Convenio núm. 34).

⁵⁵ Véase el artículo 24, CSE. *Cfr.* los Convenios núms. 158 y 173.

⁵⁶ Véase los artículos 2o., 3 y 26 CSE. Entre los muchos convenios de la OIT existentes en esta materia puede resaltarse los núm. 170, de 1990 (sobre productos químicos) y el 171, de 1990 (sobre trabajo nocturno). *Cfr.* los convenios núm. 138, de 1973 (sobre la edad mínima) y 182, de 1999 (sobre las peores formas de trabajo infantil). Se garantiza también de for-

til (artículo 32)⁵⁷, el derecho a una protección de la vida familiar y profesional (artículo 33),⁵⁸ el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y ayuda social (artículo 34)⁵⁹ o la protección de la salud (artículo 35).⁶⁰

Sin embargo, la Carta incluye, por añadidura, otros tres derechos sociales más peculiares. Se trata del derecho de acceso a los servicios de interés económico general (artículo 36), así como de los derechos a una protección del medio ambiente (artículo 37) y la exigencia de protección de los consumidores (artículo 38). El primero de ellos es un derecho que, hasta donde sabemos, no tiene parangón en ningún otro instrumento internacional de protección de los derechos humanos. Es, más bien, una cuestión de genuino cuño comunitario y cuyo precedente directo se encuentra en las disposiciones de los tratados constitutivos que regulaban el deber de las instituciones de la Unión y de los Estados miembros de velar que sus políticas garanticen que los servicios de interés económico general cumplan su cometido (antiguo artículo 16, TCE, actual artículo 14, TFUE). Por otro lado, en el caso del medio ambiente y la protección de los consumidores, los derechos recogidos en la Carta coinciden con la existencia de sendas atribuciones de competencia en los tratados constitutivos para que las instituciones de la Unión puedan adoptar medidas en estas materias. Son, en realidad, competencias de la Unión de naturaleza compartida con los Estados (artículo 4.2, apdos. e y f, TFUE) cuya intensa intervención comunitaria, especialmente en el caso del medio ambiente, permiten en realidad hablar de verdaderas *políticas* de la Unión en esas materias.⁶¹

ma clara en la propia Declaración Universal de Derechos Humanos de 1949 (artículos 23 y 24) y en el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (artículo 7o.).

⁵⁷ Véase el artículo 7o., CSE. Son abundantes los convenios OIT en esta materia, pudiéndose destacar os núm. 156, de 1981 (trabajadores con responsabilidades familiares), 183, de 2000 (sobre la protección de la maternidad).

⁵⁸ Véase los artículos 8o., 16 y 27 CSE respecto a la protección de la vida familiar dedicados respectivamente a la protección de la maternidad de las mujeres trabajadoras, la protección de la familia y el derecho a determinadas medidas para garantizar la igualdad de los trabajadores con responsabilidad familiar.

⁵⁹ Véase los artículos 12, 13 y 14, CSE. Aparte del conocido Convenio 102, de 1952 (sobre la seguridad social), existen también un buen elenco de convenios que desarrollan aspectos particulares como la seguridad social de la gente del mar (Convenios núm. 70 y 71, de 1946), prestaciones en supuestos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (Convenio núm. 121, de 1964), invalidez (Convenio núm. 128, de 1967) o asistencia médica (Convenio núm. 130, 1969).

⁶⁰ Véase el artículo 11, CSE.

⁶¹ La protección del medio ambiente no constituye en sentido estricto un derecho subjetivo, sino un principio inspirador de la acción que emprenda la Unión en esta materia a partir de su consideración como una competencia compartida (artículo 4.2 e, TFUE) con am-

Ahora bien, en cualquier caso, esta sistematización de los derechos sociales en la Carta no conlleva una pérdida de relevancia de la jurisprudencia del TJUE. Antes al contrario, como consecuencia del carácter jurídicamente vinculante de los mismos y de su falta de correspondencia con derechos regulados en el CEDH e interpretados por el TEDH, dentro de la UE seguirá correspondiendo al Tribunal de Justicia la tarea de concretar su contenido material preciso. Tarea ésta, por cierto, nada sencilla dada la peculiar naturaleza de estos derechos y la formulación muy indeterminada que concede la Carta a algunos de ellos. Máxime cuando en esta materia más que en ninguna otra resulta complejo diferenciar en alguna ocasiones entre derechos y principios.⁶² En realidad, más allá de su enunciación, la Carta de derechos fundamentales ha cambiado muy poco en el estudio de estos derechos ya que sigue plenamente vigente la ineludible necesidad de seguir recurriendo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para determinar el concreto alcance material de los mismos. Además, más que en ningún otro ámbito de los derechos fundamentales, viene a colación la vieja consideración de que su definición y alcance varían notablemente según la opción ideológica, política y económica de cada sociedad.⁶³

plios poderes de actuación (artículos 191 a 193, TFUE). Este principio reúne además en sí mismo la doble condición de incluirse tanto en la Carta (artículo 37) como entre las disposiciones de carácter general del Tratado (artículo 3.3, TUE y artículo 11, TFUE). Marca además una simple norma de mínimos por lo que en todo caso, como es habitual en las normas de armonización, cabe la imposición de normas más protectoras por los Estados miembros. Véase, al respecto, Herrero de la Fuente, A., “El derecho de protección del medio ambiente y el artículo 37 de la Carta de Derechos Fundamentales”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 10, 2007, pp. 71-100; Navas Castillo, F., “La protección del medio ambiente”, en Álvarez Conde, E. y Garrido Mayol, V. (coords.), *Comentarios a la Constitución europea. Los derechos y libertades*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004, vol. 2, pp. 1354-1384.

Algo semejante ocurre con la protección de los consumidores cuyo contenido en la Carta (artículo 38) convive con su consideración como una disposición de carácter general (artículo 12, TFUE) y con la existencia de una competencia compartida (artículo 4.2 f, TFUE) para que la Unión actúe en esta materia (artículo 169, TFUE). Una buena panorámica de la acción de la Unión en esta materia de protección de consumidores se sigue encontrando en el trabajo de Esteban de la Rosa, F., *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Granada, Comares, 2003.

⁶² Recuérdese que el artículo 52.5 de la Carta prevé que “las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas”. De parecido modo también el preámbulo y el artículo 51.1 de la Carta hace referencia a la convivencia dentro de la Carta de derechos y principios.

⁶³ Véase Weiler, J. H. H., “Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: On the Conflict of Standards and Values in the Protection of Human Rights in the European Legal

IV. LA TRADICIONAL JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN MATERIA DE DERECHOS SOCIALES: LA *VIS EXPANSIVA* DEL MERCADO INTERIOR Y DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

1. *La permanente tensión entre mercado interior y derechos sociales: un equilibrio inestable no exento de controversia*

En efecto, a lo largo del proceso de integración europea el Tribunal de Justicia ha ido elaborando una interesante jurisprudencia en materia de derechos sociales. Ciertamente, no se podrá afirmar que estos derechos sociales fueran el detonante inicial de la exigencia comunitaria de protección de los derechos fundamentales que hemos visto en anteriores apartados.⁶⁴ Tampoco será fácil sostener que la jurisprudencia en materia social conforme el nudo gordiano de la actuación del TJUE en materia de derechos fundamentales. Existe, empero, un importante cuerpo jurisprudencial cuyo tratamiento resulta ya insoslayable en cualquier concreción que se desee hacer a propósito del alcance material de los derechos sociales recogidos en la Carta. En verdad, como viene ocurriendo también en otras jurisprudencias internacionales de referencia,⁶⁵ la protección de los derechos sociales va adquiriendo dentro de la Unión carta de naturaleza propia.⁶⁶

Space”, en *id.*, *The Constitution of Europe. “Do the New Clotes have an Emperor?” and Other Essays on European Integration*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 102-129, especialmente p. 102.

⁶⁴ Véase *supra*, II.

⁶⁵ No cabe duda que, como se muestra en otras contribuciones de esta misma obra, la Corte Interamericana viene desplegando una jurisprudencia en materia de derechos sociales digna de reconocimiento y atento seguimiento desde el continente europeo. En este mismo sentido, resulta de enorme interés jurídico la evolución que en la Corte Interamericana está teniendo el “control difuso de convencionalidad”. El reciente asunto *Cabrera García y M. Flores c. México* (26 de noviembre de 2010) es buen ejemplo de la contribución de este tribunal en la creación de un *ius commune* en materia de derechos fundamentales dentro del continente americano. El voto particular de Eduardo Ferrer Mac-Gregor resulta particularmente ilustrativo para acercarse a la importante interacción entre la Corte Interamericana y los tribunales nacionales en materia de derechos fundamentales.

⁶⁶ Quizá, como se ha afirmado recientemente en la introducción a una importante obra colectiva dedicada a la protección de los derechos sociales en el ámbito supranacional, “it is high time to admit another self-evident fact that ensues from the previous one: as long as organized societies do not guarantee social rights, they have no claim to be called civilized, no matter the qualification and the title they use to identify themselves”; Aliprantis, N., “Social rights beyond the national level — Findings and Challenges”, en *id.* y Papageorgou, I. (eds.), *Social Rights at European, Regional and International Level — Challenges for the 21st Century*, Bruselas, Bruylant, 2010, pp. 3-12, en p. 5.

Ahora bien, como también es usual en otras jurisprudencias, la garantía práctica de estos derechos sociales choca aún con no pocos obstáculos. Para empezar, buena parte de esos derechos precisan de una intervención previa de las instituciones de la Unión para perfilar el contenido esencial de la posición jurídica de los particulares. Ya hemos mencionado el caso de derechos como el de protección del medio ambiente o de protección del consumidor en los que confluyen en su seno la consideración intrínseca como derecho social y la correlativa atribución de competencia a la Unión para desarrollar una *política* propia en esas materias. Pero además los tratados constitutivos prevén también atribuciones de competencia *ad hoc* para adoptar medidas de política social en sentido propio (artículos 151 a 161, TFUE)⁶⁷.

Por tanto, a la hora de encarar cualquier sistematización de los derechos sociales en el marco de la UE son muy variados los posibles enfoques que se podrían dar a esta jurisprudencia. El primero y más evidente podría ser el de su estudio material a partir de la sistematización que la Carta ha hecho de esos derechos sociales, y ciertamente ha sido el más seguido por la doctrina.⁶⁸ Ahora bien, visto con una perspectiva más ajustada a las peculiaridades del proceso de integración europea, bien podría pensarse que esa variada jurisprudencia del Tribunal de Justicia se funda sobre todo en una evidente *vis expansiva* de las normas que conforman el mercado interior. No en vano han sido las libertades fundamentales que configuran ese mercado interior —muy en especial las libertades de circulación de trabajadores (artículos 45 a 48, TFUE) y de prestación de servicios (artículos 56 a 62, TFUE)— las que inicialmente sirvieron de motor de la acción jurisprudencial en materia social.

En realidad, como ha sido puesto de manifiesto de manera convincente por la doctrina más solvente, en esta materia nos movemos siempre en un “equilibre inaisible” entre las libertades económicas derivadas del mercado

⁶⁷ Se trata de una competencia de la Unión de carácter compartido (artículo 4.1.b, TFUE), pero en la que el núcleo fundamental de las acciones sigue en manos de los Estados y en la que buena parte del alcance de las acciones correspondientes a la Unión se limitan a apoyar y complementar la acción de esos Estados (artículo 153.1, TFUE). Tales acciones se concretan en mejorar el entorno de trabajo para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores, las condiciones de trabajo, la seguridad social, la protección en caso de despido, la representación y la defensa colectiva, la lucha contra la exclusión social la integración de las personas excluidas, etcétera.

⁶⁸ Para un acercamiento a la cuestión desde esta perspectiva resulta imprescindible el valioso comentario a la Carta que de estos derechos hace Manuel López Escudero en la obra dirigida por Mangas Martín, A. (dir.), *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea — Comentario artículo por artículo*, Madrid, Fundación BBVA, 2008, pp. 473-642.

interior y los derechos sociales propiamente dichos.⁶⁹ Para no pocos autores en esta permanente tensión entre el *polo económico*, marcado por las libertades de circulación del mercado interior, y el *polo social*, conformado por los referidos derechos sociales, el fiel de la balanza se ha inclinado indefectiblemente hacia el platillo de las libertades económicas.⁷⁰ No creemos, sin embargo, que esta afirmación pueda sostenerse sin mayor matización.

De entrada, difícilmente podrá discutirse que en un primer momento las libertades de circulación sirvieron precisamente para todo lo contrario. Fueron el motor para el surgimiento por vía jurisprudencial de determinados derechos sociales no previstos expresamente en los tratados constitutivos. Así, por ejemplo, en el marco de la libertad de circulación de trabajadores, el esencial principio de no discriminación por razón de la nacionalidad (artículo 45.2, TFUE) tuvo notables consecuencias expansivas en el marco de los derechos sociales de los nacionales de Estados miembros que se desplazaban —solos o con sus familiares— a otro Estado miembro para desempeñar una actividad por cuenta ajena. Así, por ejemplo, en el temprano asunto *Ugliola*, uno de los primeros casos en esta materia, se planteó la posibilidad de suspender un contrato de trabajo por permiso militar a un italiano que residía en Alemania.⁷¹ A partir de ahí en otros muchos asuntos posteriores fueron afloraron cuestiones como la extensión a los trabajadores migrantes y sus familias de todas las ventajas sociales existentes en el país de acogida para sus nacionales (tales como bonificaciones de las tarifas de transporte para familias numerosas, ayudas al estudio para los hijos, etcétera),⁷² así como se regularon también aspectos tan relevantes como la seguri-

⁶⁹ A este respecto sigue siendo muy esclarecedora la contribución de Poiars Maduro, M., “L’équilibre inaisissable entre la liberté économique et les droits sociaux dans l’Union Européenne”, en Alston, P. (ed.), *L’Union Européenne et les droits de l’homme*, Bruselas, Bruylant, 2001, pp. 465-489; Skouris, V., “Fundamental Rights and Fundamental Freedoms”, *European Business Law Review* 2006, pp. 225-239; *id.*, “Das Verhältnis von Grundfreiheiten und Grundrechten im europäischen Gemeinschaftsrecht”, *Die öffentliche Verwaltung* 2006, pp. 89-97.

⁷⁰ En este sentido, para algunos autores, “el difícil y siempre inestable equilibrio entre libertades económicas y derechos sociales parece que está siendo sustituido por un claro desequilibrio en favor de las primeras”; Larrazabal Basañez, S., “La constitución económica de la Unión europea y el difícil equilibrio entre las libertades económicas y los derechos sociales”, *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, núm. 44, 2010, pp. 221-250, en p. 244.

⁷¹ Sentencia del 15 de octubre de 1969, *Ugliola* (15/69, *Rec.*, p. 363).

⁷² A título de ejemplo, puede verse Sentencia del 3 de julio de 1974, *Casagrande* (9/74, *Rec.*, p. 773); Sentencia del 30 de septiembre de 1975, *Cristini* (32/75, *Rec.*, p. 1085).

dad social de los trabajadores migrantes.⁷³ Y esta jurisprudencia ha llegado hasta nuestros días, afectando no sólo a la libertad de circulación de trabajadores. Sin duda, asuntos como *Cinéthèque*⁷⁴ o *ERT*⁷⁵ son buenos ejemplos para constatar esa misma tendencia en relación con las libertades de circulación de mercancías (cintas de películas) y servicios (programas de televisión).

Por otro lado, antes de concluir este apartado, debería tenerse además presente que lo establecido por el Tribunal de Justicia a propósito de una supuesta prevalencia del mercado interior frente a la política social de la Unión no es en modo alguno trasladable a otras políticas de la Unión ya que los objetivos de política social no ceden cuanto entran en colisión con otras políticas (económicas) de la Unión. Así, por ejemplo, en el importante asunto *Albany* el Tribunal de Justicia dejó establecido que los objetivos de política social perseguidos por los convenios colectivos —esto es, los acuerdos celebrados por los agentes sociales en el seno de la negociación colectiva para alcanzar los objetivos de política social protegidos por los tratados constitutivos— no ceden frente a las normas de los tratados en materia de Derecho de la competencia (antiguo artículo 81.1, TCE, actual artículo 101.1, TFUE) ya que, en caso contrario, esos objetivos sociales “quedarían gravemente comprometidos”.⁷⁶

2. *Los principios de no discriminación por razón del sexo o de la edad: un papel protagonista en la construcción jurisprudencial de los derechos sociales*

Otra línea jurisprudencial muy sobresaliente en materia social fue la surgida al arropo de la tajante prohibición de discriminación por razón del sexo en la remuneración, que se recogía en los tratados constitutivos desde su redacción originaria (antiguos artículos 117, TCEE, 141, TCE, actualmente

⁷³ Estas cuestiones se regularon en el conocido Reglamento 1408/71CEE, del Consejo de 14 de junio de 1978, DO L 149 de 5.7.1971 (modificado posteriormente en numerosas ocasiones). Entre otras cosas, permitía por ejemplo garantizar a estos trabajadores y a sus derechohabientes la acumulación de todos los periodos de cotización a los efectos de la prestación con independencia de los Estados en que se hubiera hecho o el pago de las prestaciones en el territorio de la Unión.

⁷⁴ Sentencia del 11 de julio de 1985, *Cinéthèque* (60 y 61/84, *Rec.*, p. 2605).

⁷⁵ Sentencia del 18 de junio de 1991, *ERT* (C-260/89, *cit.*).

⁷⁶ Sentencia del 21 de septiembre de 1999, *Albany* (C-67/96, *Rec.*, p. I-5751), apartados. 59 y 60.

artículo 157, TFUE)⁷⁷ y que con frecuencia ha sido visto en la doctrina como una suerte de “puente” entre los derechos civiles y los derechos sociales. Así, desde época bien temprana, este principio ha tenido un espaldarazo jurisprudencial que ha resultado modélico tanto para la Unión como también para los Estados. A este respecto, resulta referencia obligada el asunto *Defrenne*, en el que se declaró incompatible con el derecho comunitario la legislación belga que permitía que una azafata de la línea aérea *Sabena* se viera obligada a jubilarse a una edad más temprana que sus colegas masculinos.⁷⁸ A partir de ahí, el TJUE ha tenido que ir resolviendo múltiples cuestiones relativas, por ejemplo, a permisos de maternidad que han afectado a aspectos tan particulares como el cómputo del tiempo del permiso,⁷⁹ su coincidencia con las vacaciones⁸⁰ o las consecuencias de la falta de su cómputo en ascensos profesionales.⁸¹ Igualmente, el despido de la mujer por motivo del embarazo constituye una flagrante discriminación por razón del sexo, además de una violación de la Directiva que prohíbe el despido de las trabajadoras “durante el periodo comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final de permiso de maternidad (...) salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales”,⁸² y de hecho ha provocado una amplia jurisprudencia comunitaria⁸³.

Entre otras cosas, también se han planteado derechos conexos como la prohibición de discriminación por razón de la edad, resultando a estos efec-

⁷⁷ En virtud de esta importante previsión de los tratados constitutivos, cada Estado miembro tiene encomendada la obligación de garantizar “la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor” (artículo 157.1, TFUE). En la actualidad, se atribuye además competencia a la Unión para adoptar “medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor” (artículo 157. 3, TFUE).

⁷⁸ Sentencia del 8 de abril de 1976 *Defrenne*, (43/75, *Rec.*, p. 455). Existe, con todo, un verdadero cuerpo jurisprudencial sobre este principio que, desde la sentencia citada, no sólo se consideró fundamento de la Unión sino que se le dotó de eficacia directa.

⁷⁹ Sentencia del 30 de marzo de 2004, *Alabaster* (C-147/02, *Rec.*, p. I-3101).

⁸⁰ Sentencia del 18 de marzo de 2004, *Merino Gómez* (C-342/01 *Rec.*, p. I-2605).

⁸¹ Sentencia del 18 de noviembre de 2004, *Ursula Sass* (C-284/02, *Rec.*, p. I-11143).

⁸² Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, sobre medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, *DO L 348* de 28.11.1992, p. 1 (artículo 10).

⁸³ Véase, por ejemplo, Sentencia del 14 de julio de 1994, *Webb* (C-32/93, *Rec.*, p. I-3567).

tos paradigmática la polémica sentencia recaída en el asunto *Mangold*.⁸⁴ El detonante de la misma fue la celebración de un contrato de trabajo de carácter temporal de duración determinada por el Sr. Mangold (de 56 años de edad) celebrado al amparo de una normativa alemana de fomento de la contratación de mayores de 52 años que permitía este tipo de contratos (la *Beschäftigungsförderungsgesetz*). El recurrente del procedimiento nacional consideró que esa disposición era contraria a la Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de tratado en el empleo y la ocupación por violación del principio de no discriminación por razón de la edad.⁸⁵ El Tribunal de Justicia declaró, al margen de otras consideraciones complementarias de carácter secundario que también afectaban al caso en relación a la transposición, que esa normativa nacional alemana era incompatible con el derecho de la Unión.⁸⁶

V. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA MÁS RECIENTE: EL RECONOCIMIENTO EXPRESO DE LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS FUNDAMENTALES

1. *La nueva aproximación jurisprudencial a la tensión entre mercado interior y derechos sociales: hacia una cierta contención de la vis expansiva del mercado interior*

Ahora bien, a la hora de sistematizar la jurisprudencia del TJUE a propósito de la tensión entre derechos sociales y mercado interior se puede constatar un cierto cambio de tendencia. Como ya hemos señalado, los derechos fundamentales han servido tradicionalmente para consolidar las libertades fundamentales que conforman el mercado interior.⁸⁷ De esta forma, los derechos fundamentales actuaban inicialmente como una suerte de mecanismo alegado por los particulares con el objetivo de garantizar la co-

⁸⁴ Sentencia del 22 de noviembre de 2005, *Werner Mangold y Rüdiger Helm* (C-144/04, *Rec.*, p. I-9981). Esta sentencia resultó, por cierto, particularmente polémica en Alemania y condujo incluso a un pronunciamiento de su Tribunal Constitucional Federal en el que se le solicitaba que, en desarrollo de su anterior Sentencia del 9 de junio de 2009 a propósito del Tratado de Lisboa, realizara un control *ultra vires* del acto de la Unión en cuestión al que finalmente no accedió; decisión de 6 de julio de 2010, BVerfG 2 BvR 2661/06.

⁸⁵ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; *DO L* 303 del 2 de diciembre de 2000, p. 16.

⁸⁶ Sentencia del 22 de noviembre de 2005, *Werner Mangold y Rüdiger Helm* (C-144/04, *cit.*), apdo. 76.

⁸⁷ Véase *supra*, IV, 1.

recta aplicación de las libertades económicas concernidas. En la actualidad, sin embargo, la relación entre libertades económicas del mercado interior y derechos sociales ha dejado de ser tan armónica y tan proclive para justificar una evidente *vis expansiva* de las primeras. Y los derechos sociales empiezan, así, a ser alegados no para consolidar sino más bien para restringir esas libertades económicas.

Esta tendencia se comenzó a vislumbrar tenuemente en asuntos como *Comisión c. Francia*⁸⁸ o *Schmidberger*⁸⁹ y afloró con contundencia cuando más recientemente se han alegado derechos sociales que afectan a las libertades de prestación de servicios (antiguo artículo 49, TCE, actual artículo 56, TFUE) o de establecimiento (antiguo artículo 43, TCE, actual artículo 49, TFUE) y que, por referirse al núcleo duro del desplazamiento de trabajadores de un Estado miembro para realizar una prestación de servicios en otro Estado miembro, son de particular relevancia para este trabajo. Es, por ejemplo, el caso de los importantes asuntos *Viking Line*⁹⁰ y *Laval un Partneri*.⁹¹ En el primero de ellos, nos vemos confrontados con una huelga organizada por el sindicato finlandés de marinos para impedir que una empresa de transporte por mar que cubría la ruta entre Tallín y Helsinki trasladara su sede empresarial desde Finlandia a Estonia para poder competir con los salarios más bajos existentes en este último Estado; el sindicato hacía, pues, uso de una medida de conflicto colectivo contra una empresa privada con la finalidad de que ésta celebrase un convenio colectivo que *de facto* suponía

⁸⁸ Sentencia del 9 de diciembre de 1997, *Comisión c. Francia* (C-265/95, *Rec.*, p. I-6959), especialmente apdo. 30. Este asunto resultó, por cierto, de gran relevancia para España ya que el caso derivaba de las acciones violentas ejercidas por piquetes de agricultores franceses contra los camiones que transportaban fresas de origen español con destino a los mercados centroeuropeos. Un interés complementario de la sentencia radica en el que Francia fue condenada por omisión; por no impedir que las manifestaciones o protesta de los agricultores desembocaran en acciones violentas que encarnaban una clara restricción a la libertad de circulación de mercancías.

⁸⁹ Sentencia del 12 de junio de 2003, *Schmidberger* (C-112/00, *Rec.*, p. I-5659), en especial apdos. 57 y 62. En este asunto se alegaba por una asociación el derecho a manifestarse a través de una concentración en la que se cortara el tráfico por la autopista austríaca de Brenner durante casi 30 horas. El TJUE falló, con todo, a favor de su incompatibilidad con las exigencias derivadas de la libertad de circulación de mercancías.

Esa sentencia se pronunció de forma paralela a la consideración hecha en el asunto *Omega* de que la dignidad humana alegada por Alemania para restringir la libre circulación de un juego electrónico violento procedente de otro Estado miembro constituía un derecho fundamental que justificaba la restricción a la libertad de circulación de mercancías demandada por Alemania; Sentencia del 14 de octubre de 2004, *Omega* (C-36/02, *Rec.*, p. I-9609).

⁹⁰ Sentencia del 11 de diciembre de 2007, *International Transport Worker's Federation c. Viking Line* (C-438/05, *Rec.*, p. I-10779).

⁹¹ Sentencia del 18 de diciembre de 2007, *Laval un Partneri* (C-341/05, *Rec.*, p. I-11767).

“incitarle” a no ejercer su libertad de establecimiento en otro Estado miembro de la Unión. Y en el segundo de los casos, cuya sentencia se dictó apenas una semana después de la anterior, se plantea si la adopción en Suecia de medias de conflicto colectivo (básicamente un bloqueo de una obra que impedía la entrada de mercancías y de trabajadores), que eran legales en ese país, a una empresa letona que traslada desde Letonia a sus trabajadores para construir una escuela eran compatibles con las normas de mercado interior; en concreto, el sindicato sueco exigía que la empresa letona se adhiriese al convenio colectivo de la construcción existente en Suecia (con exigencias notablemente superiores a las existentes en Letonia), mientras que aquélla consideraba ilegal el bloqueo por considerar que violaba las normas comunitarias sobre libre prestación de servicios y de la Directiva que regula el desplazamiento de trabajadores hecho en el marco de una prestación de servicios.⁹²

Prima facie, las sentencias del TJUE conducen en ambos casos a una consideración favorable a las libertades de prestación de servicios y establecimiento en aparente detrimento de los derechos sociales en juego. En la primera de ellas, el TJUE ciertamente empieza por reafirmar su doctrina de que las normas sobre libertades fundamentales, en este caso la libertad de establecimiento, sí “pueden conferir derechos a una empresa privada que ésta puede oponer a un sindicato”.⁹³ Sin embargo, subraya a renglón seguido que una medida de conflicto colectivo efectivamente sí puede entrañar una restricción legítima a esa libertad de establecimiento “si está justificada por razones imperiosas de interés general” —como podría ser la protección de los trabajadores— y si cumple con las exigencias del principio de proporcionalidad.⁹⁴ De modo muy parecido, en la sentencia *Laval* el Tribunal de

⁹² Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios; DO L 18 de 21 de enero de 1997, p. 1.

⁹³ Apdo. 66. *Cfr.* Engle, E., “A Viking We Will Go! Neo-Corporatism and Social Europe”, *German Law Journal*, núm. 6, 2010, pp. 633-652.

⁹⁴ En concreto, la sentencia establece que “estas restricciones pueden estar justificadas, en principio, por la protección de una razón imperiosa de interés general, como la protección de los trabajadores, siempre que se compruebe que son adecuadas para garantizar la realización del objetivo legítimo perseguido y no van más allá de lo necesario para lograr ese objetivo”; apdo. 90.

No obstante, el Tribunal de Justicia deja en manos del juez nacional que planteó la cuestión prejudicial la apreciación de si se cumple el requisito de la proporcionalidad, si bien le conduce a examinar si el sindicato convocante de la huelga no disponía de otros medios que resultasen menos restrictivos para la libertad de establecimiento y si, caso de tenerlos, los había agotado *antes* de recurrir a esta medida más drástica (apdo. 87). Igualmente, en relación

Justicia consideró que las medidas de conflicto colectivo son sin duda un derecho fundamental que como tal forma parte de los principios generales del derecho de la Unión, si bien su ejercicio puede someterse a determinadas restricciones⁹⁵ y en ningún caso está excluido del ámbito de aplicación de las libertades del mercado interior.⁹⁶

Estas sentencias desencadenaron un aluvión de críticas que básicamente veían en ellas un vaciamiento del contenido de los derechos sociales y una preeminencia de las disposiciones económicas del mercado interior que en la práctica conllevaba un cierto *dumping social*.⁹⁷ Ahora bien, al margen de las cuestiones puntuales propias del caso, quizá se pasa con frecuencia por alto que el Tribunal de Justicia dejó patente con toda rotundidad varias afirmaciones en respaldo de los derechos sociales en juego. De entrada, reconoce de forma clara que “el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en el Estado de acogida frente a una eventual práctica de *dumping social* puede constituir una razón imperiosa de interés general” susceptible de justificar “una restricción a una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado”, en este caso a la libertad de prestación de servicios.⁹⁸ A renglón seguido establece, a mayor abundamiento, que

puesto que la Comunidad [actualmente Unión] tiene no sólo una finalidad económica sino también social, deben sopesarse los derechos derivados de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, en relación con los objetivos perseguidos por la política social, entre los que figuran, en particular, como se indica en el artículo

a la consideración de la huelga como un objetivo amparado por el derecho de la Unión para proteger a los trabajadores, el Tribunal de Justicia indica al juez nacional remitente de la cuestión prejudicial que la medida de la huelga no quedaría cubierta por ese objetivo de la protección de los trabajadores si se constatase que los empleos o las condiciones de trabajo no estaban seriamente amenazados (apdo. 81).

⁹⁵ Sentencia del 18 de diciembre de 2007, *Laval un Partneri* (C-341/05, *cit.*), apdo. 91.

⁹⁶ La resolución del caso se reconduce, pues, a dilucidar si la restricción a la libertad de prestación de servicios alegada por la empresa letona puede estar justificada por motivos de interés general y si, en tal caso, cumple el exigible principio de proporcionalidad. El Alto Tribunal de la Unión concluyó que el citado bloqueo no era compatible con el derecho de la Unión e iba más allá de lo permitido por la Directiva (apdos. 108 a 111).

⁹⁷ Véase, por ejemplo, el comentario de Tomás de la Quadra-Salcedo, Janini, “TJCE. Sentencia del 18.12.2007, *Laval*, C-341/05. Libre prestación de servicios. Desplazamiento de trabajadores. La supuesta legalización del *dumping social* en el interior de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 31, 2008, pp. 835-848; Guamán Hernández, A., “La sumisión del derecho de huelga a la libertad de establecimiento comunitaria: el caso *Viking Line*. Comentario a la Sentencia del 11 de diciembre de 2007, *Viking Line*, C.438/05”, *Aranzadi Social* 2007 2007, núm. 5, pp. 1326-1337.

⁹⁸ Sentencia del 18 de diciembre de 2007, *Laval un Partneri* (C-341/05, *cit.*), apdo. 103.

136 CE [actualmente artículo 151 TFUE], la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada y el diálogo social.⁹⁹

Incluso acepta, por último, que “un bloqueo iniciado por una organización sindical del Estado miembro de acogida que tiene por objeto garantizar, a los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios transnacional, las condiciones de trabajo y empleo fijadas en un determinado nivel está comprendido dentro del objetivo básico de protección de los trabajadores”.¹⁰⁰ En el caso en cuestión resulta, empero, contrario al derecho de la Unión porque esa materia está ya armonizada a través de la Directiva ya citada e impone al empresario un núcleo mínimo de derechos frente a los que el Estado de acogida no puede ir más allá.¹⁰¹

Parecidas argumentaciones en relación a esta misma directiva se encuentran también en los posteriores asuntos *Rüffert*¹⁰² y *Comisión contra Luxemburgo*¹⁰³, en los que también se dilucidaba el alcance de la norma europea de armonización. En el primero se retomó la jurisprudencia *Laval* y el Tribunal de Justicia declaró contrario a la libertad de prestación de servicios la imposición en Alemania de exigencias de salarios mínimos a una empresa polaca, subcontratada por una empresa alemana para la ejecución de un contrato de construcción de una cárcel; y lo hizo porque también iban “más allá de las disposiciones imperativas de protección mínima” marcadas por la directiva¹⁰⁴. Y en el segundo caso el Alto Tribunal de la Unión condena a Luxemburgo, en el marco de un recurso por incumplimiento, por inadecuada transposición de la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

2. *El reconocimiento expreso de los derechos sociales como derechos fundamentales: afirmación muy relevante para la correcta interpretación de la Carta*

Así las cosas, en nuestra opinión, no nos encontramos tanto ante una preeminencia de las libertades económicas frente a los derechos sociales, sino más bien ante una aplicación al caso concreto de normas comunitarias básicas en materias ya armonizadas por directivas y respecto a las que, co-

⁹⁹ Apdo. 105.

¹⁰⁰ Apdo. 107.

¹⁰¹ Apdos. 108-111.

¹⁰² Sentencia del 3 de abril de 2008, *Rüffert* (C-346/06, *Rec.*, p. I-1989).

¹⁰³ Sentencia del 19 de junio de 2008, *Comisión c. Luxemburgo* (C-319/06, *Rec.*, p. I-4323).

¹⁰⁴ Apdos. 33 y 34.

mo es usual, las normas más estrictas que puedan adoptar los Estados miembros en su transposición al ordenamiento jurídico nacional tan sólo son aplicables a las empresas establecidas en ese Estado; y en modo alguno a las prestaciones transfronterizas procedentes de otros Estados miembros. Ciertamente toda armonización conlleva en la práctica una cierta rebaja en el estándar de protección que pudiera existir en los Estados con una normativa más estricta (en los casos tratados, Suecia, Finlandia, Alemania o Luxemburgo); esto ocurre en materia social, pero también en medio ambiente, protección de los consumidores y, en realidad, en prácticamente todas en las que interviene la Unión mediante directivas. Es, guste o no, la esencia misma del método comunitario de integración; con el mercado interior a la cabeza, por supuesto. Con todo, conlleva a la postre la garantía de un nivel medio que en la práctica exige una elevación para los Estados con un estándar más bajo (en los casos aludidos, Letonia, Estonia o Polonia, pero en la práctica otros muchos).

Algunos pueden ver en esto una tendencia a “primar de manera excesiva las libertades económicas por encima de los derechos sociales” que rompe el equilibrio entre estas libertades y los derechos sociales, a la par que engendra un peligro “para la consolidación de una auténtica Europa social”.¹⁰⁵ E incluso, como ya hemos visto, una legalización del *dumping social*. De hecho, no será difícil su utilización política para buscar en los Estados miembros con un umbral alto de protección de los derechos sociales un desapego respecto al proceso de integración europea. No obstante, tomando prestadas las relevantes palabras del abogado general Paolo Mengozzi en el ya citado asunto *Laval un Parneri*, a nuestro entender el aspecto fundamental de esta jurisprudencia es la consideración de que “el derecho a la acción colectiva para la defensa de los intereses de los miembros de un sindicato constituye un derecho fundamental”.¹⁰⁶ Reconoce, al fin y al cabo, la naturaleza de *derecho fundamental* que durante tanto tiempo ha perseguido la doctrina poder predicar de los derechos sociales. Esta consideración se ha acogido también por el TJUE en el más reciente asunto *Comisión c. Alemania* en el que se condena a este Estado por violar las normas sobre prestación de servicios al ad-

¹⁰⁵ En este sentido, por ejemplo, Larrazábal Basáñez, S., *loc. cit.*, p. 244 *in fine*.

¹⁰⁶ Conclusiones generales del 23 de mayo de 2007, C-341/05, en apdo. 78. El abogado general añade que “no se trata, pues, únicamente de un ‘principio general del Derecho del Trabajo’, como ya había admitido el Tribunal de Justicia en una jurisprudencia relativamente antigua referente al contencioso de la función pública comunitaria, sino un principio general de Derecho Comunitario” y por tanto “ese derecho debe estar protegido en la Comunidad” (*ib.*). Sobre esta cuestión, pueden verse también las Conclusiones generales del abogado general Jacobs en el ya citado asunto *Albany* (C-67/96), en especial apdo. 159.

judicar directamente (sin haber convocado una licitación a escala europea) contratos de servicios de planes de pensiones de empleo de trabajadores de la administración pública local, estableciendo claramente “el carácter fundamental del derecho a la negociación colectiva”.¹⁰⁷

Ser derecho fundamental no significa, obviamente, que esté exento de límites; ni los derechos sociales ni ningún derecho. Y en la Unión algunos de esos límites derivan de las atribuciones de competencia previstas en los tratados constitutivos en materias básicas para el proceso de integración europea, por ejemplo en materia de mercado interior. Pero no debe olvidarse que, como hemos mostrado, la jurisprudencia citada en ocasiones reduce muy notablemente esos límites. A la vez, las atribuciones de competencia en materias como política social, política de medio ambiente o política de consumidores han servido precisamente para dotar a algunos de esos derechos sociales de un contenido preciso exigible judicialmente.

3. La interpretación jurisprudencial de los derechos sociales desarrollados por normas de derecho derivado: la concreción del contenido esencial de los derechos sociales a través de la acción de la Unión

En este sentido, frecuentemente, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se refiere a la interpretación de las normas de derecho derivado (fundamentalmente, como hemos visto, Directivas de armonización de las normas nacionales) que a lo largo del proceso de integración europea han ido concretando el contenido básico de algunos de estos derechos sociales. Ejemplos de ello pueden encontrarse en prácticamente todos los derechos recogidos en la Carta; incluso, y es donde mayor valor jurídico tendrá, en derechos que no habían sido considerados por el Tribunal de Justicia como principios generales del ordenamiento jurídico comunitario en supuestos en los que no resultasen de aplicación normas de derecho derivado. Es, verbi-gracia, el caso del derecho de participación representativa como parte fundamental del derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa (artículo 27, Carta). Fue desarrollado por la Directiva sobre comités de empresa en empresas de dimensión comunitaria¹⁰⁸ y consolidado por

¹⁰⁷ Sentencia del 15 de julio de 2010, *Comisión c. Alemania* (C-271/08, no publicada aún en la recopilación oficial), apdos. 41 y 43.

¹⁰⁸ Directiva 94/45/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 1994, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas de dimensión comunitaria y en los grupos de empresas de dimensión comunitaria, *DO L* 254 del 30 de septiembre de 1994, p. 64.

el Tribunal de Justicia a través de sentencias que garantizan un sistema eficaz de negociaciones entre la dirección de la empresa central y los representantes reales de los trabajadores.¹⁰⁹ También sería el caso de la abundante jurisprudencia existente a raíz de la aprobación de normas de armonización en materia de protección en caso de despido injustificado (artículo 30, Carta), sea para la protección ante los despidos colectivos¹¹⁰ o sea para la protección ante despidos en los que se viole el principio de no discriminación.¹¹¹

Incluso un caso parecido, aunque sea sin desarrollo normativo por normas de derecho derivado sería el caso del derecho a un servicio gratuito de colocación (artículo 29), cuyo tratamiento jurisprudencial se ha basado más en la compatibilidad de estos servicios de colocación con las normas de la Unión en materia de competencia que en su consideración como derecho.¹¹²

¹⁰⁹ Sentencia del 29 de marzo de 2001, *Bofrost* (C-62/69, *Rec.*, p. I-2579); especialmente apdo. 29; Sentencia del 13 de enero de 2004, *Kühne y Nagel* (C-440/00, *Rec.*, p. I-234), especialmente apdo. 40.

¹¹⁰ Existen tres relevantes directivas en esta materia. La principal de ellas es la relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de despidos colectivos; Directiva 98/59/CE del Consejo, del 20 de julio de 1998, *DO L* 225 del 12 de agosto de 1998, p. 16. Y ésta se ve acompañada por otras dos directivas que armonizan los derechos de los trabajadores en casos de traspasos de empresas, así como la protección de los trabajadores en casos de insolvencia empresarial; Directiva 2001/23/CE, del Consejo de 12 de marzo de 2001, *DO L* 82 del 22 de marzo de 2001, p. 16; Directiva 2002/74/CE del Consejo de 23 de septiembre de 2002, *DO L* 270 de 8 de octubre de 2002, p. 10. A partir de ellas el Tribunal de Justicia ha desplegado una amplísima jurisprudencia en la que buena parte de los esfuerzos interpretativos se ha centrado en aspectos técnicos exigidos para que puedan resultar de aplicación esas directivas. Véase, sin ningún ánimo exhaustivo, Sentencia del 20 de noviembre de 2003, *Abler* (C-340/01, *Rec.*, p. I-4023); sentencia del 15 de diciembre de 2005, *Güney Görres* (C-232 y 233/04, *Rec.*, p. I-5648).

¹¹¹ En esta materia son particularmente reseñables las dos directivas existentes para garantizar la correcta aplicación del principio de igualdad de trato con independencia de su origen racial o étnico, así como la relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo; Directiva 2000/43/CE del Consejo, del 29 de junio de 2000, *DO L* 180 del 19 de julio de 2000, p. 22; Directiva 2000/78/CE del Consejo, del 27 de noviembre de 2000, *DO L* 303 del 2 de diciembre de 2000, p. 16. Con base en esta normativa el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de desarrollar su ya citada jurisprudencia *Defrenne*, para garantizar el derecho a la no discriminación por razón del sexo, en una amplia gama de cuestiones que han alcanzado por ejemplo a los despidos por motivos de discapacidad; Sentencia del 11 de julio de 2006, *Chacón Navas* (C-13/05, *Rec.*, p. I-6467).

¹¹² Jurisprudencia de referencia en esta materia es la derivada de la duda a propósito de si los servicios públicos de empleo resultan en algunos Estados miembros compatibles con la prohibición del abuso de posición dominante en el mercado (antiguo artículo 82, TCE, ac-

Con todo, probablemente el ámbito que mayor atención jurisprudencial haya merecido sea la vasta normativa de la Unión existente para concretar el derecho básico a unas condiciones de trabajo justas y equitativas (artículo 31) en aspectos tan variados como salud y seguridad en el trabajo,¹¹³ acoso sexual en el trabajo¹¹⁴ o tiempo de trabajo,¹¹⁵ destacando quizá la consideración del derecho a unas vacaciones retribuidas¹¹⁶ o el límite de tiempo máximo de trabajo semanal en 48 horas¹¹⁷ como principios de derecho social comunitario de especial importancia respecto a los que no cabe establecer excepciones no previstas expresamente en las directivas existentes.

VI. CONSIDERACIONES FINALES: LA NO APLICACIÓN UNIFORME DE LOS DERECHOS SOCIALES DE LA UE COMO PEAJE POR EL CARÁCTER VINCULANTE DE LA CARTA

Antes de concluir, conviene dejar constancia expresa de que lamentablemente los derechos sociales que hemos venido tratando en páginas anteriores no serán de aplicación uniforme en toda la UE. Resulta realmente preocupante que para lograr dotar a la Carta de carácter jurídicamente vinculante hubiese que abonar el peaje de aceptar que estos derechos sociales no resultaran de aplicación en dos de los veintisiete Estados miembros. La Carta no se aplicará, en efecto, ni en el Reino Unido ni en Polonia porque así lo previó expresamente un Protocolo del Tratado de Lisboa.¹¹⁸ En este mismo sentido, como consecuencia de una posición que en la recta fi-

tual artículo 102, TFUE); Sentencia del 23 de abril de 1991, *Höffner y Elser* (C-41/90, *Rec.*, p. I-1979); Sentencia del 11 de diciembre de 1997, *Job Centre* (C-55/96, *Rec.*, p. I-7119).

¹¹³ Directiva 89/391/CEE del Consejo, del 12 de junio de 1989, *DO L* 183 del 29 de junio de 1989, p. 1. Esta directiva ha sido completada con un amplio elenco de normas que regulan aspectos particulares sobre riesgos específicos (químicos, biológicos, amianto...) y sectores concretos (obras de construcción, industrias extractivas, buques de pesca, atmósferas explosivas, etcétera).

¹¹⁴ Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, del 23 de septiembre de 2002, *DO L* 269 del 5 de octubre 2002, p. 15.

¹¹⁵ Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, del 4 de noviembre de 2003, *DO L* 299 de 18 de noviembre de 2003, p. 9.

¹¹⁶ Sentencia del 26 de junio de 2001, *BECTU* (C-173/99, *Rec.*, p. I-4881), en especial apdo. 43.

¹¹⁷ Sentencia del 5 de octubre de 2004, *Pfeiffer* (C-397 a 403/01, *Rec.*, p. I-8835), en especial apdo. 100.

¹¹⁸ La redacción del artículo 1o. del Protocolo núm. 30 no es especialmente diáfana. Sí deja, con todo claro, que “la Carta no amplía la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ni ningún órgano jurisdiccional de Polonia o del Reino Unido para apreciar

nal previa a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa se pareció bastante a un verdadero “chantaje”, los jefes de Estado acordaron en octubre de 2009 que en el futuro extenderán dicha excepción también a la República Checa.¹¹⁹ Se trata, en cualquier caso, de excepciones que son exponente diáfano de una “Europa a la carta”¹²⁰ en el meollo mismo del sistema jurídico de la Unión que, en nuestra opinión, ronda lo insultante.¹²¹ Y, por lo que específicamente afecta a los derechos sociales, se ha afirmado, desde una perspectiva teórica, que “los desencuentros conceptuales ocultan, si se llega al fondo de las cosas, diferencias culturales e imperativos económicos hartamente costosos de reconciliar”.¹²² Igualmente, desde la perspectiva jurídica, nos encontramos dentro de la Unión ante un ámbito particularmente delicado porque son derechos cuya articulación precisa frecuentemente un previo de-

que las disposiciones legales o reglamentarias o las disposiciones, prácticas o acciones administrativas de Polonia o el Reino Unido sean incompatibles con los derechos, libertades y principios fundamentales que reafirma”. A mayor abundamiento y para comprender que realmente son los derechos sociales de la Carta los que más preocupan a estos dos Estados, el Protocolo insiste en que “en particular, y a fin de no dejar lugar a dudas, nada de lo dispuesto en el título IV de la Carta crea derechos que se puedan defender ante los órganos jurisdiccionales de Polonia o del Reino Unido, salvo en la medida en que Polonia o el Reino Unido hayan contemplado dichos derechos en su legislación nacional”.

¹¹⁹ Conclusiones del Consejo Europeo de 29 y 30 de octubre de 2009.

¹²⁰ Para profundizar en los aspectos jurídicos de la incorporación por referencia y de estas excepciones es muy sugerente el trabajo de Antonio Fernández Tomás en el que desarrolla la tesis de que “la Carta será un auténtico tratado internacional, incorporado al derecho comunitario originario por vía de referencia” en el que “aunque formalmente no caben reservas en el derecho de la Unión, el protocolo sobre la aplicación de la Carta produce el mismo efecto que una reserva en el sentido material del término”; “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tras el Tratado de Niza. Limitaciones a su eficacia y alcance generadas por el Protocolo para la aplicación de la Carta al Reino Unido y Polonia”, en Martín y Pérez de Nanclares, J. (coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis...*, cit., pp. 119-157, especialmente pp. 123-149.

¹²¹ Como ya se ha dicho por Araceli Mangas Martín, “lo insultante de este segundo peaje no es la doble excepción, sino que el Reino Unido tras conseguir edulcorar el contenido del Tratado de Lisboa para todos, exigió a mayores la excepción sobre la Carta para su aplicación”, “Introducción. El compromiso con los derechos fundamentales”, en *id.*, (coord.), *Carta de los Derechos Fundamentales...*, cit. pp. 29-75, en p. 67.

¹²² Zorrilla Ruiz, M. M., “Fatigosa irrupción de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores en el espacio de la Unión Europea”, *Estudios de Deusto*, vol. 58, 2010, pp. 287-308, en p. 305. Para este autor, “se han discutido hasta la extenuación, sin cerrar acuerdos provechosos, las cuestiones polémicas que miran al concepto inequívoco de lo que significa la *integración europea*, a los *elementos* que preferiblemente han de elegirse para delimitarla con exactitud terminológica, a la concreción de los *intereses y bienes jurídicos* que subyacen a los enunciados ampulosos y vastos, y a las *estrategias* idóneas para liquidar los obstáculos y desavenencias”.

sarrollo normativo y, dada la concatenación con la actuación nacional, el concreto estándar de protección es dispar según cada Estado miembro¹²³.

No obstante, lo dicho no es óbice para considerar que la jurisprudencia desplegada por el Tribunal de Justicia en materia de derechos sociales a partir de las disposiciones de los Tratados, del derecho derivado o de los principios generales de la Unión deben resultar plenamente aplicables en Reino Unido, Polonia y República Checa. Lo contrario supondría una quiebra absoluta de las exigencias del mercado interior y de la homogeneidad del sistema. Y obviamente esta apreciación crítica no es óbice para reconocer, por último, el avance que en materia social encarna para los otros veinticuatro Estados miembros tanto la Carta como la interpretación que de la misma haga en el futuro el TJUE.

¹²³ Véase, por ejemplo, Guy, L. *et al.* (dirs.), *Les droits sociaux fondamentaux. Entre droits nationaux et droit européen*, Bruselas, Bruylant, 2006; Flauss, J. F. (dir.), *Droits sociaux et droit européen. Bilan et perspective de la protection normative*, Bruselas, Bruylant, 2002; Koukiadis, I., “Social Rights and the European Union Secondary legislation”, en Aliprantis, N. y Papageorgiou, I. (coords.), *Social Rights at European...*, *cit.*, pp. 81-97.