

DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES ECONÓMICAS EN EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO: LA JURISPRUDENCIA VIKING Y LAVAL

JOSÉ CABRERA RODRÍGUEZ

INTRODUCCIÓN.—I. APROXIMACIÓN GENERAL A LA RELACIÓN ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES ECONÓMICAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO: 1. *La incorporación de los derechos fundamentales como principios generales.* 2. *El carácter dual de la relación entre derechos fundamentales y libertades económicas.* 3. *La función limitativa de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario.* 4. *Los derechos fundamentales y la autonomía del ordenamiento comunitario.*—II. ANÁLISIS DE LOS ASUNTOS VIKING (C-438/05) Y LAVAL (C-341/05): 1. *Contextualización de la problemática en los asuntos Viking y Laval.* 2. *Eficacia horizontal o frente a particulares de las libertades económicas.* 3. *Derechos fundamentales como restricción de libertades económicas.* 4. *Principio de proporcionalidad.*—III. EPÍLOGO: SIGNIFICADO Y CONSECUENCIAS DE LOS ASUNTOS VIKING Y LAVAL: 1. *Hacia una propuesta explicativa de la jurisprudencia Viking y Laval.* 2. *Eventuales repercusiones para el ordenamiento jurídico español.* 3. *Consecuencias en el marco del ordenamiento jurídico comunitario.*—CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA CITADA.

INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo no es otro que el de plantear una reflexión crítica sobre el debate académico suscitado a nivel europeo, en los amplios términos en que éste se ha desenvuelto, en torno a la polémica relación entre derechos fundamentales y libertades económicas en el marco del ordenamiento jurídico comunitario, en particular, a partir de la intensa controversia generada por los relativamente recientes pronunciamientos del Tribunal de Justicia en los asuntos Viking (C-438/05) y Laval (C-341/05).

La tesis que se mantiene en el presente trabajo pretende demostrar que, en estos dos asuntos, el Tribunal de Justicia, tras apartarse definitivamente de su

jurisprudencia anterior en la materia al expandir el ámbito subjetivo de eficacia horizontal directa de las libertades económicas de forma incoherente con respecto a sus anteriores pronunciamientos, ha terminado articulando las relaciones de conflicto entre derechos fundamentales y libertades económicas en torno a un principio de jerarquía que se resuelve a favor de estas últimas. En este sentido, se argumentará que los asuntos Viking (C-438/05) y Laval (C-341/05) demuestran una falta de integración de los derechos fundamentales de acción colectiva en el ordenamiento comunitario, en la medida en que son concebidos por el Tribunal como obstáculos derivados de los sistemas constitucionales nacionales que únicamente tienen cabida en el ordenamiento comunitario como excepciones o derogaciones singulares de las libertades económicas y que, una vez configurados por el Tribunal como meras restricciones a dichas libertades, quedan sometidos al correspondiente régimen general de justificación, basado en razones imperiosas de interés público y sometido al principio de proporcionalidad.

El esquema expositivo del trabajo parte de una aproximación general a la relación entre derechos fundamentales y libertades económicas, en la que se analizará la incorporación de tales derechos bajo la forma de principios generales del ordenamiento jurídico comunitario (I.1), para perfilar a continuación la relación de carácter dual que éstos mantienen con las libertades económicas (I.2), constatar la función exclusivamente defensiva o limitativa que han asumido como consecuencia de la ausencia de competencias comunitarias en materia de derechos fundamentales (I.3) y, por último, determinar los efectos que para estos últimos se derivan como consecuencia de la configuración del Derecho comunitario como un ordenamiento jurídico autónomo (I.4).

En un segundo momento, se procederá al análisis concreto de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia en los asuntos Viking (C-438/05) y Laval (C-341/05), partiendo de una contextualización de la problemática que se planteaba en ambos supuestos (II.1), a fin de proponer, a continuación, una lectura crítica de los principales elementos argumentativos que integran el razonamiento empleado por el Tribunal de Justicia para la resolución de ambos supuestos: la eficacia horizontal directa de las libertades económicas (II.2), la configuración de los derechos fundamentales como restricción de dichas libertades (II.3) y la aplicación del principio de proporcionalidad (II.4).

En tercer lugar y a modo de epílogo, se formula una exposición de los elementos teóricos que han sido propuestos por la doctrina con el objetivo de trazar un marco explicativo que permita comprender el significado y las causas de la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia en estos pronunciamientos (III.1), se analizan asimismo las eventuales repercusiones que los mismos po-

drían acarrear para el ordenamiento español (III.2) y, por último, se ofrece un pronóstico sobre las consecuencias que esta línea jurisprudencial podría conllevar en el marco del ordenamiento comunitario en cuanto afectan al modelo social europeo (III.3).

I. APROXIMACIÓN GENERAL A LA RELACIÓN ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES ECONÓMICAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO

1. *La incorporación de los derechos fundamentales como principios generales*

La característica más relevante del Derecho comunitario en lo que respecta a los derechos fundamentales, como ya se ha destacado con acierto (1), radica paradójicamente en el significativo hecho de que se trata de un ordenamiento jurídico que careció desde su mismo origen histórico y durante casi medio siglo de un catálogo normativo de derechos fundamentales. Este fenómeno dio lugar a que fuese el propio Tribunal de Justicia quien introdujera tales derechos en el ordenamiento comunitario a través de su propia jurisprudencia, bajo la forma de principios generales del Derecho comunitario (2).

En este sentido, la asimilación de los derechos fundamentales como principios generales implica, cuando menos, varias consecuencias relevantes en lo que respecta a su operatividad y ubicación sistemática en el ámbito del Derecho comunitario. Por una parte, y en lo que se refiere al *locus* que ocupan los derechos fundamentales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico comunitario, tal incorporación bajo la forma de principios generales les confiere, en principio, rango de Derecho primario.

En efecto y como afirma T. Tridimas en relación con la posición de los principios generales en el ordenamiento comunitario, «[i]t is clear that those principles which are accorded constitutional status are superior to secondary legislation since acts adopted by the institutions are subject to review on grounds

(1) Cf. R. ALONSO GARCÍA, *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Civitas, 2010, pág. 291; L. M.^a DIEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, 2.^a ed., Civitas, 2008, pág. 180.

(2) En este sentido, el primer pronunciamiento judicial que reconoció los derechos fundamentales como principios generales del ordenamiento comunitario fue la Sentencia de 12 de noviembre de 1969, asunto Stauder (C-29/69), en cuyo parágrafo 7 se concluía que la disposición enjuiciada no había vulnerado «los derechos fundamentales de la persona subyacentes en los principios generales del Derecho comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia».

of compatibility with them. By contrast, the position of such principles *vis-à-vis* primary Community law is not entirely clear. Since their origins lie in the EC Treaty, it is submitted that they have equivalent status with the founding Treaties. Their equal ranking with the Treaties derives from their character as constitutional principles emanating from the rule of law. This applies in particular to the principles of respect for fundamental rights [...]» (3).

Por otra parte, y en lo que a su operatividad se refiere, la asimilación de los derechos fundamentales bajo la forma de principios generales les confiere una triple función en el marco del ordenamiento comunitario (4): (i) como parámetros interpretativos, (ii) como criterios de revisión de la legalidad del Derecho derivado y (iii) como normas cuyo incumplimiento es susceptible de generar una eventual responsabilidad patrimonial.

En cuanto a la primera de estas funciones, la operatividad interpretativa de los principios generales —y esto es particularmente relevante en el caso de los derechos fundamentales— no se agota en la simple cobertura o integración de lagunas jurídicas, sino que, como afirma expresamente T. Tridimas, «the significance of general principles is not exhausted in their gap-filling function. They express constitutional standards underlying the Community legal order so that recourse to them is an integral part of the Court's methodology [...]. Once it is accepted that the general principles embody constitutional values, they may bear determinative influence on the interpretation of written rules, irrespective of the existence of gaps» (5).

Por otro lado, y en relación con la lógica que rige la incorporación de los principios generales en el Derecho comunitario, ésta reviste un carácter eminentemente funcional en el sentido de que, tal como ha destacado R. Alonso García, es necesario tener siempre presente que «el principio tiene como destino un ordenamiento jurídico autónomo, el de la Unión Europea, al que debe acomodarse en términos dialécticos» (6). Con ello quiere significarse que, aunque la fuente de inspiración de tales principios en lo que se refiere a los derechos fundamentales se encuentra en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y en los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos en los que toman parte los Estados miembros (7),

(3) T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford University Press, 2006, pág. 33.

(4) *Ibidem*, págs. 17 y sigs.

(5) *Ibidem*, pág. 10.

(6) R. ALONSO GARCÍA, *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, cit., pág. 136.

(7) Entre los abundantes pronunciamientos del Tribunal de Justicia que atestiguan el empleo de estas fuentes, puede citarse aquí, por todos y en atención a su particular relevancia, el Dictamen

su incorporación al ordenamiento comunitario no es un proceso de trasposición de carácter meramente automático, sino que implica la modelación o diseño de una versión comunitaria del derecho fundamental en cuestión (8).

No obstante y sin perjuicio de todo lo anterior, hoy puede cabalmente afirmarse que la posición y naturaleza de los derechos fundamentales en el marco del ordenamiento jurídico comunitario ha variado sustancialmente desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en la medida en que el actual artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea incorpora por referencia (9) la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, convirtiendo este instrumento en la positivación normativa de tales derechos y, por tanto, en la nueva sede desde la que han de desplegar su eficacia jurídica.

Esta opinión es la sostenida, entre otros, por el Abogado General P. Cruz Villalón en sus Conclusiones de 19 de mayo de 2011, relativas al asunto Prigge,

2/94, de 28 de marzo de 1996, sobre la adhesión de la Comunidad Europea al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, parágrafo 33: «Procede señalar a continuación que, según reiterada jurisprudencia, los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. A este respecto, el Tribunal de Justicia se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos con los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido. Dentro de este contexto, el Tribunal de Justicia precisó que el Convenio revestía un significado particular.»

(8) El concepto de «versión comunitaria» de los derechos fundamentales no es original, sino que ya había sido utilizado con anterioridad por P. ECKHOUT, *EU External Relations Law*, 2.^a ed., Oxford EU Law Library, 2011, pág. 512 («*EU Law version of fundamental rights*») y «*The Growing Influence of European Union Law*», *Fordham International Law Journal*, vol. 33, núm. 5, 2011, pág. 1509 («*EU Law version of human rights*»). Por otra parte, y sobre el desarrollo autónomo de los derechos fundamentales por parte del Tribunal de Justicia frente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en atención a la especificidad del Derecho comunitario, *vid.* J. H. GERARDS, «Fundamental Rights and other Interests: Should it Really Make a Difference?», en E. BREMS (ed.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Oxford, Intersentia, 2008, págs. 655-690 (pág. 667): «To some extent, an autonomous development of a proliferation of fundamental rights can be perceived, particularly where the importance and meaning of the economic principles underlying the EC Treaty are concerned.»

(9) En cuanto a la naturaleza y efectos jurídicos de la incorporación por referencia de la Carta de Derechos Fundamentales, *vid.* A. FERNÁNDEZ TOMÁS, «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 J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida a la crisis constitucional de la Unión Europea*, Madrid, Iustel, 2008, págs. 119-157. Sobre el mecanismo jurídico de la incorporación por referencia, con carácter general, en el Derecho de los Tratados, *vid.* P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, «La incorporación por referencia en el derecho de los tratados», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 37, núm. 1, 1985, págs. 7-40.

en las que asevera que, aunque siga vigente la jurisprudencia en la que se reconocieron los derechos fundamentales como principios generales, desde la positivación de éstos en la Carta, es ésta la sede desde la que ahora deben desenvolver toda su eficacia y alcance (10). Asimismo, este punto de vista ha sido también asumido por parte de algunos autores, como J. Kühling, quien enfatiza la importancia metodológica de la entrada en vigor de la Carta como texto jurídicamente vinculante en lo que se refiere a la determinación del ámbito específico de protección (*Schutzbereich*) de los derechos fundamentales (11).

2. *El carácter dual de la relación entre derechos fundamentales y libertades económicas*

De otro lado y por cuanto interesa propiamente al objeto del presente trabajo, los derechos fundamentales han asumido también una función más específica que los particulariza frente al común de los principios generales del ordenamiento comunitario y que deriva fundamentalmente de la particular relación, de carácter dual, que mantienen con las libertades económicas. En efecto y como evidencia la jurisprudencia, esta relación puede reconducirse esencialmente a

(10) *Vid.* P. CRUZ VILLALÓN, Conclusiones de 19 de mayo de 2011, asunto Prigge (C-447/09), párrafo 26, donde se pronuncia en relación con el derecho a no ser discriminado por razón de edad: «Aunque ya en el momento de dictarse la sentencia Mangold la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se encontraba solemnemente promulgada conteniendo una expresa prohibición de discriminación por razón de edad (art. 21), no es sino desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa cuando ha adquirido plena naturaleza jurídica, con rango de Derecho originario, y con ella el referido motivo de discriminación, como la penúltima de las prohibiciones expresas de discriminación en dicho artículo contenidas. Quiere esto decir que, en mi criterio, como consecuencia de la mutación de dicha prohibición en “constitución escrita”, la sede por excelencia, en el Derecho de la Unión, de este principio de no discriminación es el referido artículo 21 de la Carta. La anterior afirmación debe ser entendida sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos segundo (ámbito competencial de la Unión) y tercero (título VII y explicaciones) del artículo 6 UE, apartado 1 (lo que nos remite en particular al art. 13 CE, hoy 19 TFUE, por una parte, y al art. 52 de la Carta, por otra). En otras palabras, por más que siga plenamente vigente la declaración contenida en Mangold (y reiterada en la sentencia Küçükdeveci), según la cual la prohibición de discriminación por razón de la edad es un principio general del Derecho de la Unión que “encuentra su fuente en los distintos instrumentos internacionales y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros”, es el caso que este principio ha sido objeto de positivación en la “Carta de Lisboa”, por lo que es desde esta sede desde la que el principio debe desplegar las posibilidades y los límites de su eficacia».

(11) J. KÜHLING, «Fundamental Rights», en A. VON BOGDANDY/J. BAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Hart-CH Beck-Nomos, 2.ª ed. revisada, 2010, págs. 479-514 (pág. 502).

dos formas distintas de interacción: (i) una positiva o de apoyo y (ii) otra negativa o conflictual, siguiendo la distinción apuntada por J. Krzemińska al afirmar que «[t]he impact of fundamental rights on a fundamental freedom may be dual, in that they may serve either as a limitation to a limitation of a fundamental freedom or a limitation to a fundamental freedom» (12).

Los pronunciamientos judiciales por antonomasia que dan cuenta del primer tipo de relación son los recaídos en los asuntos ERT (C-260/89) y Familiapress (C-368/95), en los que el Tribunal de Justicia afirmó que los Estados miembros se encuentran vinculados por el respeto a los derechos fundamentales, no sólo cuando implementan el Derecho comunitario, sino también cuando pretenden derogar o excepcionar (13), respectivamente, las obligaciones derivadas de los Tratados, es decir, que los Estados deben asimismo velar por el respeto de tales derechos en aquellos supuestos en los que restrinjan una libertad económica protegida por el Derecho comunitario.

En este tipo de supuestos, el derecho fundamental operaría, por tanto, como un límite a la limitación (*Schranken-Schranken*) que eventualmente pudiera imponer un Estado miembro al ejercicio de una libertad económica, estableciéndose así una relación de complementariedad o de apoyo recíproco entre tal derecho y la respectiva libertad económica, al verse ambos afectados conjuntamente por la actuación del Estado (14).

(12) J. KRZEMINSKA, «Free Speech Meets Free Movement-How Fundamental really is “Fundamental”? The Impact of Fundamental Rights on Internal Market Law», *ZERP-Diskussionspapier*, 3/2005, pág. 7. En este sentido, *vid.* también J. SARRIÓN ESTEVE, «Los conflictos entre libertades económicas y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista de Derecho Político* (UNED), núm. 81, 2011, págs. 379-412 (pág. 382).

(13) Técnicamente, la diferencia entre derogar y excepcionar una libertad económica consiste en el fundamento jurídico al que se acuda para justificar su restricción desde el punto de vista del Derecho comunitario. Así, mientras que en el asunto ERT (C-260/89) se enjuiciaba una restricción basada en las causas expresamente previstas en el Tratado a tal efecto (es decir, la posibilidad de *derogar* la libertad económica), en el asunto Familiapress (C-368/95) se enjuiciaba una restricción basada en razones imperiosas de interés general o *mandatory requirements* admitidas por la jurisprudencia comunitaria (es decir, la posibilidad de *excepcionar* la libertad económica). Un amplio análisis sobre la distinción entre ambos conceptos puede encontrarse en E. SPAVENTA, «On discrimination and the theory of mandatory requirements», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 3, 2002, págs. 457-478.

(14) A grandes rasgos, este tipo de supuestos responden a un esquema general en el que la afectación o restricción de una libertad económica genera a su vez una afectación o restricción paralela en un derecho fundamental, por lo que también debe valorarse la eventual vulneración de este último a la hora de enjuiciar la legitimidad de la restricción aplicada a la libertad económica en cuestión. Sin ánimo de exhaustividad, una breve exposición de esta línea jurisprudencial puede encontrarse en T. KINGREEN, «Fundamental Freedoms», en A. VON BOGDANDY/J. BAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, cit., págs. 515-549 (págs. 543-545).

Sin embargo, y desde el punto de vista de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario, resulta mucho más significativo el segundo tipo de interacción, esto es, la relación negativa o de conflicto con respecto a las libertades económicas, siendo así que, en los supuestos en los que se plantea una relación de este signo, únicamente cabrían, en esencia, dos tipos de soluciones (15): admitir, o no, una relación de jerarquía entre derechos fundamentales y libertades económicas y, en un segundo momento y sólo para el caso de admitir la existencia de tal relación de jerarquía entre ambos, resolver ésta a favor de los primeros o de las segundas. En rigor, por tanto, las soluciones posibles serían propiamente tres: enjuiciar el conflicto entre libertades económicas y derechos fundamentales en un plano de igualdad, enjuiciarlo asumiendo una relación de jerarquía entre ambos a favor de los derechos fundamentales o, por último, asumiendo una relación de jerarquía a favor de las libertades económicas.

Es evidente, por lo demás, que este género de consideraciones encubre, a su vez, un segundo nivel de cuestiones de relevante complejidad, entre las que podría enumerarse, por su particular interés, la eventual consideración de las libertades económicas como derechos fundamentales propios y característicos del ordenamiento comunitario (16) o el análisis comparativo, desde el punto de vista dogmático, de las similitudes y diferencias que presentan ambas categorías jurídicas —derechos fundamentales y libertades económicas— en lo que se refiere a su naturaleza, estructura y contenido (17).

Sin perjuicio de lo anterior y volviendo a la panoplia de respuestas que cabría ofrecer a un eventual conflicto entre libertades económicas y derechos fundamentales, es necesario incidir en que la distinción entre las posibles soluciones alternativas no es en absoluto una cuestión baladí (18). En efecto, si se

(15) Vid. J. SARRIÓN ESTEVE, «Los conflictos entre libertades económicas y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», cit., pág. 383.

(16) El debate en torno a esta cuestión se recoge en P. OLIVER y W. H. ROTH, «The Internal Market and the Four Freedoms», *Common Market Law Review*, vol. 41, núm. 2, 2004, págs. 407-441 (págs. 407-411).

(17) Un análisis detallado de esta comparación puede consultarse en R. STREINZ, § 151, «Grundrechte und Grundfreiheiten», en D. MERTEN/H.-J. PAPIER (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band VI/1 (Europäische Grundrechte), C. F. Müller, 2010, págs. 663-686 (págs. 670 y sigs.), así como en P.-CH. MÜLLER-GRAF, «Das Verhältnis von Grundrechten und Grundfreiheiten im Lichte des Europäischen Verfassungsvertrags», *Europarecht*, 1/2006, págs. 19-42.

(18) Para lo que sigue, vid. J. SARRIÓN ESTEVE, «Los conflictos entre libertades económicas y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», cit., págs. 383 y sigs.

opta por la existencia de una relación jerárquica entre ambas categorías jurídicas y la misma se resuelve a favor de las libertades económicas, entonces éstas devendrían la regla general, mientras que los derechos fundamentales pasarían a constituir únicamente una mera justificación que permitiese restringir excepcionalmente la vigencia general de aquellas libertades.

Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales constituirían esencialmente una excepción a las libertades económicas protegidas por el ordenamiento comunitario y podrían hacerlo bajo dos formas distintas (19): por una parte, podrían subsumirse en las justificaciones expresamente previstas en los Tratados (20) o, alternativamente, podrían configurarse como exigencias o mandatos imperativos (*mandatory requirements*) jurisprudencialmente reconocidos como excepciones justificadas a dichas libertades (21).

Sin embargo, cabe igualmente concebir la existencia de una relación de jerarquía que se resolviese a favor de los derechos fundamentales y en detrimento de las libertades económicas, de tal manera que aquéllos prevaleciesen siempre

(19) Vid. T. PERISIN, «Interaction of Fundamental (Human) Rights and Fundamental (Market) Freedoms in the EU», *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, vol. 2, 2006, págs. 69-98 (pág. 85): «In cases involving a conflict between fundamental rights and fundamental freedoms, the Court has had many possibilities for weighing these interests. The first option would be to consider fundamental rights protection as part of the justifications provided for in Article 30 EC, i.e. to treat it as included in the concept of either public morality, public policy, or as an unwritten public interest ground. The second option would be to understand fundamental rights as a mandatory requirement.»

(20) Las justificaciones expresamente previstas en los Tratados y que permiten a los Estados miembros imponer eventuales restricciones al ejercicio de las libertades económicas se encuentran recogidas actualmente en los artículos 36 (libre circulación de mercancías), 45.3 (libre circulación de trabajadores), 52 (libertad de establecimiento y libre prestación de servicios) y 65.1 (libre circulación de capitales) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y hacen referencia, fundamentalmente y entre otras, a razones de orden público, seguridad pública y salud pública.

(21) La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha identificado ciertas razones imperiosas de interés general (*mandatory requirements*) que pueden invocarse para justificar una restricción a las libertades económicas. Sin embargo, tales razones no pueden ser invocadas para justificar restricciones que se apliquen de un modo discriminatorio: *vid.*, por todas, la Sentencia de 6 de octubre de 2009, asunto Comisión c. España (C-153/08), parágrafo 36, y la abundante jurisprudencia allí citada. Por lo tanto, ubicar los derechos fundamentales dentro de esta categoría jurídica para excepcionar las libertades económicas supone un problema relevante en la medida en que, como bien advierte T. PERISIN (*ibidem*), «the problem with this solution would be that, as the law stands, fundamental rights could not be used to justify discriminatory state measures. To my mind, this would be wrong because human rights are such an important interest recognised both by the Community and the States that they should be able to present a legitimate justification even for measures discriminating against imported goods».

y en todo caso sobre dichas libertades, que se encontrarían, por tanto, supeditadas a tales derechos (22).

Por otra parte y en el caso de asumir como premisa la ausencia de una relación de jerarquía entre derechos fundamentales y libertades económicas o, lo que es lo mismo, en caso de atribuir el mismo valor a ambas categorías jurídicas, aquellos derechos no quedarían ya reducidos a meras excepciones respecto a las obligaciones derivadas de los Tratados, sino que, de hecho, su protección constituiría propiamente una realización del ordenamiento comunitario y, por tanto, los Estados miembros estarían aplicando directamente el Derecho comunitario cuando restringiesen el ejercicio de las libertades económicas para salvaguardar el ámbito de protección de un derecho fundamental (23).

No debe perderse de vista que, en última instancia, lo que está en juego al optar por una de las diferentes alternativas posibles es la ubicación del conflicto en el seno de un mismo y único ordenamiento jurídico —el comunitario— o, por el contrario, el planteamiento del conflicto entre dos ordenamientos jurídicos distintos: por una parte, el ordenamiento comunitario a cuyo amparo se ejerce una determinada libertad económica y, por otra, el ordenamiento nacional del Estado miembro en el que se protege el derecho fundamental contra el que colisiona la libertad económica en cuestión.

3. *La función limitativa de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*

En todo caso y con independencia de la alternativa por la que se opte, lo que queda fuera de toda duda es que, en el marco del ordenamiento comunitario, los derechos fundamentales desempeñan una función esencialmente *defensiva* en el sentido de que operan fundamentalmente como límites a la realización o implementación del Derecho comunitario y ello, debido fundamentalmente al hecho de que la Unión Europea ha carecido históricamente y carece todavía

(22) Ésta es, por ejemplo, la interpretación mantenida en relación con el asunto Schmidberger (C-112/00) por G. GONZALES, «EC Fundamental Freedoms v. Human Rights in the Case C-112/00 Eugen Schmidberger v. Austria [2003] ECR I-5659», *Legal Issues of Economic Integration*, v. 31, núm. 3, 2004, págs. 219-229 (pág. 223). No obstante, se trata de una postura, en líneas generales, claramente minoritaria en la doctrina.

(23) Ésta parece ser, de hecho y con carácter general, la posición más extendida entre la doctrina y, de manera muy significativa, es la postura defendida, entre otros y a título personal, por el actual presidente del Tribunal de Justicia: V. SKOURIS, «Das Verhältnis der Grundfreiheiten zu den Gemeinschaftsgrundrechten», *Recht der Arbeit*, 5/2009, págs. 25-30.

hoy de cualquier género de competencia en lo referente a su promoción o a la determinación de su contenido material.

En este sentido, cabe precisar que tal característica no se ha visto en absoluto afectada por la incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea como texto jurídicamente vinculante tras la reforma operada por el Tratado de Lisboa, pues, en efecto, el artículo 6.1, párrafo segundo, del Tratado de la Unión Europea se ocupa de aclarar expresamente que «[l]as disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados» y, en la misma línea, el artículo 51.2 de la Carta reitera nuevamente esta idea al afirmar insistentemente que la Carta «no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados».

Pues bien, esta particular característica de la naturaleza que revisten los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario ha sido significativamente analizada desde un punto de vista crítico, entre otros, por O. DE SCHUTTER, destacando las consecuencias que se derivan de la función defensiva o negativa de aquellos derechos y poniéndola en conexión con una determinada concepción de los mismos (24).

En concreto y según este autor, pueden identificarse aquí tres consecuencias distintas. La primera sería que los derechos fundamentales son concebidos como límites externos a los poderes ejercidos bajo el Derecho comunitario, más que como objetivos que la Unión Europea viniera obligada a promover. La segunda hace referencia al hecho de que la necesidad de asegurar una protección efectiva de los derechos fundamentales en el ámbito del ordenamiento comunitario no ha tenido ninguna repercusión en la distribución de competencias entre la Unión y los Estados miembros y, de hecho, se ha considerado implícitamente que la distribución competencial vigente (es decir, la ausencia de competencia comunitaria en la materia) no tenía ningún impacto potencial en el nivel de protección de los derechos fundamentales. Por último, la tercera consecuencia consiste en que, si bien los Estados tienen en principio reconocida la posibilidad de garantizar el pleno respeto de los derechos fundamentales en su propia jurisdicción —cualesquiera que sean las adaptaciones necesarias en relación con el Derecho comunitario—, aquéllos no se encuentran incentivados para desarrollar un nivel superior de protección de los derechos fundamentales

(24) Para lo que sigue, *vid.* O. DE SCHUTTER, «The Implementation of the EU Charter of Fundamental Rights through the Open Method of Coordination», *Jean Monnet Working Paper 07/04*, New York University School of Law, pág. 4.

por encima de la obligación mínima de respetarlos. Estas tres características de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario responden, según O. de Schutter, a una matriz común: todas ellas delatan una concepción de tales derechos como una esfera de protección que el individuo puede oponer a la actuación de la autoridad pública, más que como un mandato de protección destinado a exigir la actuación positiva de los poderes públicos.

Esta concepción de los derechos fundamentales como límite se desprende de la propia postura adoptada por el Tribunal de Justicia. Así, en su Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, sobre la adhesión al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, el Tribunal afirmó que «ninguna disposición del Tratado confiere a las Instituciones comunitarias, con carácter general, la facultad de adoptar normas en materia de derechos humanos o de celebrar convenios internacionales en este ámbito», si bien matizó más adelante que «el respeto de los derechos humanos constituye [...] un requisito para la legalidad de los actos comunitarios» (25).

De esta realidad ha dado también cuenta, en un reciente informe, la Oficina Regional Europea del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, constatando expresamente que, «[a]lthough the CJEU has accepted that respect for human rights is a condition for the legality of EU action, the CJEU and the institutions have consistently reiterated their lack of competence to develop a “human rights policy”, and this has led to the stance that the EU’s role in relation to human rights is limited merely to ensuring their respect [...]. That is, the EU acknowledges that it must not infringe human rights when it acts, but is less ready to acknowledge that human rights, of themselves, also carry a duty to protect and promote their realization» (26).

Los derechos fundamentales desempeñan, por tanto, una función esencialmente defensiva, negativa o limitativa en el ordenamiento comunitario y ello, tanto cuando operan como parámetro de legalidad de los actos o normas de Derecho secundario, como también y más específicamente en sus relaciones con las libertades económicas. En este último sentido, su función es igualmente limitativa, tanto al entablar una relación positiva o de apoyo con una libertad económica (en la medida en que, como ya se ha apuntado, el derecho opera entonces como límite a las limitaciones que pudieran imponerse al ejercicio

(25) Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, párrafos 27 y 34.

(26) Regional Office for Europe of the UN High Commissioner for Human Rights, «The European Union and International Human Rights Law», pág. 14. En este informe (págs. 14 y sigs.) puede encontrarse un extenso y detallado análisis sobre las consecuencias de la ausencia de reconocimiento, en el ordenamiento jurídico comunitario, de un deber positivo de protección y promoción de los derechos fundamentales.

de dicha libertad), como cuando se plantea una relación negativa o de conflicto entre el derecho fundamental y la libertad económica en cuestión, de manera que aquél opera como causa justificativa de la restricción de esta última y, en esta medida, queda también sujeto al juicio de proporcionalidad que el Tribunal de Justicia aplica a toda restricción que se inflija sobre una libertad económica.

4. *Los derechos fundamentales y la autonomía del ordenamiento comunitario*

Cabe, con todo, formular una importante precisión a este respecto. Como ya se ha apuntado con anterioridad, al incorporarse al Derecho comunitario bajo la forma de principios generales, los derechos fundamentales se modulan y adaptan al mismo en tanto que ordenamiento jurídico autónomo, adquiriendo de ese modo la configuración propia de una versión específicamente comunitaria de tales derechos.

Sin embargo, cuando operan en el ordenamiento comunitario y, en particular, cuando operan en tanto que limitaciones al ejercicio de libertades económicas, los derechos fundamentales no siempre lo hacen en su versión comunitaria o, dicho con otras palabras, no siempre lo hacen en su condición de principios generales del Derecho comunitario, sino que, en ocasiones, despliegan su eficacia directamente desde su sede normativa en el correspondiente ordenamiento nacional del Estado miembro en el que se produce la interacción conflictual o negativa con la libertad económica de turno.

Así podrían distinguirse, en principio, dos tipos de supuestos (27): por una parte, aquellos en los que el derecho fundamental opera como restricción de la libertad económica en cuestión desde su sede en el respectivo ordenamiento nacional y, por otra parte, aquellos supuestos en los que el derecho fundamental opera igualmente como limitación, pero desde su específica versión comunitaria tal como ha sido configurada por el Tribunal de Justicia, es decir, en su condición de principio general del ordenamiento comunitario.

En realidad, podría afirmarse que, en principio, los derechos fundamentales operarán en su versión comunitaria (*rectius*, en tanto que principios generales del ordenamiento comunitario) en todos aquellos supuestos en los que se produzca una actuación directa de las Instituciones comunitarias o en los que los Estados miembros implementen el Derecho comunitario (asunto Wachauf,

(27) Para lo que sigue, *vid.* P. EECKHOUT, «The Growing Influence of European Union Law», *cit.*, págs. 1506 y sigs.

C-5/88) o bien establezcan excepciones (asunto Familiapress, C-368/95) o derogaciones (asunto ERT, C-260/89) al mismo (28).

A primera vista, ésta parece ser la posición más razonable desde el punto de vista de su coherencia y sistemática, en la medida en que permite garantizar la homogeneidad en los estándares de protección de los derechos fundamentales entre los diferentes Estados miembros en aquellos ámbitos en los que directa o indirectamente se vea involucrado el ordenamiento comunitario, es decir, en los que efectiva o potencialmente pueda incidir una competencia comunitaria, aun cuando la misma permanezca todavía latente.

En efecto y como ha sostenido expresamente la Abogado General E. Sharpston, «[L]a transparencia y la claridad requieren que se pueda identificar con certeza qué significa «el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión» a efectos de proteger los derechos fundamentales de la UE», razón por la que «la regla más clara sería una que no hiciera depender la invocabilidad de la protección de los derechos fundamentales de la UE de si una disposición del Tratado es directamente aplicable o de si se ha aprobado normativa secundaria, sino más bien *de la existencia y ámbito de competencia material de la UE*», de tal manera que, «siempre que la UE tuviera competencia (exclusiva o compartida) en un ámbito jurídico particular, los derechos fundamentales de la UE deberían proteger al ciudadano de la UE *aunque dicha competencia no se haya ejercido aún*» (29).

En última instancia, la estandarización de los derechos fundamentales es importante desde el punto de vista del ordenamiento comunitario principalmente en la medida en que permite homogeneizar las restricciones que tales derechos podrían eventualmente imponer al ejercicio de las libertades económicas. Como ha señalado acertadamente J. Krzemińska, «[t]he requirement of legal certainty and the uniform application of Community law can be fulfilled only if the framework of the restrictions which are allowed upon the right in question is better defined at the Community level» (30).

(28) Cfr. R. ALONSO GARCÍA, *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, cit., pág. 320.

(29) E. SHARPSTON, Conclusiones de 30 de septiembre de 2010, asunto Ruiz Zambrano (C-34/09), parágrafo 163. En cuanto a la homogeneidad en el nivel de protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario, una idea similar parecía ya anticiparse de manera incipiente en la opinión del Abogado General F. G. JACOBS en sus Conclusiones de 9 de diciembre de 1992, asunto Konstantinidis (C-168/91), parágrafo 46, cuando afirmaba que «el nacional comunitario que se traslada a otro Estado miembro [...] tiene derecho a presumir que, dondequiera que vaya para ganarse la vida dentro de la Comunidad Europea, se le tratará de acuerdo con un código común de valores fundamentales».

(30) J. KRZEMINSKA, «Free Speech Meets Free Movement-How Fundamental really is “Fundamental”? The Impact of Fundamental Rights on Internal Market Law», cit., pág. 22.

Sin embargo, lo cierto es que la posición del Tribunal de Justicia no es del todo coherente a este respecto. De hecho, en lo referente a las relaciones negativas o de conflicto entre una libertad económica y un derecho fundamental —que, en principio y como acabamos de ver, debería operar en ese contexto en su versión propiamente comunitaria—, pueden efectivamente detectarse inconsistencias en la jurisprudencia.

Así, por ejemplo, mientras que en el célebre asunto Schmidberger (C-112/00) (31) el Tribunal de Justicia parece obedecer a la sistemática que acabamos de exponer y reconoce los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de reunión —configurados conforme a patrones comunitarios homogéneos— como principios generales del ordenamiento comunitario capaces de justificar una restricción a la libre circulación de mercancías (32), en el también célebre asunto Omega Spielhallen (C-36/02) (33), sin embargo, el pronunciamiento del Tribunal se decanta por reconocer, como causa justificativa de una restricción a la libre prestación de servicios, la dignidad humana, tal como ésta se halla específicamente configurada en el ordenamiento constitucional alemán y no conforme a patrones comunitarios homogéneos o, dicho de otro modo, el Tribunal no recurre en esta ocasión, a la hora de valorar la legitimidad de la restricción impuesta a la libertad económica afectada, a la dignidad humana como principio general del ordenamiento comunitario, sino que se atiende

(31) En el asunto Schmidberger (C-112/00), el Tribunal de Justicia consideró justificada la restricción ocasionada a la libre circulación de mercancías como consecuencia del bloqueo provocado en el tráfico transfronterizo de una autopista con motivo de una manifestación convocada por una organización ecologista y debidamente autorizada por las autoridades austríacas. En este caso, la justificación de la restricción ocasionada se hallaba en la protección de los derechos fundamentales, en concreto, de las libertades de expresión y de reunión, garantizadas por los artículos 10 y 11 del CEDH. No obstante, el litigio principal del que traía causa la cuestión prejudicial que dio lugar a este pronunciamiento se había planteado con motivo de un recurso interpuesto por un transportista afectado por el bloqueo contra la resolución administrativa que autorizaba la manifestación; es decir, que se trataba formalmente de un litigio planteado entre un particular y el Estado austríaco y no entre aquél y los manifestantes.

(32) Como afirma P. ECKHOUT, «The Growing Influence of European Union Law», cit., pág. 1507: «In this judgment, as in others concerning human rights, the ECJ applied *common standards of EU human rights protection*. It is in the very nature of *human rights as “general principles of EU law”* to be a shared set of principles which underpin the EU legal system» (cursiva añadida).

(33) En el asunto Omega Spielhallen (C-36/02), el Tribunal de Justicia consideró justificada la restricción ocasionada a la libre prestación de servicios como consecuencia de una resolución administrativa de las autoridades alemanas por la que se prohibía a un empresario establecer un laserdromo, al entender que un juego consistente en simular acciones homicidas resultaba contrario a la dignidad humana.

expresamente al contenido que a esta categoría jurídica otorga específicamente el ordenamiento jurídico alemán (34).

En realidad, al ocuparse del asunto en sus Conclusiones de 18 de marzo de 2004, ya la Abogado General Stix-Hackl había detectado anticipadamente el problema, al constatar que la restricción a la libertad económica venía impuesta por el contenido que el concepto de dignidad humana alberga en el Derecho alemán y que no necesariamente resultaría extrapolable al ordenamiento de otros Estados miembros o al propio ordenamiento comunitario. Consciente de ello, advierte que, «debido a que el concepto de dignidad humana tiene carácter de principio general al que debe darse contenido, es posible que en el presente caso —a diferencia de lo que sucedió en la sentencia Schmidberger— al Tribunal de Justicia le resulte difícil equiparar sin más el contenido de la garantía de la dignidad humana establecida en la Ley Fundamental alemana con el de la garantía de la dignidad humana reconocida en el Derecho comunitario» (35).

A la vista de todo lo anterior, podríamos concluir, siguiendo aquí a J. Krzemińska, que «a complex theoretical framework for the protection of fundamental rights has emerged. It differentiates between (1) the national application of the Community fundamental rights, given the margin of appreciation accorded to the Member States in line with the *Schmidberger* formula, and (2) the reliance on the national fundamental rights (as incorporated in the national constitutions), which cannot yet be equated with the Community rights (although the right as such might be protected —in the *Omega* judgment the Court held that the human dignity is protected under Community law), and have to be therefore treated as public policy justifications for the imposition of restrictions on fun-

(34) De nuevo en palabras de P. EECKHOUT (*ibidem*, pág. 1509): «The judgment adds a further layer to the balancing of human rights and economic freedoms. In its earlier case law, the ECJ had always emphasized that justifications that a Member State invokes for restricting the treaty's freedoms have to comply with the EU law version of human rights (as general principles of EU law). *Schmidberger* then showed that protection of human rights could itself constitute such a justification. *Omega Spielhallen* goes one step further by allowing diversity in how the Member States apply their human rights law, as long as the human right at issue is recognized by EU law» (cursiva añadida). A continuación, P. EECKHOUT trata de explicar este viraje implícito en la jurisprudencia añadiendo que la resolución del asunto *Omega Spielhallen* «is reminiscent of the “margin of appreciation” which the Convention [on Human Rights] also permits», pero admitiendo finalmente que, ante la inconsistencia en la jurisprudencia del Tribunal, «[i]t is not wholly clear, however, in which cases the court would allow such diversity, or when it would insist on respect for a common, shared standard, which it would itself determine».

(35) CH. STIX-HACKL, Conclusiones de 18 de marzo de 2004, asunto *Omega Spielhallen* (C-36/02), parágrafo 92.

damental freedoms, scrutinised, however, for conformity with the Community fundamental rights in line with the *ERT* judgment» (36).

II. ANÁLISIS DE LOS ASUNTOS VIKING (C-438/05) Y LAVAL (C-341/05)

1. *Contextualización de la problemática en los asuntos Viking y Laval*

Sobre la base de la aproximación teórica a la relación entre derechos fundamentales y libertades económicas desarrollada hasta aquí, corresponde ahora analizar en detalle el enjuiciamiento llevado a cabo por el Tribunal de Justicia en dos supuestos recientes de su jurisprudencia en los que esta relación se ha problematizado de forma paradigmática.

En efecto, y como afirma E. Engle al contextualizar la importancia de ambos casos, los asuntos Viking (C-438/05) y Laval (C-341/05) «are typical example of what Ronald Dworkin refers to as “hard cases”-cases which are critically important, which the court could decide either way, and which are, in Connolly’s terms, “essentially contested” i.e. polysemious and conflicted. Because the ECJ could have justifiably ruled either way, it faced two problems: the problem of legal reasoning (what is right reasoning? i.e., “how to”) and the problem of justification (why is the reasoning right? i.e., “why to”)» (37).

En cuanto al asunto Viking (C-438/05), el Abogado General M. Poiares Maduro sintetiza así los hechos en sus Conclusiones: «En esencia, la situación que dio lugar al presente asunto es la siguiente. Una empresa finlandesa de transbordadores que operaban entre Helsinki y Tallin quiso cambiar su lugar de establecimiento a Estonia para aprovechar que los sueldos eran más bajos y prestar sus servicios desde allí. Un sindicato finlandés, apoyado por una asociación internacional de sindicatos, intentó evitarlo y amenazó con llevar a cabo huelgas y boicots si la empresa se trasladaba sin mantener los niveles salariales. Los problemas jurídicos que plantea este conflicto se refieren al efecto horizontal de las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de circulación, y a la relación entre los derechos sociales y los derechos a la libre circulación» (38).

(36) J. KRZEMINSKA, «Free Speech Meets Free Movement-How Fundamental really is “Fundamental”? The Impact of Fundamental Rights on Internal Market Law», cit., pág. 22.

(37) E. ENGLE, «The Rights Orchestra: Proportionality, Balancing, and Viking», *New England Journal of International Law and Comparative Law*, 2011, pág. 5.

(38) M. POIARES MADURO, Conclusiones de 23 de mayo de 2007, asunto Viking (C-438/05), parágrafo 1; una exposición más detallada de los hechos del caso puede encontrarse en los párrafos 2-15.

La empresa que operaba los transbordadores era la «Viking Line» y el sindicato finlandés que se opone a su deslocalización es la «Finnish Seamen's Union» (FSU), adscrita a la «International Transport Workers' Federation» (ITF).

La ITF desarrolla una política internacional contra los pabellones de conveniencia, entendiendo que un buque navega bajo un tal pabellón cuando la propiedad y el control efectivos del mismo se hallan en un país distinto al de abanderamiento. Según esta política, los sindicatos del país donde se encuentra la propiedad efectiva de los buques tienen derecho a celebrar los correspondientes convenios en relación con dichos buques. Por lo tanto, cuando Viking Line manifestó su propósito de reabanderar uno de sus buques —el Rosella— bajo pabellón estonio, la FSU solicitó a ITF que diera cuenta al resto de sindicatos afiliados, enviando una circular con las instrucciones de negarse a negociar, bajo el principio de solidaridad, cualquier convenio con la referida empresa (39). Además, el convenio negociado para la tripulación del Rosella expiró en noviembre de 2003, de modo que la FSU ya no estaba sometida a la obligación de paz social impuesta por el Derecho finlandés, por lo que convocó una huelga y exigió a Viking Line, por una parte, que aumentara el número de trabajadores a bordo del Rosella y, por otra parte, que renunciara a su proyecto de cambio de pabellón de ese buque.

Viking Line inició un procedimiento ante los tribunales de Londres para solicitar una resolución judicial declarativa y de condena por la que se ordenase a la ITF retirar la circular y a la FSU no interferir en su derecho a la libre circulación en relación con la posibilidad de establecerse en Estonia y, al llegar el asunto a la *Court of Appeal*, ésta planteó una cuestión prejudicial preguntando, en esencia, (i) si una acción colectiva emprendida por organizaciones sindicales queda fuera del ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento por analogía con el asunto Albany (C-67/96) (40), (ii) si tal libertad tiene efecto directo

(39) De acuerdo con la política internacional desarrollada por la ITF contra los pabellones de conveniencia, la FSU conservaría el derecho exclusivo a negociar con Viking Line el respectivo convenio colectivo para el buque Rosella, en la medida en que su propiedad efectiva seguía encontrándose en Finlandia, a pesar de que el mismo fuese formalmente reabanderado bajo pabellón estonio a nombre de una filial de Viking Line, constituida al amparo del Derecho estonio y denominada «Viking Line Eesti».

(40) En el asunto Albany (C-67/96), el Tribunal de Justicia declaró que los convenios colectivos no se hallan comprendidos en el ámbito de aplicación de las normas comunitarias de competencia: «Bien es verdad que determinados efectos restrictivos de la competencia son inherentes a los acuerdos colectivos celebrados entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores. No obstante, los objetivos de política social perseguidos por dichos acuerdos resultarían gravemente comprometidos si los interlocutores sociales estuvieran sujetos al artículo 85, apartado 1, del Tratado en la búsqueda común de medidas destinadas a mejorar las condiciones de

horizontal en el sentido de que confiere al empresario afectado por la acción colectiva la posibilidad de oponer su derecho frente a las organizaciones sindicales que la han emprendido y, por último, (iii) si una acción colectiva como la controvertida constituye una restricción a dicha libertad y, de ser así, si estaría justificada desde el punto de vista del ordenamiento comunitario.

El Tribunal de Justicia resolvió las cuestiones planteadas respondiendo (i) que no está excluida del ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento una medida de conflicto colectivo emprendida por una organización sindical contra una empresa privada con el fin de conseguir que ésta celebre un convenio colectivo cuyo contenido puede disuadirla de ejercer la libertad de establecimiento, (ii) que tal libertad puede ser invocada por el empresario frente a las organizaciones sindicales que han adoptado las medidas de conflicto colectivo por las que se ha visto afectado y, por último, (iii) que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo —incluida la huelga— es un derecho fundamental que forma parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario y que podría justificar la restricción de una libertad económica bajo el respeto al principio de proporcionalidad —lo que queda, en principio, a la apreciación del juez nacional—, siempre y cuando los empleos o las condiciones de trabajo de que se trata se encuentren efectivamente comprometidos o seriamente amenazados.

En cuanto al asunto Laval (C-341/05), el Abogado General P. Mengozzi sintetiza su problemática, al comienzo de sus respectivas Conclusiones, en el interrogante de «si en la hipótesis de que un Estado miembro no posea un sistema de declaración de aplicación general de los convenios colectivos, el artículo 12 CE, el artículo 49 CE y la 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, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que organizaciones sindicales de trabajadores de un Estado miembro adopten, de conformidad con el Derecho interno de dicho Estado, medidas de conflicto colectivo con el fin de obligar a un prestador de servicios de otro Estado miembro a suscribir un convenio colectivo en be-

empleo y de trabajo. De una interpretación útil y coherente de las disposiciones del Tratado, en su conjunto, se desprende que los acuerdos celebrados en el marco de 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 artículo 85, apartado 1, del Tratado» (parágrafos 59-60). Esta línea jurisprudencial ha sido expresamente reiterada y corroborada en pronunciamientos posteriores del Tribunal de Justicia: *vid.* asunto *Bretjens* (C-115/97 a C-117/97), parágrafos 56-57; asunto *Drijvende* (C-219/97), parágrafos 46-47; asunto *Van der Woude* (C-222/98), parágrafo 22.

neficio de los trabajadores desplazados temporalmente por dicho prestador al territorio del primer Estado miembro, incluso cuando dicho prestador está ya vinculado por un convenio colectivo celebrado en el Estado miembro de su establecimiento» (41).

En concreto, el asunto trae causa de una cuestión prejudicial planteada por un tribunal sueco ante la demanda interpuesta por «Laval un Partneri», sociedad letona que había resultado adjudicataria de un contrato público para la construcción de un centro escolar en la localidad sueca de Vaxholm, cuyas obras comenzaron a ser ejecutadas a través de una filial constituida al efecto bajo Derecho sueco y mediante el empleo de mano de obra desplazada directamente desde Letonia. El litigio traía causa del hecho de que, ante la negativa por parte de la empresa desplazada a acceder a la solicitud del sindicato sueco de los trabajadores del sector de la construcción y de las obras públicas para adherirse al convenio colectivo suscrito entre la respectiva organización patronal sueca y dicha organización sindical (42), esta última había promovido una acción colectiva que, con la colaboración del sindicato sueco de los trabajadores electricistas, consiguió efectivamente bloquear por completo el desarrollo de los trabajos de construcción.

(41) P. MENGOZZI, Conclusiones de 23 de mayo de 2007, asunto Laval (C-341/05), párrafo 1; una exposición más detallada de los hechos del caso puede encontrarse en los párrafos 36-42.

(42) Para entender las repercusiones de la eventual negativa de un empresario extranjero a adherirse a un convenio sectorial sueco, es necesario tener presente el funcionamiento del sistema sueco de relaciones laborales. El Abogado General se ocupa de recoger algunas aclaraciones importantes a este respecto: «El artículo 5 de la Ley sobre desplazamiento de trabajadores [...], mediante la que se adaptó el Derecho sueco a la Directiva 96/71, determina las condiciones de trabajo y empleo aplicables a los trabajadores desplazados, con independencia de la ley aplicable al contrato de trabajo. Dicho artículo contempla así las condiciones de trabajo y empleo comprendidas dentro de las materias enumeradas en el artículo 3, apartado 1, letras a) a g), de la Directiva 96/71, excepto la enumerada en la letra c), relativa al salario mínimo. La Ley sueca relativa al desplazamiento de trabajadores guarda silencio en lo que respecta a las retribuciones, tradicionalmente reguladas en Suecia mediante convenio colectivo. Tampoco se remite a las condiciones de trabajo y empleo, distintas de la retribución, reguladas mediante convenio colectivo [...]. Los convenios colectivos se celebran generalmente a escala nacional entre organizaciones de empresarios y de trabajadores en distintos sectores de actividad. A continuación, pasan a ser vinculantes para todos los empresarios miembros de la organización correspondiente. Una empresa que no sea miembro de la organización patronal signataria, incluso una empresa extranjera, puede también quedar obligada por un convenio colectivo si celebra un acuerdo denominado “de adhesión” [...] a escala local con la sección local de la organización sindical de trabajadores de que se trate. Al firmar un acuerdo de adhesión, el empresario se compromete a atenerse a los convenios colectivos generalmente aplicados en el sector al que pertenece. Dicho acuerdo implica una obligación de paz social para las partes, permitiéndoles a continuación, en particular, iniciar una negociación sobre la cuantía de las retribuciones aplicables a los trabajadores interesados» (P. MENGOZZI, Conclusiones de 23 de mayo de 2007, asunto Laval [C-341/05], párrafos 21 y 25).

Para tratar de remediar esta situación, Laval interpuso una demanda solicitando, en primer lugar, que se declarase la ilegalidad de las medidas de conflicto colectivo adoptadas por el sindicato de trabajadores de la construcción, así como de la acción de solidaridad del sindicato sueco de electricistas; en segundo lugar, que se ordenase el cese de tales medidas y, por último, que se condenase a las organizaciones sindicales implicadas a indemnizar a la empresa por los daños y perjuicios ocasionados. Por su parte, el tribunal sueco planteó una cuestión prejudicial interrogándose sobre la conformidad con el ordenamiento comunitario de las medidas de conflicto colectivo adoptadas por las organizaciones sindicales suecas con el fin de forzar la adhesión del empresario letón al respectivo convenio sectorial sueco, aun cuando aquél ya había suscrito un convenio con las organizaciones sindicales de su país de origen (43).

El Tribunal de Justicia respondió a la cuestión planteada afirmando, por una parte y en primer lugar, que no resulta conforme con la Directiva 96/71, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (44), exigir a las empresas desplazadas una negociación caso por caso del salario aplicable.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia también reconoció, al igual que en el asunto Viking (C-438/05), que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo es un derecho fundamental que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario y que, por tanto, puede constituir una restricción justificada de una libertad económica, pero estimó como incompatible con la libre prestación de servicios y con la Directiva 96/71 el hecho de que una organización sindical intente obligar a un empresario desplazado, mediante una medida de conflicto colectivo consistente en un bloqueo de las obras, a iniciar con ella una negociación sobre las cuantías del salario que deben abonarse a los trabajadores desplazados y a adherirse a un convenio colectivo cuyas cláusulas establecen, para algunas de las materias contempladas en la Directiva 96/71, condiciones más favorables que las derivadas de las disposiciones legales, mientras que otras cláusulas se refieren a materias no previstas en la propia Directiva (45).

(43) Aunque en principio el ordenamiento sueco prohibía la adopción de medidas de conflicto colectivo destinadas a modificar un convenio colectivo suscrito entre terceros e incluso en el extranjero, mediante la denominada «Lex Britannia» se limitó esta prohibición a aquellos convenios relativos a condiciones laborales que se encontrasen en el ámbito de aplicación de la legislación nacional sueca o, dicho con otras palabras, se dejaron fuera de la referida prohibición los convenios suscritos en otros Estados.

(44) En lo sucesivo, se hará referencia a esta norma como «Directiva sobre desplazamiento temporal de trabajadores» o simplemente como «Directiva 96/71».

(45) En última instancia, el Tribunal de Justicia está rechazando la posibilidad de que las organizaciones sindicales puedan presionar al empresario extranjero para adherirse al convenio

Por último, y en cuanto al hecho de que el empresario letón ya hubiese suscrito un convenio con las organizaciones sindicales de su país de origen, el Tribunal de Justicia declaró que resultaba contraria a la libre prestación de servicios una normativa que, como la sueca, establezca una prohibición para las organizaciones sindicales de adoptar medidas de conflicto colectivo con el fin de derogar o modificar un convenio colectivo celebrado por terceros únicamente en relación con condiciones laborales comprendidas en el ámbito de aplicación de la legislación nacional sueco, por cuanto tal normativa establece una discriminación en detrimento de las empresas desplazadas al no tener en consideración los convenios colectivos suscritos en otros Estados miembros.

2. *Eficacia horizontal o frente a particulares de las libertades económicas*

La jurisprudencia comunitaria ha venido tradicionalmente reconociendo la eficacia horizontal de las libertades económicas, si bien únicamente en lo relativo a libre prestación de servicios y a la libre circulación de trabajadores (46). En los asuntos Walrave (C-36/74) (47), Dona (C-13/76) (48), Haug-Adrion (C-251/83) (49), Bosman (C-415/93) (50), Deliège (C-51/96 y 191/97) (51), Lehtonen (C-176/96) (52) y Wouters (C-309/99) (53), el Tribunal de Justicia había declarado expresamente que las regulaciones colectivas se encuentran, en

colectivo sectorial en bloque en la medida en que, por una parte, el salario estipulado en el mismo no puede considerarse mínimo en el sentido de que no se encuentra estipulado por ley ni se trata de un convenio de aplicación general y, por otra parte, dicho convenio regula una amplia gama de condiciones laborales que, en algunos casos, van más allá del catálogo tasado de condiciones contemplado en la Directiva 96/71.

(46) Para lo que sigue, *vid.* P. OLIVER y W. H. ROTH, «The Internal Market and the Four Freedoms», *cit.*, págs. 421 y sigs. Para un análisis más detallado de la eficacia horizontal de las libertades económicas, su evolución en la jurisprudencia y su fundamentación dogmática, *vid.* G. FRANCK, «Die horizontale unmittelbare Anwendbarkeit der EG-Grundfreiheiten-Grundlagen und aktuelle Entwicklung», *Beiträge zum Europa- und Völkerrecht* (Institut für Wirtschaftsrecht), vol. 1, enero de 2009; y, de forma todavía más extensa, *vid.* M. JAENSCH, *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten. Untersuchung der Verpflichtung von Privatpersonen durch Art. 30, 48, 52, 59, 73b EGV*, Nomos, 1997.

(47) Asunto Walrave (C-36/74), párrafos 20-25.

(48) Asunto Dona (C-13/76), párrafo 18.

(49) Asunto Haug-Adrion (C-251/83), párrafos 14-18.

(50) Asunto Bosman (C-415/93), párrafos 82-83.

(51) Asunto Deliège (C-51/96 y 191/97), párrafo 47.

(52) Asunto Lehtonen (C-176/96), párrafo 35.

(53) Asunto Wouters (C-309/99), párrafo 120.

principio y al igual que las medidas estatales, sometidas al ámbito de aplicación de las libertades comunitarias de prestación de servicios y trabajadores.

En particular, en los citados asuntos *Bosman* (C-415/93) y *Lehtonen* (C-176/96), el Tribunal extendió esta jurisprudencia a las regulaciones colectivas de carácter no discriminatorio emanadas de organizaciones de naturaleza privada, quienes se verán obligadas a justificar las eventuales restricciones recurriendo a las causas justificativas previstas en los Tratados o bien a las razones imperiosas de interés general (*mandatory requirements*) admitidas por la jurisprudencia comunitaria. Y, dando todavía un paso más allá en la incisiva evolución de esta línea jurisprudencial, el asunto *Angonese* (C-281/98) (54) sirvió al Tribunal de Justicia para declarar que la libre circulación de trabajadores resultaba incluso aplicable a contratos laborales suscritos entre particulares.

Si bien es verdad que, en su origen, la extensión del ámbito de aplicación de las libertades económicas a las regulaciones establecidas por particulares parecía encontrar su justificación en la naturaleza cuasi-pública de tales organizaciones (55) o en la naturaleza cuasi-legislativa de sus reglamentaciones (56), ello no justifica el extravagante viraje experimentado por una jurisprudencia abocada finalmente a declarar, en el asunto *Ferlini* (C-411/98) (57), la aplicabilidad de las libertades económicas frente a cualquier grupo u organización privada que ejerza «cierto poder» sobre los particulares y pueda imponerles condiciones que menoscaben el ejercicio de tales libertades.

En este sentido, los casos que nos ocupan podrían muy bien encuadrarse dentro del viraje jurisprudencial al que acabamos de aludir en la medida en que, si la eficacia horizontal directa de las libertades económicas venía justificándose tradicionalmente en la capacidad normativa o reguladora de determinadas organizaciones privadas, lo cierto, sin embargo, es que, en los asuntos *Viking* (C-438/05) y *Laval* (C-341/05), las libertades económicas —de establecimiento

(54) Asunto *Angonese* (C-281/98), párrafos 29-36.

(55) Por ejemplo, cuando se trata de organizaciones privadas a las que el Estado haya conferido la competencia para ejercer poderes de naturaleza semi-pública, como el Colegio Británico de Farmacéuticos: Asunto *Royal Pharmaceutical Society* (C-266 y 267/87), párrafos 13-15; o bien cuando se trata de organizaciones privadas constituidas por iniciativa legal, sometidas a las directrices de una autoridad pública y financiadas con cargo a recursos estatales, como la Organización Central para la Comercialización de la Industria Agraria Alemana (*Centrale Marketing-Gesellschaft der deutschen Agrarwirtschaft mbH*): Asunto *Comisión c. Alemania* (C-325/00), párrafos 17-18.

(56) Una normativa de origen privado puede revestir un carácter cuasi-legislativo cuando tiene por finalidad regular colectivamente el trabajo por cuenta ajena y las prestaciones de servicios: Asunto *Lehtonen* (C-176/96), párrafo 35; Asunto *Angonese* (C-281/98), párrafos 31-33.

(57) Asunto *Ferlini* (C-411/98), párrafo 50.

y de servicios, respectivamente— no se ven restringidas por una reglamentación colectiva, sino por la adopción de medidas de conflicto colectivo, si bien es verdad que estas últimas estaban destinadas a condicionar el establecimiento de determinadas condiciones económicas y laborales (58). En todo caso, es evidente que ambos pronunciamientos se diferencian significativamente en este sentido de la jurisprudencia anterior. En ambos asuntos, las medidas de conflicto colectivo emprendidas iban encaminadas a condicionar un proceso de negociación con el empresario, del que podría eventualmente resultar la adopción de un convenio por el que se estableciese una reglamentación colectiva del trabajo, mientras que en la jurisprudencia anterior, sin embargo, el Tribunal de Justicia se había enfrentado a asociaciones profesionales o deportivas con competencia para regular unilateralmente las condiciones de trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia, prerrogativa ésta que resulta completamente ajena a la función propia de las organizaciones sindicales (59), consistente en negociar con los empresarios o con la patronal la adopción de acuerdos en los que se establezcan condiciones laborales recíprocamente pactadas y que en ningún caso estarían en condiciones de imponer unilateralmente al empresario (60).

(58) Esta incoherencia respecto a la jurisprudencia anterior en materia de eficacia horizontal de las libertades económicas ha sido también criticada por C. SCHUBERT, «Europäische Grundfreiheiten und nationales Arbeitskämpfrecht im Konflikt», *Recht der Arbeit*, 5/2008, págs. 289-299 (pág. 291).

(59) En el caso del ordenamiento español, por ejemplo, la doctrina ha definido el convenio colectivo como «[e]l vehículo normativo que contiene el resultado de la interacción combinada de los representantes de trabajadores y empresarios» (cursiva añadida): J. M.^a GALLANA MORENO, «Autonomía colectiva y autonomía individual en la regulación de las condiciones de trabajo», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 68, 2007, págs. 13-24 (pág. 15). Sobre la naturaleza jurídica de los convenios colectivos en el ordenamiento español, *vid.* J. GARCÍA MURCIA, «Los convenios colectivos como fuente de la relación laboral: más apuntes para un debate recurrente», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 68, 2007, págs. 25-50, donde se afirma (pág. 30) que, en nuestro ordenamiento, el convenio colectivo, como instrumento regulador de las relaciones laborales, ni siquiera agota las posibilidades de la negociación colectiva: «... ninguna línea de conexión cerrada o exclusiva cabe apreciar [...] entre el artículo 37.1 CE y la concreta regulación del Título III del ET, que puede ser, como sin duda lo es, desarrollo de aquel derecho constitucional, pero que no agota las posibilidades de la autonomía colectiva».

(60) La diferencia entre la naturaleza de los colegios profesionales y de las organizaciones sindicales se encuentra claramente perfilada en A. C. L. DAVIES, «One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the EJC», *Industrial Law Journal*, núm. 37, 2008, págs. 126-148 (págs. 136-137): «Although both bodies are supported in their activities by the state, the nature of this support differs. Professional bodies are given exclusive control over a particular area of economic activity, whereas unions are (in general) given the right to take collective action to support their negotiating activities. In both *Viking* and *Laval*, the unions' collective action was highly —perhaps even unusually— effective [...]. This gives the impression that unions are able to impose terms and conditions on employers and strengthens the analogy with regulatory bodies.

En este sentido, el propio Abogado General P. Mengozzi, en sus Conclusiones relativas al asunto Laval, reconoce la incoherencia de atribuir aquí eficacia horizontal a la libre prestación de servicios: «Admito de buen grado que el presente asunto difiere de las situaciones enjuiciadas en las sentencias en que el Tribunal de Justicia ha declarado hasta ahora que el artículo 49 CE era aplicable a los actos de las personas privadas. En tales asuntos, en efecto, lo que se examinaba es la legalidad de los reglamentos u otras normas establecidas por las entidades de que se trataba. En cambio, en el presente asunto, lo que se enjuicia es el ejercicio por parte de las organizaciones sindicales de su derecho a emprender una acción colectiva contra un prestador de servicios extranjero con el fin de obligarle a suscribir un convenio colectivo sueco» (61).

Ello no obstante, el Abogado General se desembaraza inmediatamente del problema, afirmando a continuación que «esa diferencia únicamente tiene importancia [...] para determinar si las medidas de conflicto colectivo controvertidas constituyen un obstáculo a la libre prestación de servicios. Es irrelevante a efectos de saber si las organizaciones sindicales están en principio obligadas a respetar las prohibiciones enunciadas en el artículo 49 CE» (62). Por tanto, y como afirma H. Schepel (63), no puede ya de ningún modo sostenerse que exista en la jurisprudencia un test metodológico autónomo que permita determinar el ámbito subjetivo de aplicación de las libertades económicas, sino que los conceptos de «autonomía normativa» o «poder de regulación» con los que el Tribunal pretende justificar el reconocimiento de la eficacia horizontal de aquellas libertades son más bien indicios de una realidad muy diferente, a saber: la capacidad de determinados sujetos u organizaciones privadas para obstruir las libertades de circulación (64).

But the balance of bargaining power between unions and employers obviously varies considerably from case to case.»

(61) P. MENGOZZI, Conclusiones de 23 de mayo de 2007, asunto Laval (C-341/05), párrafo 158. Una crítica a esta incoherencia puede encontrarse también en A. LASA LÓPEZ, «Derechos de conflicto y razones de mercado: caracterización jurídica de la huelga en el Derecho comunitario europeo», *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 13, 2010, págs. 291-335 (pág. 325).

(62) P. MENGOZZI, *ibid.*, párrafo 159.

(63) H. SCHEPEL, «Constitutionalising the Market, Marketising the Constitution, and to Tell the Difference: On the Horizontal Application of the Free Movement Provisions in EU Law», *European Law Journal*, vol. 18, núm. 2, marzo 2012, págs. 177-200 (pág. 187).

(64) Tras analizar el razonamiento por el que el Tribunal de Justicia fundamenta la eficacia horizontal de la libertad de establecimiento en el asunto Viking (C-438/05), a una conclusión similar llega J. KRZEMINSKA, «Horizontal effect of fundamental rights and freedoms— much ado about nothing? German, Polish and EU theories compared after Viking Line», *Jean Monnet Working Paper 11/09*, New York University School of Law, pág. 28: «One of the most important statements

Tampoco queda claro, en atención a la parca argumentación que ofrece el Tribunal al respecto, por qué no resulta procedente una exención de los derechos sindicales del ámbito de aplicación de las libertades económicas por analogía con el asunto Albany (C-67/96), tal como planteó el tribunal remitente en la cuestión prejudicial del asunto Viking (C-438/05) (65). En aquel pronunciamiento, el Tribunal había estimado que las restricciones de la competencia son un efecto inherente a los convenios colectivos, por lo que la única forma de salvaguardar la finalidad social que éstos persiguen pasaba necesariamente por eximirlos del ámbito de aplicación de las normas de competencia. Del mismo modo, puede apreciarse que el derecho de huelga y, más ampliamente, las medidas de conflicto colectivo, en la medida en que constituyen mecanismos de presión basados en la perturbación de la actividad económica del empresario, son susceptibles de provocar, con carácter general y por su propia naturaleza, restricciones o limitaciones significativas en los procesos de producción y distribución de bienes y servicios (66).

in *Viking Line* was that the horizontal enforceability of fundamental freedoms was not only limited to quasi-public organizations exercising regulatory powers. The Court stated that «*there is no indication in that case law [...] that could validly support that view*». Such an explicit statement is important because it suggests an end to the distinction between categories of individuals that could be subject to TEC obligations concerning fundamental freedoms. Like that the horizontal enforceability of fundamental freedoms is generalised as applicable across the board to all private bodies regardless of their status or competences. *The focus is rather on the ability of private body to effectively impose restrictions*» (cursiva añadida).

(65) No obstante, algunos autores no han manifestado extrañeza en cuanto a la decisión del Tribunal de Justicia de no aplicar analógicamente la doctrina del asunto Albany (C-67/96) y reconocer la inmunidad de los derechos sociales frente a las reglas económicas comunitarias, por entender que no se trataba de una doctrina jurisprudencial precisa ni consolidada: *vid.* M.^a T. ALAMEDA CASTILLO, «Derechos sociales fundamentales y libertades comunitarias: ¿dónde está la Europa social?», en R. ESCUDERO RODRÍGUEZ (coord.), *Inmigración y movilidad de los trabajadores*, 1.^a ed., La Ley, 2010. Por el contrario, un buen argumento a favor de la necesidad de extender la inmunidad a los derechos de acción colectiva por coherencia con la doctrina Albany es el formulado por F. DORSSEMONT, «The Right to Take Collective Action *versus* Fundamental Economic Freedoms in the Aftermath of *Laval* and *Viking*», en F. DORSSEMONT/T. JASPERS/A. VAN HOEK (eds.), *Cross-Border Collective Actions in Europe: A Legal Challenge*, Intersentia, 2007, págs. 45-104 (pág. 71): «... collective bargaining and collective action are intertwined phenomena [...]. In our view, the fact that they are inextricably linked constitutes an argument in favor of applying the *Albany*-avenue to the present case [*Viking*]. Indeed, it is useless to safeguard freedom of collective bargaining from the legal niceties of Competition rules, insofar as the *via aurea* for the conclusion of a collective agreement, *id est* the collective action is being blocked.»

(66) T. NOVITZ, «The right to strike and re-flagging in the European Union: free movement provisions and human rights», *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, núm. 2, 2006, págs. 242-256 (pág. 256).

Excepcionando los derechos de acción colectiva *in toto* del ámbito de aplicación de las libertades económicas, al admitir que tienen como efecto inherente una restricción inevitable en la esfera de libertad del empresario, el Tribunal de Justicia podría haber acotado la eficacia horizontal de dichas libertades a fin de salvaguardar el ámbito de protección de los derechos fundamentales en juego. De hecho, el Tribunal disponía de varias referencias en el ordenamiento comunitario que avalaban claramente esta opción: por una parte, el Reglamento (CE) núm. 2679/1998, sobre libre circulación de mercancías, cuyo artículo 2 establece como límite a la implementación de dicha libertad el respeto a los derechos fundamentales de huelga y de adopción de medidas de conflicto colectivo, tal como se encuentran protegidos en los ordenamientos nacionales (67); por otra parte, la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, cuyo artículo 1.7 contiene una cláusula de salvaguarda de los derechos de negociación colectiva y de acción sindical (68); por último, la propia Directiva 96/71/CE, empleada por el Tribunal de Justicia en el enjuiciamiento del asunto Laval (C-341/05), cuyo Considerando 22 prevé expresamente la no afectación de los derechos en materia de acción colectiva (69).

Sin embargo, y pese a lo anterior, lo cierto es que el Tribunal de Justicia reconoció la inclusión de los derechos de acción colectiva en el ámbito de aplicación de las libertades económicas y, una vez configuradas éstas como derechos subjetivos del empresario (70), les confirió eficacia horizontal directa frente a

(67) Artículo 2 del Reglamento (CE) núm. 2679/98 del Consejo de 7 de diciembre de 1998, sobre el funcionamiento del mercado interior en relación con la libre circulación de mercancías entre los Estados miembros: «El presente Reglamento no deberá interpretarse en el sentido de que afecta en modo alguno al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros, incluido el derecho o la libertad de huelga. Estos derechos podrán incluir asimismo el derecho o libertad de emprender otras acciones contempladas por los sistemas específicos de relaciones laborales en los Estados miembros.»

(68) Apartado 7 del artículo 1 de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior: «La presente Directiva no afecta al ejercicio de los derechos fundamentales tal y como se reconocen en los Estados miembros y en el Derecho comunitario. Tampoco afecta al derecho a negociar, celebrar y aplicar convenios colectivos y a emprender acciones sindicales de acuerdo con la legislación y las prácticas nacionales conformes al Derecho comunitario.»

(69) Considerando 22 de la 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: «Considerando que la presente Directiva no afecta la situación de la normativa de los Estados miembros en materia de acción colectiva para la defensa de los intereses profesionales.»

(70) En términos de la dogmática jurídica alemana, las libertades económicas han sido estructuralmente configuradas por el Tribunal de Justicia como derechos públicos subjetivos (*subjektiv-öffentliche Rechte*): *vid.* N. SCHLEPER, «Auf dem Weg zu einer einheitlichen Dogmatik der

las organizaciones sindicales, de tal manera que las acciones colectivas emprendidas por estas últimas quedan ya irremisiblemente sujetas al régimen general de justificación de las restricciones a las libertades económicas, esto es, sometidas al principio de proporcionalidad y necesitadas de justificación al amparo de razones imperiosas de interés general (71). Sobre las consecuencias que esta operación conlleva para la configuración de los derechos fundamentales como restricción de las libertades económicas, volveremos más adelante.

Por el momento, baste con dar cuenta de la inconsistencia en la línea jurisprudencial que ha seguido el Tribunal de Justicia (72) para ir ampliando progresivamente el ámbito subjetivo en el que opera la eficacia horizontal directa de las libertades económicas, así como de la compleja problemática que puede plantear el régimen de justificación que tradicionalmente ha empleado el Tribunal para enjuiciar las restricciones a las libertades económicas cuando, como en los asuntos Viking (C-438/05) y Laval (C-341/05), tal régimen se aplica a las restricciones derivadas de la actuación de los particulares.

Como no ha podido dejar de advertir la doctrina (73), la principal problemática de la eficacia horizontal se deriva del hecho de que, tan pronto como una

Grundfreiheiten?», *Institut für Völkerrecht der Universität Göttingen, Abteilung Europarecht-Göttinger Online-Beiträge zum Europarecht*, núm. 16, 2004, págs. 1-46 (pág. 4).

(71) G. FRANCK, «Die horizontale unmittelbare Anwendbarkeit der EG-Grundfreiheiten-Grundlagen und aktuelle Entwicklung», cit., págs. 12-13 (asunto Laval [C-341/05]) y págs. 13-14 (asunto Viking [C-438/05]).

(72) Por ejemplo, resulta llamativo que en un supuesto relativamente similar al planteado en los asuntos Viking (C-438/05) y Laval (C-341/05), como fue el asunto Comisión c. Francia (C-265/95), también denominado asunto «fresas», en el que la movilización de agricultores franceses consiguió obstaculizar la libre circulación de productos agrícolas, el Tribunal de Justicia no reconociera ningún tipo de eficacia horizontal a la libertad económica afectada, sino que imputase la obstrucción directamente a las autoridades francesas. Esta incoherencia es objeto de comentario en T. KINGREEN, «Fundamental Freedoms», en A. VON BOGDANDY/J. BAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, cit., pág. 548: «Why does the ECJ choose the construction of a direct horizontal effect if the case pertains to sport associations and unions calling for boycott, and why does it choose a duty of the state if it pertains to rioting farmers? The circumstance that angry farmers do not have an address to which a writ of summons can be served, unlike the Belgian soccer association and the Finnish Union of Seamen, may be factually relevant, but in terms of legal theory it is a rather unsatisfactory argument.»

(73) Cfr. H. SCHEPEL, «Constitutionalising the Market, Marketising the Constitution, and to Tell the Difference: On the Horizontal Application of the Free Movement Provisions in EU Law», cit., págs. 196 y sigs.; J. KRZEMINSKA, «Horizontal effect of fundamental rights and freedoms—much ado about nothing? German, Polish and EU theories compared after Viking Line», cit., pág. 35-36; CH. LANGENFELD, «Wer schlägt die Schlacht im Fall Rosella? Streiks gegen Standortverlagerungen contra europäische Niederlassungsfreiheit vor dem EuGH», en O. DEPENHEUER (ed.), *Staat im Wort: Festschrift für Josef Isensee*, Müller, 2007, págs. 815-828 (pág. 823).

medida cae dentro del ámbito de las restricciones prohibidas por las libertades económicas, sólo puede ser salvada, desde el punto de vista del ordenamiento comunitario, si logra justificarse al amparo de los objetivos de interés público y bajo el principio de proporcionalidad. En este sentido y en la medida en que el interés público y las concretas motivaciones de la actuación de los particulares son difícilmente equiparables, la progresiva ampliación de la eficacia horizontal de las libertades económicas frente a todos aquellos particulares susceptibles de generar una restricción en aquéllas acabaría forzando al Tribunal de Justicia a llevar a cabo paralelamente una ampliación de las posibles causas de justificación hacia otras razones que los particulares pudieran aseQUIblemente invocar. Por esta razón, el hecho de que sea necesario justificar las restricciones a las libertades económicas apelando a razones de interés público u orden público es uno de los argumentos señeros que la doctrina suele oponer a la eficacia horizontal de aquéllas (74).

3. *Derechos fundamentales como restricción de libertades económicas*

Aunque una autorizada doctrina ha afirmado que los asuntos Viking (C-438/05) y Laval (C-341/05) no han supuesto una priorización de las libertades económicas en detrimento de los derechos fundamentales (75), son también numerosos los autores que, de una u otra forma, sostienen que el Tribunal de

(74) En palabras de T. KINGREEN, «Fundamental Freedoms», en A. VON BOGDANDY/J. BAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, cit., pág. 548: «Structurally, the fundamental freedoms are not designed to impose duties on private parties. If any sense can be deduced from the distinction between state and society, then this sense should be that the private individual who is bound by the fundamental freedoms cannot take recourse to public policy or security in order to justify his own actions.» Idéntica objeción formula, por su parte, la Abogado General V. TRSTENJAK, Conclusiones de 14 de abril de 2010, asunto Comisión c. Alemania (C-271/08), nota núm. 95: «... la jurisprudencia relativa a las causas de justificación escritas y no escritas fue desarrollada primero en relación con la vulneración de las libertades fundamentales por parte de los Estados miembros. Ello implica que, por regla general, resulta muy difícil para estas asociaciones no gubernamentales aportar la prueba que acredite la justificación [...]. Esto podría considerarse una evolución asimétrica del Derecho comunitario.»

(75) V. SKOURIS, «Das Verhältnis der Grundfreiheiten zu den Gemeinschaftsgrundrechten», cit., págs. 25 y sigs.; J. KOKOTT, «Der EuGH– eine neoliberale Institution?», en C. HOHMANN-DENNHARDT/P. MASUCH/M. VILLIGER (eds.), *Grundrechte und Solidarität– Durchsetzung und Verfahren, Festschrift für Renate Jaeger*, Kehl: N. P. Engel Verlag, 2011, *passim*; S. KRIEGER/N. WIESE, «Neue Spielregeln für Streiks um Tarifsozialpläne. Praktische Konsequenzen aus der Viking-Entscheidung des EuGH», *Betriebs-Berater*, 10/2010, págs. 568-572 (pág. 569).

Justicia ha articulado la relación de conflicto entre ambos en torno a un principio de jerarquía que se resuelve a favor de las primeras (76).

Esta opinión es la mantenida incluso por la Abogado General V. Trstenjak, quien ha afirmado que «[e]l planteamiento seguido en las sentencias «Viking Line» y «Laval un Partneri», según el cual los derechos sociales fundamentales reconocidos por el Derecho comunitario no justifican por sí mismos la restricción de una libertad fundamental —habida cuenta del principio de proporcionalidad—, sino que debe comprobarse siempre la existencia de una causa de justificación escrita o no escrita comprendida en ese derecho, no se aviene con el principio de igualdad de rango de los derechos fundamentales y las libertades fundamentales». Según V. Trstenjak, «[s]emejante enfoque analítico sugiere la existencia de una relación jerárquica entre las libertades fundamentales y los derechos fundamentales en la que estos últimos están supeditados a las primeras, a las que sólo pueden restringir si concurre una causa de justificación, escrita o no escrita» (77).

En última instancia, la idea de fondo que subyace a esta crítica es que, en ambos pronunciamientos, los derechos fundamentales no se bastan a sí mismos como causa de justificación de la restricción impuesta a una libertad económica, sino que únicamente adquieren esta virtud justificativa en la medida en que se categorizan como causas justificativas generales reconocidas en el ordenamiento comunitario, ya sean *causas escritas* (es decir, las causas expresamente previstas en los Tratados que permiten derogar excepcionalmente una libertad económica) o *causas no escritas* (es decir, razones imperiosas de interés general o *mandatory requirements* reconocidos por la jurisprudencia como justificaciones que permiten excepcionar una libertad económica).

En efecto, en el asunto Viking (C-438/05), el razonamiento del Tribunal de Justicia en relación con el conflicto que se plantea entre la libertad de establecimiento y el derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo comienza identificando el punto de fricción entre ambos, al constatar que «una medida

(76) T. BLANKE, «Die Entscheidungen des EuGH in den Fällen Viking, Laval und Rueffert-Domestizierung des Streikrechts und europaweite Nivellierung der industriellen Beziehungen», *Oldenburger Studien zur Europäisierung und zur transnationalen Regulierung*, núm. 18/2008, pág. 3; R. REBHAHN, «Grundfreiheit versus oder vor Streikrecht», *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, núm. 22, 2008, págs. 63-69 (págs. 68-69); A. GUAMÁN HERNÁNDEZ, «La sumisión del derecho de huelga a la libertad de establecimiento comunitaria: el caso Viking Line», *Aranzadi Social*, 79/2007, *passim*; N. REICH, «Free Movement v. Social Rights in an Enlarged Union: The Laval and Viking Cases before the European Court of Justice», *German Law Journal*, vol. 9, núm. 2, 2008, págs. 125-160 (págs. 159-161).

(77) V. TRSTENJAK, Conclusiones de 14 de abril de 2010, asunto Comisión c. Alemania (C-271/08), párrafos 183-184.

de conflicto colectivo como la proyectada por el FSU tiene como consecuencia hacer menos interesante, o incluso inútil [...] el ejercicio por Viking de su derecho al libre establecimiento, porque impide que ésta y su filial Viking Eesti disfruten, en el Estado miembro de acogida, del mismo trato que reciben los demás operadores económicos establecidos en ese Estado»; añadiendo que «una medida de conflicto colectivo adoptada para ejecutar la política de lucha contra los pabellones de conveniencia perseguida por la ITF, que tiene por objeto principal [...] impedir que los armadores matriculen sus buques en un Estado distinto del Estado del que son nacionales los propietarios efectivos de esos buques, puede, cuando menos, restringir el ejercicio por Viking de su derecho al libre establecimiento (78).

Tras identificar la existencia de una restricción en la libertad de establecimiento provocada por el ejercicio de la acción colectiva, el Tribunal procede a examinar su posible justificación, partiendo de la premisa de que «sólo puede admitirse una restricción a la libertad de establecimiento si ésta persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado y está justificada por razones imperiosas de interés general. También es necesario, en tal caso, que sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo» (79).

Nótese que el análisis de la posible justificación sigue, por tanto, el *iter* lógico que, con carácter general, emplea el Tribunal para valorar la eventual legitimidad de cualesquiera restricciones, sin establecer, en principio, un análisis específico para el caso, pese a que —como el propio Tribunal ya había reconocido (80)— se encuentre aquí ante el ejercicio de un derecho fundamental. De hecho, mantiene la premisa genérica de que la restricción debe ampararse en

(78) Asunto Viking (C-438/05), párrafos 72-73.

(79) Asunto Viking (C-438/05), párrafo 75.

(80) Asunto Viking (C-438/05), párrafos 43 y sigs. («... el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, incluido el derecho de huelga, está reconocido en diferentes instrumentos internacionales en los que los Estados miembros han participado o a los que se han adherido, como la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, por lo demás expresamente mencionada en el artículo 136 CE, y el Convenio núm. 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, adoptada el 9 de julio de 1948 por la Organización Internacional del Trabajo, y en instrumentos elaborados por dichos Estados miembros a nivel comunitario o en el marco de la Unión, como la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, adoptada en la reunión del Consejo Europeo celebrada en Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989, también mencionada en el artículo 136 CE, y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [...]. Aunque el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, incluido el derecho de huelga, debe ser, por tanto, reconocido como derecho fundamental que forma parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia, su ejercicio puede ser sometido a ciertas restricciones»).

«razones imperiosas de interés general», sin que parezca bastar, por lo pronto, que el valor en juego sea la protección de un derecho fundamental.

A mayor abundamiento, el Tribunal observa a continuación que «el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo con la finalidad de proteger a los trabajadores constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado [...] y que la protección de los trabajadores figura entre las razones imperiosas de interés general ya reconocidas por el Tribunal de Justicia» (81). De manera que, en última instancia, la justificación de la restricción no se halla, para el Tribunal, en la naturaleza de la acción colectiva como derecho fundamental, sino, con carácter general, en la protección de los trabajadores. A renglón seguido, el pronunciamiento recuerda que el ordenamiento comunitario no tiene únicamente una finalidad económica basada en la construcción del mercado interior, sino que persigue igualmente una finalidad social y, a continuación, el Tribunal se adentra en el juicio de proporcionalidad, sobre el que volveremos más adelante.

Por su parte, y siguiendo una línea relativamente similar, en el asunto Laval (C-341/05), el Tribunal de Justicia comienza también su razonamiento identificando el conflicto entre las acciones colectivas ejercidas por las organizaciones sindicales y, en este caso, la libre prestación de servicios, al constatar que «el derecho de las organizaciones sindicales de un Estado miembro a adoptar medidas de conflicto colectivo mediante las cuales las empresas establecidas en otros Estados miembros puedan verse obligadas a adherirse a un convenio colectivo de la construcción que tiene algunas cláusulas que difieren de las disposiciones legales al establecer condiciones de trabajo y empleo más favorables en relación con las materias contempladas en [...] la Directiva 96/71 y otras cláusulas que se refieren a materias no previstas en dicha disposición, puede hacer menos interesante, e incluso más difícil, para dichas empresas la ejecución de obras de construcción en el territorio sueco y constituye, por este motivo, una restricción a la libre prestación de servicios en el sentido del artículo 49 CE» (82).

También aquí el Tribunal procede a examinar la eventual justificación de la restricción identificada al amparo de la misma premisa, según la cual «una restricción a dicha libertad sólo puede admitirse cuando persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado y está justificada por razones imperiosas de interés general, si bien, en tal caso, debe ser adecuada para garantizar la realización del objetivo perseguido y no ir más allá de lo necesario para lograrlo» (83).

(81) Asunto Viking (C-438/05), parágrafo 77.

(82) Asunto Laval (C-341/05), parágrafo 99.

(83) Asunto Laval (C-341/05), parágrafo 101.

Y, a continuación, el Tribunal de Justicia observa en este sentido que «el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo con la finalidad de proteger a los trabajadores del Estado de acogida frente a una eventual práctica de *dumping* social puede constituir una razón imperiosa de interés general, en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que puede justificar, en principio, una restricción a una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado» (84). Por último, el pronunciamiento apela de nuevo a la finalidad social y no meramente económica del ordenamiento comunitario y procede también a la aplicación del juicio de proporcionalidad, sobre el que, como ya indicamos, volveremos más adelante.

Al igual que en el asunto Viking (C-438/05), por tanto, la legitimidad de la restricción no se encuentra en el hecho de que las acciones emprendidas por las organizaciones sindicales se amparen en un derecho fundamental, sino en el objetivo más genérico que aquéllas pudieran perseguir y que, en este caso, parece identificarse de manera más concreta con la protección de los trabajadores frente a las prácticas de *dumping* social. En ambos supuestos, en efecto, el Tribunal no reconoce la protección de los derechos fundamentales *per se* como justificación válida de las restricciones ocasionadas a las libertades económicas afectadas (85), sino que categoriza tales derechos dentro de la cláusula genérica de justificación basada en razones imperiosas de interés general (86).

Parece aquí correcta, a la vista de lo anterior, la interpretación propuesta por quienes aseguran que los derechos fundamentales únicamente constituyen meras restricciones justificadas de las libertades económicas bajo la forma genérica de razones imperiosas de interés general o *mandatory requirements*, que permiten excepcionar la vigencia de tales libertades bajo el estricto escrutinio del principio de proporcionalidad.

(84) Asunto Laval (C-341/05), parágrafo 103.

(85) El Tribunal de Justicia desvía así el valor jurídico de la justificación fuera del ámbito de protección del propio derecho fundamental, como ya había sido observado, entre otros, por A. C. L. DAVIES, «One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the EJC», cit., pág. 141: «... a first point to note is that the mere exercise of the right to take collective action is not regarded by the Court as a legitimate aim in itself. It is the aim of the strike that must be considered.»

(86) Algunos autores han llegado a afirmar que el Tribunal de Justicia opera en su razonamiento como si no hubiese en juego ningún derecho fundamental, *vid.* J. MALMBERG/T. SIGEMAN, «Industrial Action and EU Economic Freedoms: the Autonomous Collective Bargaining Model Curtailed by the European Court of Justice», *Common Market Law Review*, vol. 45, núm. 4, agosto de 2008, págs. 1115-1146 (pág. 1130): «In fact, when analyzing if the restrictions on the economic freedoms which followed from the collective actions could be justified, the Court did not address this as an issue of exercising of a fundamental right; instead it asked if the collective action could be justified as means for protection of workers.»

En este sentido, el Tribunal de Justicia se aparta de su jurisprudencia anterior o, cuando menos, del criterio empleado en el asunto Schmidberger (C-112/00) para la resolución de una relación de conflicto entre libertades económicas y derechos fundamentales, pues, en este último pronunciamiento, el Tribunal había considerado que, en tales casos, «es preciso *ponderar* los intereses en juego y determinar, habida cuenta del conjunto de circunstancias de cada caso, si se ha observado un *justo equilibrio* entre dichos intereses», señalando que «la autoridad [nacional] competente dispone de una *amplia facultad de apreciación*», si bien es necesario «verificar si las restricciones impuestas a los intercambios intracomunitarios son proporcionadas a la finalidad legítima perseguida, a saber, en el caso de autos, *la protección de los derechos fundamentales*» (87).

Es evidente, a la vista de los pasajes citados, que el criterio sentado en el asunto Schmidberger (C-112/00) parecía conferir una auténtica igualdad de rango a libertades económicas y derechos fundamentales, en la medida en que propone como resolución a un eventual conflicto entre ambos el empleo de la ponderación a fin de garantizar un justo equilibrio entre tales derechos y libertades, reconociendo al Estado miembro de turno un margen de apreciación para determinar la extensión del ámbito protegido por el derecho fundamental frente a la libertad económica y, si bien corresponde al Tribunal de Justicia verificar la proporcionalidad de las restricciones impuestas a las libertades económicas afectadas, tal enjuiciamiento debe llevarse a cabo considerando que la finalidad última de estas restricciones es la protección de los derechos fundamentales.

En los asuntos Viking (C-438/05) y Laval (C-341/05), sin embargo, los derechos fundamentales ejercitados por las organizaciones sindicales únicamente son susceptibles de justificar las restricciones que ocasionan en las libertades económicas en tanto puedan categorizarse como razones imperiosas de interés general y ello, al amparo de una finalidad que, como la protección de los trabajadores o la lucha contra el *dumping* social, pueda ser eventualmente considerada legítima por el Tribunal de Justicia.

Como bien apunta la Abogado General V. Trstenjak en sus ya citadas Conclusiones, «debe tenerse en cuenta que la causa de justificación no escrita de «razones imperiosas de interés general» no puede ser invocada para justificar restricciones de las libertades fundamentales que se apliquen de un modo discriminatorio. Por lo tanto, si el ejercicio de un derecho fundamental comunitario condujese a una restricción aplicada de modo discriminatorio de una libertad fundamental, debería analizarse, conforme al enfoque analítico aplicado en las sentencias «Viking Line» y «Laval un Partneri», si concurre alguna de las cau-

(87) Asunto Schmidberger (C-112/00), párrafos 81-82 (cursiva añadida).

sas de justificación de restricciones a la libertad fundamental de que se trata recogidas expresamente en el Tratado CE. Este límite adicional a las causas de justificación de una restricción de las libertades fundamentales confirmaría de forma clara la existencia de una relación jerárquica entre los derechos fundamentales y las libertades fundamentales» (88).

Dicho con otras palabras, los derechos fundamentales operan, en estos dos asuntos, como meras restricciones de las libertades económicas y, en cuanto tales, sometidos al limitado régimen bajo el que éstas tienen apenas cabida en el ordenamiento comunitario (89). Desde esta perspectiva, tales derechos no despliegan su eficacia como derechos fundamentales en su versión comunitaria o, si se quiere, como principios generales del ordenamiento comunitario, sino que tienen su sede en los ordenamientos jurídicos de los respectivos Estados miembros, desde los que operan como obstáculos de Derecho nacional que, para oponerse válidamente a la vigencia de las libertades comunitarias, tienen la carga de justificar su eventual interferencia en aquéllas.

En este sentido, los asuntos Viking (C-438/05) y Laval (C-341/05) se aproximan metodológicamente al asunto Omega Spielhallen (C-36/02), en el sentido de que el valor jurídico que exige derogar o excepcionar la vigencia de las libertades económicas reside en el ordenamiento nacional de turno, ya se trate de la dignidad humana o de los derechos laborales y sindicales, tal como éstos hayan sido específicamente configurados en los correspondientes ordenamientos alemán, sueco o finlandés, respectivamente. La diferencia, sin embargo, es que el Tribunal de Justicia no concede ya aquí más que un margen mínimo o prácticamente nulo de apreciación a los Estados miembros en cuanto a la determinación del ámbito protegido por los derechos fundamentales en juego, especialmente en el asunto Laval (C-341/05), ni muestra tampoco ninguna deferencia con respecto a las particularidades de sus diferentes tradiciones constitucionales (90)

(88) V. TRSTENJAK, Conclusiones de 14 de abril de 2010, asunto Comisión c. Alemania (C-271/08), parágrafo 185.

(89) Esta idea se encuentra expresada en términos muy similares, con cita de A. LO FARO, en A. BAYLOS GRAU, «El espacio supranacional de ejercicio del derecho de huelga y la restricción legal de sus capacidades de acción», *Revista de Derecho Social*, núm. 41, 2008, págs. 123-143 (pág. 134): «... la vigencia en el espacio europeo de los derechos colectivos reconocidos por las constituciones nacionales y declarados como tales derechos fundamentales a nivel europeo —en la Carta de Niza (2000), y después en la Declaración de Lisboa (2007)— no se considera una aplicación del Derecho comunitario sino una suerte de “derogación singular” de la constitución económica supranacional, una “excepción” a la misma.»

(90) Cfr. J. MALMBERG/T. SIGEMAN, «Industrial Action and EU Economic Freedoms: the Autonomous Collective Bargaining Model Curtailed by the European Court of Justice», cit., pág. 1130.

y ello, en particular y según analizaremos a continuación, como consecuencia de la aplicación que realiza el Tribunal, en ambos supuestos, del principio de proporcionalidad.

4. Principio de proporcionalidad

El empleo que hizo el Tribunal de Justicia del test de proporcionalidad en los asuntos *Viking* (C-438/05) y *Laval* (C-341/05) constituye indiscutiblemente uno de los elementos más controvertidos de la argumentación jurídica de ambos pronunciamientos. En efecto, y como bien advirtió N. Hös, «... one of the main reasons why the outcome of these two cases [*Viking/Laval*] became so controversial was because of the way how the Court used the principle of proportionality. [...] the Court consciously or unconsciously opened up a “Pandora’s box” with its proportionality analysis in *Viking* and *Laval*. The Court seemed to “amalgamate” different types of proportionality tests in the *Viking* and *Laval* cases and these led to a very controversial end-result» (91).

De hecho, ya desde un primer momento, la aplicación del principio de proporcionalidad como instrumento de resolución de un conflicto entre libertades económicas y derechos fundamentales no deja de resultar una metodología controvertida. Pues, si tales libertades han sido configuradas estructuralmente en la jurisprudencia como derechos subjetivos y dotadas de un grado de protección y garantía, cuando menos, equiparable al que resulta propio de los derechos fundamentales (92), entonces sería necesario concluir, como apunta la Abogado General V. Trstenjak, que «la relación entre las libertades fundamentales y los derechos fundamentales se caracteriza por una amplia convergencia, tanto desde el punto de vista de su estructura como del de su contenido», siendo «posible formular el contenido de garantías de las libertades fundamentales en términos de derechos fundamentales, especialmente valiéndose de aquellos que protegen la actividad económica» y, por lo tanto, «[h]abida cuenta de esta convergencia, sería un error pretender la existencia, en principio, de un conflicto

(91) N. HÖS, «The Principle of Proportionality in the *Viking* and *Laval* Cases: An Appropriate Standard of Judicial Review?», *EUI Working Papers Law*, 2009/06, pág. 3.

(92) *Vid.* R. STREINZ, § 151, «Grundrechte und Grundfreiheiten», en D. MERTEN/H.-J. PAPIER (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band VI/1 (Europäische Grundrechte), cit., pág. 670: «Grundfreiheiten und Grundrechte haben eine Reihe von Gemeinsamkeiten, die dazu führen, daß die Grundfreiheiten selbst als “Grundrechte” “spezielle Formen der Grundrechte” oder als (zumindest) “grundrechtsähnliche Rechte” bezeichnet werden.»

o una relación jerárquica entre los derechos fundamentales y las libertades fundamentales (93).

Dicho de otro modo, lo lógico sería enjuiciar la relación de conflicto entre derechos fundamentales y libertades económicas a través de la metodología típica de la resolución de una colisión entre derechos fundamentales —situados en un mismo nivel en la jerarquía del ordenamiento jurídico— y tal metodología, por cierto, no consiste en la aplicación del principio de proporcionalidad, sino en el recurso a la ponderación (94).

En efecto, la operatividad del principio de proporcionalidad persigue imponer una barrera en la interferencia o limitación de los derechos fundamentales de los individuos por parte de los poderes públicos, cuando tal interferencia o limitación resulta indispensable para la consecución de un interés público (95). Dentro de los tres elementos que componen el principio de proporcionalidad, el tercero de ellos —los dos anteriores son la idoneidad y la necesidad— consiste en la ponderación, pero esta última se caracteriza, en el ámbito del principio de proporcionalidad, por el hecho de que su aplicación se realiza generalmente entre un derecho individual y un bien colectivo. De hecho, la lógica del principio de proporcionalidad se vertebra en torno a la relación de medio a fin, en el sentido de que valora si el empleo de un determinado medio —la limitación de un derecho fundamental— resulta proporcional para la consecución de un determinado fin, a saber, la consecución del interés público que exige tal limitación.

Sin embargo, y aparte de la ponderación como tercer elemento integrante del principio de proporcionalidad, existen asimismo supuestos específicos de aplicación del método de ponderación que quedan fuera de la lógica y del ámbito de proyección del test de proporcionalidad en la medida en que la limitación del derecho fundamental no obedece a una intervención o interferencia por parte del poder público: el supuesto por antonomasia, evidentemente, responde a los conflictos entre derechos fundamentales, cuya resolución no puede obedecer a la lógica propia de una relación de medio a fin, sino a un mandato de

(93) V. TRSTENJAK, Conclusiones de 14 de abril de 2010, asunto Comisión c. Alemania (C-271/08), parágrafo 187.

(94) Sobre la distinción entre ambos conceptos y para lo que sigue, *vid.* J. M.^a RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, 2000, págs. 105 y sigs.

(95) Aunque en ocasiones se haya aplicado con imprecisión y se haya acabado extrapolando a otros ámbitos, el principio de proporcionalidad se proyecta sobre la acción del poder público, que es «su genuino destinatario», en palabras de J. BARNÉS VÁZQUEZ, «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario», *Revista de Administración Pública*, núm. 135, septiembre-diciembre de 1994, págs. 495-535, pág. 531, nota núm. 165.

concordancia práctica por el que se persigue la maximización de los derechos fundamentales enfrentados, sin que ninguno prevalezca sobre el otro (96).

No obstante lo anterior, somos conscientes de que la aplicación del método de ponderación, como metodología más apropiada para resolver un conflicto entre bienes jurídicos con igualdad de rango, requeriría evidentemente que el conflicto fuese planteado estructuralmente como una colisión entre libertades económicas y derechos fundamentales, concebidos estos últimos en su versión comunitaria como principios generales del ordenamiento, siendo así que, en los asuntos Viking (C-438/05) y Laval (C-341/05), el conflicto ha sido planteado por el Tribunal de Justicia, tal como acabamos de exponer, con respecto a derechos fundamentales nacionales, categorizados como excepciones o derogaciones excepcionales de las libertades económicas y sometidos, por consiguiente, al correspondiente régimen de justificación.

Un tal planteamiento, en el que se minimiza el ámbito de protección del derecho fundamental con el objetivo de reducir, en la medida de lo posible, la interferencia del mismo sobre la libertad económica y maximizar así el ámbito de protección de esta última, no emplea la metodología propia de la ponderación, ya que obedece a una lógica muy diferente de la planteada anteriormente (97). No obstante, la aplicación que realiza el Tribunal de Justicia del principio de proporcionalidad, ya de por sí criticable en los términos que acabamos de formular, merece también otro tipo de objeciones.

(96) Una excelente distinción del principio de concordancia práctica en la ponderación, tal como fue teorizado por K. HESSE, frente a la lógica propia del principio de proporcionalidad, puede encontrarse también en J. BARNÉS VÁZQUEZ, *ibidem*, pág. 532, nota núm. 166, donde se explica que la concordancia práctica «postula la más eficaz ponderación o equilibrio entre los bienes y derechos en conflicto, es decir, que cada uno de los bienes o derechos en litigio obtenga la máxima efectividad posible; la ponderación que realiza el principio de proporcionalidad *stricto sensu*, por el contrario, consiste en un juicio negativo, por cuanto prohíbe que el medio sea “desproporcionado”; la ponderación que propugna la concordancia práctica, en cambio, se resuelve en un juicio positivo, al perseguir el máximo grado de plenitud de los bienes en presencia. Un medio puede ser proporcional (principio de proporcionalidad), pero no el óptimo (principio de concordancia). Pero el medio óptimo es, en todo caso, proporcional».

(97) *Vid.* G. ORLANDINI, «Trade Union Rights and Market Freedoms: The European Court of Justice Sets Out the Rules», *Comparative Labor Law and Policy Journal*, University of Illinois, vol. 29, núm. 4, 2008, págs. 573-604 (pág. 596): «On full consideration, in fact, the Court did not reach a true balance in these cases, since the claim that the fundamental right to strike must be “reconciled with the requirements relating to rights protected under the Treaty” was not followed by any points on the need to protect the exercise of this right. The decision on a possible justification of trade union action only tackles the nature of the aims pursued by the action. These are legitimate aims, but are subject to assessment in the light of the principle of necessity and proportionality.»

En efecto, la aplicación del test de proporcionalidad resulta extremadamente sensible en la medida en que, como advierte B. BERCUSSON en relación con el asunto Viking (C-438/05) (98), el Tribunal de Justicia trata de sopesar lo que, en última instancia, son intereses económicos enfrentados por parte del empresario y de la organización sindical. A este respecto, es necesario tener presente que los trabajadores sólo disponen de poder de negociación gracias a su capacidad para acordar colectivamente un cese de su trabajo. Por esta razón, los tribunales nacionales suelen ser extremadamente cautos a la hora de invocar el test de proporcionalidad en lo referente a la huelga, en tanto que derecho íntimamente ligado a la negociación colectiva. Así, resulta significativamente complejo en la práctica aplicar el juicio de proporcionalidad a las demandas formuladas por las organizaciones sindicales en el marco de los procesos de negociación.

De hecho, responde a la propia naturaleza de tales procesos el hecho de que ambas partes, sindical y patronal, maximicen sus demandas en la medida de lo posible, tratando de buscar una solución de compromiso a través de la negociación y, en su caso, a través de procesos de mediación y conciliación. Siendo ello así, no resulta evidente en qué concreto momento de dicho proceso y con base en qué criterios debería aplicarse el juicio de proporcionalidad. En este sentido, el empleo de este principio para valorar la legitimidad de las medidas de acción colectiva se encuentra generalmente descartado en la mayoría de los sistemas de relaciones industriales de los Estados miembros con el fin de mantener la imparcialidad por parte de las autoridades públicas en tales conflictos (99).

En el asunto Viking (C-438/05), el primer elemento del test de proporcionalidad —la adecuación de la restricción al fin— es el único que toca el Tribunal en su razonamiento y, dejando el resto a la apreciación del juez nacional (100),

(98) Sobre esta crítica a la aplicación del principio de proporcionalidad en los contextos de conflicto laboral y para lo que sigue, *vid.* B. BERCUSSON, «The Trade Union Movement and the European Union: Judgment Day», *European Law Journal*, vol. 13, núm. 3, mayo 2007, págs. 279-308 (pág. 304).

(99) Al respecto, *vid.* F. RÖDL, «The Labour Constitution», en A. VON BOGDANDY y J. BAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, cit., pág. 649: «This principle [of proportionality] is unknown to many Member State labour constitutions. Even in Member States where this principle does exist as a constraint on collective action, the reference to the fundamental freedoms plays out as additional support for employers. With this, the social balance of power, constituted by Member States' labour constitutions, is directly shifted in favour of employers.»

(100) Nótese, por cierto, que la deferencia mostrada en el asunto Viking (C-438/05) por el Tribunal de Justicia al dejar en manos del juez nacional la aplicación del principio de proporcionalidad no deja de resultar problemática, en la medida en que el juez remitente es un tribunal británico, la *Court of Appeal*, quien tendrá que valorar, a la luz del referido principio, la actuación de las organizaciones sindicales que emprendieron las medidas de conflicto colectivo en el marco del ordenamiento jurídico finlandés. La competencia de los tribunales británicos en el asunto respon-

lo hace para precisar que, aunque pudiera considerarse razonablemente y a primera vista que las acciones sindicales emprendidas en el marco de la lucha contra los pabellones de conveniencia se encuentran comprendidas en el objetivo de la protección de los trabajadores, «no podría mantenerse esta calificación si se comprobara que los empleos o las condiciones de trabajo de que se trata no estaban comprometidos o seriamente amenazados» (101).

Como quiera que al Tribunal de Justicia no le basta, para justificar las medidas de conflicto colectivo, el hecho de que el sindicato finés esté actuando amparado por un derecho fundamental, el pronunciamiento exige escrutar la finalidad de la huelga para determinar si efectivamente persigue la protección concreta de los trabajadores. De este modo y como acertadamente ha observado A. Lasa López, «[l]a valoración judicial del alcance de la restricción se transfiere de las modalidades de ejercicio del derecho a la finalidad de la huelga, es decir, lo que se valora no es si el ejercicio de la acción sindical respeta los límites externos, sino el efecto restrictivo sobre la libertad económica», de tal manera que «el límite no es recíproco, sino unilateral» y «[l]a libertad económica no sólo se hace inmune frente al derecho de huelga, sino que al configurarse como limitación a la propia finalidad de la acción colectiva impone una revisión de los límites internos del derecho de huelga [...] que termina por desnaturalizarla» (102).

Por su parte, en el asunto Laval (C-341/05), el segundo elemento del test de proporcionalidad —la necesidad de la medida adoptada por el sindicato— se hace depender indirectamente de la Directiva de desplazamiento temporal de trabajadores, en la medida en que esta última limita taxativamente el margen de interferencia permitido en la libertad del empresario con el fin de proteger los intereses de los trabajadores (103). En efecto, y de acuerdo con el razonamiento

de al hecho de que la *International Transport Workers' Federation* (ITF), a la que está adscrita la *Finnish Seamen's Union* (FSU), tiene su sede en Londres. Sobre la problemática que esta situación podría plantear, vid. N. REICH, «Gemeinschaftliche Verkehrsfreiheiten versus Nationale Arbeitskämpfrecht», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 13/2007, págs. 391-396 (pág. 393), y, de manera más extensa, vid. J. O. FROSINI, «Right of Establishment and Right to Collective Action: A “Viking” Invasion of the English Courts?», *Revista General de Derecho Público Comparado*, núm. 2, enero de 2008.

(101) Asunto Viking (C-438/05), parágrafo 81.

(102) A. LASA LÓPEZ, «Derechos de conflicto y razones de mercado: caracterización jurídica de la huelga en el Derecho comunitario europeo», cit., pág. 329.

(103) Vid. C. SCHUBERT, «Europäische Grundfreiheiten und nationales Arbeitskämpfrecht im Konflikt», *Recht der Arbeit*, 5/2008, págs. 289-299 (pág. 296). El hecho de que aquí esté involucrada la Directiva sobre desplazamiento temporal de trabajadores en el razonamiento del Tribunal de Justicia es uno de los elementos que diferencian el asunto Laval (C-341/05) del asunto Viking (C-438/05) y, tal vez, sea también la causa que explique por qué el enjuiciamiento del Tribunal sobre el derecho de acción colectiva sea aquí mucho más incisivo que en el asunto Viking

del Tribunal de Justicia, resultan contrarias a la libre prestación de servicios todas aquellas medidas adoptadas con el objetivo de imponer al empresario condiciones laborales más favorables o relativas a materias distintas de las que se encuentran expresamente tasadas en la referida Directiva (104).

Bien es verdad, no obstante, que el núcleo de protección establecido en la referida Directiva puede ampliarse con medidas adicionales, pero únicamente a condición de que tales medidas respondan a razones de orden público. Así, el apartado 10 de su artículo 3 dispone que la Directiva no impedirá a los Estados miembros imponer, de acuerdo con los Tratados, «condiciones de trabajo y empleo referidas a materias distintas de las enumeradas [...] en la medida en que se trate de disposiciones de orden público».

Sin embargo, la posibilidad de invocar el orden público para introducir condiciones relativas a otras materias en el régimen aplicable a los trabajadores desplazados no está en manos de los sindicatos del Estado de acogida, sino que tal posibilidad queda reservada a este último, por lo que, en palabras de M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, «la autonomía colectiva no estaría legitimada para imponer en el Estado de acogida por razones de orden público condiciones de trabajo «adicionales» al núcleo de condiciones mínimas», de manera que la Directiva es interpretada por el Tribunal de Justicia «como una barrera o frontera para la autonomía colectiva cuando opere o actúe respecto a las condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados» (105).

(C-438/05), hecho que ya había sido observado por la doctrina: *vid.* J. P. LANDA ZAPIRAIN/M. MORENO MARCOS, «Una nueva encrucijada para el Derecho del trabajo: la compatibilidad de los derechos colectivos de la acción sindical con el respeto a las libertades fundamentales del mercado interior comunitario», *Relaciones Laborales*, núm. 11, 2008.

(104) En palabras de A. GINÈS I FABRELLAS, «Libre prestación de servicios y desplazamiento temporal de trabajadores. TJCE: víctima y verdugo del *dumping* social», *Relaciones Laborales*, núm. 19, 2011, pág. 9: «... desde el momento en que la protección de los trabajadores y la prevención del *dumping* social quedan perfectamente garantizadas, según el TJCE, por la Directiva 96/71/CE, dichas razones dejan de ser suficientes para justificar mayores restricciones a la libre prestación de servicios.» De este modo, se limita la libertad de las organizaciones sindicales del país de acogida para reivindicar los intereses de los trabajadores desplazados, cuya promoción parece quedar reservada a las organizaciones sindicales del país de origen del empresario, tal como ha observado P. CHAUMETTE, «Les actions syndicales dans le maillage des libertés communautaires des entreprises», *Droit Social*, núm. 2, febrero de 2008, págs. 210-220 (pág. 215): «[I]es syndicats du pays d'accueil peuvent seulement exiger le respect des règles applicables, comme si les revendications étaient réservées aux syndicats du pays d'établissement de l'entreprise».

(105) M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, «Libertad de prestación de servicios y acción sindical», *Relaciones Laborales*, núm. 23-24, 2008, pág. 7. Una idea similar puede encontrarse en B. ZWANZIGER, «Arbeitskampf- und Tarifrecht nach den EuGH-Entscheidungen "Laval" und "Viking". Zugleich Anmerkung zu den EuGH-Entscheidungen vom 11.12.2007 und 18.12.2007», *Der Betrieb*, 6/2008, págs. 294-298 (pág. 297), donde se afirma que la Directiva

Puede observarse, por tanto, cómo la Directiva sobre desplazamiento temporal de trabajadores opera como norma de Derecho secundario capaz de modular la aplicación del juicio de proporcionalidad a la actuación de las organizaciones sindicales, en la medida en que determina las concretas condiciones laborales respecto de las que resultaría admisible la adopción de medidas de conflicto colectivo o, dicho con otras palabras, la Directiva condiciona la configuración del segundo elemento del test de proporcionalidad, por cuanto constituye el parámetro a partir del cual el Tribunal valora la necesidad de las medidas adoptadas por las organizaciones sindicales (106).

La apreciación que acabamos de formular puede corroborarse directamente en el razonamiento seguido por el Tribunal de Justicia que, tras admitir que las medidas de conflicto colectivo podrían constituir una restricción justificada a la libre prestación de servicios en la medida en que persigan la protección de los trabajadores, afirma a continuación que, en atención a las obligaciones que se derivarían de la adhesión al convenio colectivo que las organizaciones sindicales pretenden imponer al empresario letón desplazado, «el obstáculo que dichas medidas suponen no puede justificarse a la luz de tal objetivo», por cuanto el empresario extranjero ya «está obligado, debido a la coordinación realizada por la Directiva 96/71, a respetar un núcleo de disposiciones imperativas de protección mínima en el Estado miembro de acogida» (107).

Asimismo y en relación con la negociación salarial, el Tribunal de Justicia afirma, en una línea similar, que «no pueden justificarse medidas de conflicto

96/71/CE implica, en la práctica, que las medidas destinadas a garantizar la protección debida a los trabajadores desplazados deben implementarse mediante el establecimiento de condiciones mínimas por parte del Estado miembro de acogida y no mediante la adopción de medidas de conflicto colectivo contra el empresario desplazado por parte de las organizaciones sindicales de dicho Estado. Limitándose la capacidad de acción de estas últimas, es necesario tener presente que los trabajadores desplazados, debido precisamente al carácter transitorio del desplazamiento, tampoco están en condiciones de organizar sindicalmente y por sí mismos la defensa de sus específicos intereses: *vid.* A. R. GANESH, «Appointing Goxes to Guard Henhouses: the European Posted Workers' Directive», *The Columbia Journal of European Law*, vol. 15, núm. 1, 2008/09, págs. 123-142 (págs. 135 y sigs.).

(106) *Vid.* G. ORLANDINI, «Trade Union Rights and Market Freedoms: The European Court of Justice Sets Out the Rules», *cit.*, pág. 598: «ECJ judges call trade unions to a sort of *probatio diabolica*: their action is lawful only if it pursues the aim of protecting workers in a «proportionate» manner. This means that their action should not aim at imposing on foreign undertakings obligations greater than those the undertakings are already required to meet under the national law implementing Council Directive 96/71 (EC). It follows that any trade union action is to be considered automatically disproportionate, as its rationale is always that of trying to impose on undertakings something that they are not required to meet» (cursiva añadida).

(107) Asunto Laval (C-341/05), párrafo 108.

colectivo como la controvertida en el asunto principal con arreglo al objetivo de interés general mencionado [...] cuando la negociación salarial que pretenden imponer a una empresa establecida en otro Estado miembro se inscribe en un contexto nacional caracterizado por la falta de disposiciones, cualquiera que sea su naturaleza, que sean suficientemente precisas y accesibles para evitar que, en la práctica, resulte imposible o excesivamente difícil para la empresa determinar las obligaciones que debe cumplir en materia de salario mínimo». Es decir, que las medidas de acción colectiva adoptadas por el sindicato para forzar la negociación salarial con el empresario tampoco pueden considerarse necesarias —ni, por tanto, proporcionadas— en la medida en que no pueden encuadrarse dentro del marco establecido en la citada Directiva 96/71/CE (108).

Al modular tan intensamente el enjuiciamiento de las acciones adoptadas por la organización sindical, la Directiva 96/71/CE está determinando, en última instancia, en qué medida dichas acciones interfieren en el ámbito de libertad del empresario protegido por la libre prestación de servicios y, en tanto en cuanto el Tribunal de Justicia reconoce la oponibilidad de esta libertad comunitaria frente a la organización sindical, parece que su razonamiento llegase a conferir una cierta eficacia horizontal a la propia Directiva. Dicho con otras palabras, en la medida en que la Directiva opera como parámetro de interpretación de la libertad comunitaria, llega también a impregnarse inevitablemente de la eficacia horizontal que el Tribunal reconoce a aquélla, pese a que ello no se compadecería con la consolidada doctrina jurisprudencial según la cual las Directivas no son, en principio, susceptibles de imponer obligaciones a particulares (109).

(108) En definitiva, el Tribunal de Justicia no acepta que pueda exigirse o imponerse al empresario desplazado cualquier forma o medida de protección de los trabajadores que no sea exigida o impuesta conforme a los mecanismos establecidos en la Directiva 96/71/CE, siendo así que, en el ordenamiento sueco, el salario es objeto de una negociación *ad hoc* con cada empresario. En este sentido y como ha apuntado la doctrina, lo que subyace en el asunto Laval (C-341/05) es propiamente la disconformidad de la normativa sueca con respecto a la citada Directiva, más que la justificación de las medidas adoptadas por la organización sindical: *vid.* A. C. L. DAVIES, «One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the EJC», pág. 143: «... the Court's real focus here may have been on the government's implementation of the Posted Workers Directive rather than on the union's actions per se.»

(109) Así lo han advertido J. MALMBERG/T. SIGEMAN, «Industrial Action and EU Economic Freedoms: the Autonomous Collective Bargaining Model Curtailed by the European Court of Justice», *cit.*, pág. 1134: «... the Court has actually interpreted the Directive and Article 49 EC in such a way that some of the substantive provisions of the Directive give rise to legal effects that are similar to those which usually are described as direct horizontal effect [...]. The judicial devices used by the Court to achieve this effect are to interpret the Directive as means to specify and complement Article 49 in relation to posted workers (*Laval*, para 58), but also to interpret the Directive in light of the Treaty (para 61).»

A la luz de las observaciones anteriores, puede fácilmente concluirse que el Tribunal realiza una aplicación del principio de proporcionalidad en ambos pronunciamientos que, si bien resulta particularmente incisiva en el asunto Laval (C-341/05) y algo más matizada en el asunto Viking (C-438/05), viene a limitar sustancialmente el contenido de los derechos fundamentales de acción colectiva, tal como éstos se encuentran configurados en los respectivos ordenamientos nacionales, con el fin de maximizar el ámbito de protección de las libertades de servicios y establecimiento, respectivamente.

En este sentido, la aplicación del principio de proporcionalidad sirve al Tribunal de Justicia, en el asunto Viking (C-438/05), para enjuiciar la legitimidad de la finalidad con que se ejercita el derecho fundamental de huelga y, en el asunto Laval (C-341/05), para delimitar el ámbito material de pretensiones que puede plantear una organización sindical del Estado de acogida, mediante la adopción de medidas de conflicto colectivo, al empresario extranjero desplazado desde otro Estado miembro. En ambos casos, el Tribunal de Justicia emplea el juicio de proporcionalidad para coartar o vedar el ejercicio de los derechos de acción colectiva cuando éstos se ejercitan en un contexto en el que se encuentre involucrado un componente transfronterizo intracomunitario y en el que, a juicio del Tribunal, las libertades de circulación pasan entonces a constituir el valor central a partir del cual aquellos derechos sólo pueden ser concebidos como restricciones cuyos contornos se delimitan por el espacio protegido de las libertades económicas, reduciéndose virtualmente su contenido a la mínima expresión posible (110).

III. EPÍLOGO: SIGNIFICADO Y CONSECUENCIAS DE LOS ASUNTOS VIKING Y LAVAL

1. *Hacia una propuesta explicativa de la jurisprudencia Viking y Laval*

Tratar de ofrecer un marco explicativo completo y coherente que, desde el punto de vista político y jurídico, permita comprender, en toda su amplitud,

(110) Vid. D. ASHIAGBOR, «Collective Labor Rights and the European Social Model», *Law & Ethics of Human Rights*, vol. 3, núm. 2, 2009, págs. 222-266 (pág. 265): «Coupled with the Court's particular take on proportionality, we have an interesting categorization or conceptualization of social rights; namely the recognition of the right to strike, but with inherent deficiencies, structured such that the limitations on the right are constitutive of the right itself, rather than the more familiar methodology of identifying a right, and then identifying the external restrictions on the exercise of that right» (cursiva añadida).

el significado que revisten los pronunciamientos del Tribunal de Justicia en los asuntos Viking (C-438/05) y Laval (C-341/05), exigiría un análisis que excede con creces las dimensiones del presente trabajo. No obstante, es posible esbozar aquí ciertas líneas generales del marco teórico que han propuesto algunos autores para tratar de delinear un conjunto de causas que permitan comprender la significación de esta doctrina jurisprudencial. En este sentido, la mayor parte de las propuestas explicativas que se han planteado al respecto formulan una interpretación retrospectiva que permite entender el resultado a que ha llegado el Tribunal de Justicia en estos pronunciamientos a partir del específico proceso de evolución que ha experimentado el ordenamiento jurídico comunitario.

Así, por ejemplo, E. ENGLE ha interpretado estas resoluciones como una expresión del paradigma neo-corporativista que impregnaría el proyecto de integración europea, cuyo objetivo fundamental consistiría así en la consecución de un espacio de prosperidad compartida mediante la reasignación eficiente de los recursos económicos entre los diferentes Estados miembros a través de la creación de un mercado único, de tal modo que la posición que correspondería asumir al Tribunal de Justicia es, en todo caso, la más favorable a la libre circulación de los recursos productivos entre los países (111).

Estableciendo una elocuente comparación, I. H. ELIASOPH ha sugerido, por su parte, la existencia de un incipiente paralelismo entre la línea jurisprudencial asumida por el Tribunal de Justicia y la doctrina del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en la época del *lochnerismo*, durante la que este último recurrió sistemáticamente a las libertades económicas y a la autonomía privada como valores constitucionales que le permitían arrumbar cualquier intento de establecer una legislación de carácter social (112).

Desde una perspectiva más estructuralista, A. J. Menéndez ha tratado de demostrar que estos pronunciamientos del Tribunal de Justicia son, en realidad, consecuencia de un proceso largo y prolongado de evolución del ordenamiento comunitario que se inició con el asunto *Cassis de Dijon* (C-120/78), en el que el Tribunal introdujo por primera vez una concepción autónoma de las libertades económicas, con la que éstas trascendían su configuración clásica como meras concreciones del principio de no discriminación y se desvinculaban definitivamente.

(111) E. ENGLE, «A Viking We Will Go! Neo-Corporatism and Social Europe», *German Law Journal*, vol. 11, núm. 6, 2010, págs. 633-652.

(112) I. H. ELIASOPH, «A “Switch in Time” for the European Community? *Lochner* Discourse and the Recalibration of Economic and Social Rights in Europe», *The Columbia Journal of European Law*, vol. 14, núm. 3, 2008, págs. 467-508.

mente de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, dando así lugar a lo que el autor denomina un *constitutional dérapage* (113).

En una línea relativamente similar en cuanto a que también parte de una perspectiva histórico-institucional del proceso de integración europea, M. Höpner ha tratado de contextualizar los controvertidos pronunciamientos del Tribunal de Justicia en el marco de lo que, a su juicio, únicamente puede interpretarse como un proceso políticamente incontrolado de usurpación (*«politisch unkontrollierter Usurpation»*) de competencias estatales que, a través de un activismo expansionista de la jurisprudencia comunitaria, ha terminado también por absorber los derechos sociales fundamentales (114).

También ha habido autores que han enfocado la problemática desde el punto de vista de la propia configuración del ordenamiento comunitario, al destacar que este último ha consistido históricamente en un proyecto político de integración económica en el que el resto de valores han quedado inexorablemente subordinados a aquella primera finalidad. En este sentido, A. Lasa López ha tratado de explicar esta doctrina jurisprudencial aludiendo al hecho de que, si bien la Unión Europea persigue también formalmente objetivos de carácter social al amparo de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 3 del TUE, lo cierto es que tales objetivos se encuentran sometidos al condicionamiento de que su realización sólo puede materializarse a través de su supeditación a los principios del mercado interior y de la libre competencia, en cuanto éstos constituyen la decisión de principio que preside la configuración de todo el ordenamiento comunitario (115).

En una línea de interpretación similar se inscribe también la propuesta teórica que, si bien fue formulada por F. W. Scharpf (116) en relación con el ordenamiento comunitario en su conjunto, tiene un particular interés en relación con la interpretación de los asuntos Viking (C-438/05) y Laval (C-341/05). Según este autor, el proyecto europeo se ha caracterizado desde su inicio por un desacoplamiento entre la integración económica y la política social, lo que ha

(113) A. J. MENÉNDEZ, «A proportionate constitution? Economic freedoms, substantive constitutional choices and *dérappages* in European Union law», en E. CHITI/A. J. MENÉNDEZ/P. G. TEIXEIRA (eds.), *The European Rescue of the European Union? The existential crisis of the European political project*, ARENA Report núm. 3/12-RECON Report núm. 19, 2012, págs. 69-155.

(114) M. HÖPNER, «Usurpation statt Delegation. Wie der EuGH die Binnenmarktintegration radikalisiert und warum er politischer Kontrolle bedarf», *MPIfG Discussion Paper 08/12*, Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung, 2008.

(115) A. LASA LÓPEZ, «Derechos de conflicto y razones de mercado: caracterización jurídica de la huelga en el Derecho comunitario europeo», cit., pág. 298.

(116) Vid. F. W. SCHARPF, «The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity», *Journal of Common Market Studies*, vol. 40, núm. 4, págs. 645-670.

conllevado a largo plazo la estructuración de una agenda europea orientada a la liberalización económica y a la integración del mercado interior.

Pero este fenómeno ha generado asimismo una consecuencia de mayor envergadura, al crear una asimetría constitucional entre la integración económica y la política social. Mientras que, a nivel nacional, ambos tipos de políticas han permanecido en una situación de competencia con un rango constitucional equivalente, a nivel comunitario la relación entre ambas ha devenido necesariamente asimétrica, por cuanto las políticas económicas han sido progresivamente europeizadas, en tanto que la política social se ha visto confinada al marco de los ordenamientos jurídicos nacionales. En consecuencia, el modelo de Estado social ha quedado constreñido por el principio de primacía y efecto directo de las normas comunitarias, estrictamente orientadas a la integración económica, a la liberalización de los sectores productivos y a la defensa de la libre competencia.

La lectura del ordenamiento comunitario que plantea F. W. SCHARPF tiene un particular interés en cuanto ofrece un marco teórico en el que contextualizar y dotar de significado los pronunciamientos del Tribunal que constituyen el objeto de este trabajo. En ambos asuntos, en efecto, las tradicionales limitaciones que viene imponiendo el ordenamiento comunitario a las políticas sociales de los Estados miembros en pro de la integración del mercado interior se han extendido a derechos sociales protegidos con rango de derecho fundamental en los sistemas constitucionales nacionales, lo que evidencia que las constricciones comunitarias no sólo son susceptibles de afectar a las políticas clásicas de protección social, sino que pueden alcanzar el núcleo mismo del Estado social.

En todo caso, lo que resulta indiscutible es que los asuntos Viking (C-438/05) y Laval (C-341/05) parecen corroborar una lectura formulada hace ya algún tiempo y según la cual los Tratados podrían ser descritos como «the most strongly free market-oriented constitution in the world» (117), en la medida en que estos dos pronunciamientos del Tribunal de Justicia demuestran claramente cómo las libertades económicas han acabado constituyéndose, bajo el signo de la apertura inexorable del mercado europeo, en valores constitucionales centrales del ordenamiento comunitario ante los que se ven abocados a justificarse o claudicar el resto de bienes jurídicamente protegidos (118), cualesquiera que sean su rango o posición, incluidos los derechos fundamentales.

(117) C.-D. EHLERMANN, «The Contribution of EC Competition Policy to the Single Market», *Common Market Law Review*, núm. 29, 1992, págs. 257-282 (pág. 273).

(118) *Vid.* F. W. SCHARPF, «The asymmetry of European integration, or why the EU cannot be a “social market economy”», *Socio-Economic Review*, núm. 8, 2010, págs. 211-250 (pág. 219), donde se explica esta necesidad de justificación ante las libertades económicas impuesta por el ordenamiento

2. Eventuales repercusiones para el ordenamiento jurídico español

El elemento fundamental del que necesariamente debe partir una valoración de las eventuales repercusiones que pudiera tener cualquier jurisprudencia comunitaria en materia de derechos fundamentales para el ordenamiento español (119) se encuentra en el artículo 10.2 de la Constitución, donde se prevé que las normas relativas a los derechos fundamentales que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales que sobre las mismas materias haya ratificado España.

En realidad, hasta la entrada en vigor de la Carta de Derechos Fundamentales como instrumento jurídicamente vinculante, el Tribunal Constitucional se ha limitado a emplear la jurisprudencia comunitaria como parámetro interpretativo de derechos fundamentales únicamente en los supuestos concretos que recaían dentro del ámbito material del ordenamiento comunitario, a saber, el derecho a la igualdad y a la no discriminación (120). Sin embargo, y tal como afirma A. Mangas Martín, tras la entrada en vigor de la Carta, ésta podrá ser invocada directamente como fundamento jurídico vinculante y «el Tribunal Constitucional deberá aplicarla [...] e interpretarla, debiendo tener en cuenta en ambas funciones la jurisprudencia del Tribunal de la Unión» (121).

comunitario como una «procedural asymmetry between rule and exception: if an impediment to the exercise of European liberties is alleged, the Court takes judicial notice of its potential effect-which then establishes the rebuttable presumption of a Treaty violation. The presumption may be rebutted, however, if the member state is able to justify the measure in question by reference to one of the mandatory requirements accepted by the Court. Yet being treated as exceptions from the general rule of free trade, these requirements are to be narrowly interpreted. And even if that hurdle is overcome, the measure in question must still pass the Court's "proportionality" test [...]. As a consequence, the Cassis formula maximizes the Court's quasi-discretionary control over the substance of member-state policies. Even in policy areas where no powers have been delegated to the EU, it is for the Court, rather than for national constitutions and national democratic processes, to determine the legitimate purposes of national policy. And it is for the Court, rather than for national governments and legislatures, to judge the effectiveness and necessity of measures employed in the pursuit of allowable policy purposes».

(119) Un extenso estudio de la incidencia que los asuntos Viking (C-438/05) y Laval (C-341/05) podrían tener para los ordenamientos de otros Estados miembros se encuentra en A. BÜCKER/W. WARNECK (eds.), *Viking-Laval-Rüffert: Consequences and Policy Perspectives*, European Trade Union Institute, 2010.

(120) Cfr. C. IZQUIERDO SANS, «Conflictos entre la jurisdicción comunitaria y la jurisdicción constitucional española (en materia de derechos fundamentales)», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 34, 2010, págs. 193-233 (pág. 202).

(121) A. MANGAS MARTÍN, «Comentario al artículo 51», en A. MANGAS MARTÍN (dir.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, 2008, pág. 814.

A este respecto, posiblemente con la finalidad de reforzar esta idea y de manera un tanto redundante, la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, estableció en su artículo 2 que, «[a] tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución española y en el apartado 8 del artículo 1 del Tratado de Lisboa, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales».

En este sentido, lo cierto es que los pronunciamientos recaídos en los asuntos Viking (C-438/05) y Laval (C-341/05) son anteriores a la entrada en vigor de la Carta de Derechos Fundamentales. No obstante, en la medida en que la línea jurisprudencial marcada por ambos mantenga su eficacia interpretativa a efectos de los derechos reconocidos en la Carta, aquélla formará parte del canon hermenéutico que el Tribunal Constitucional vendría obligado a aplicar a través del citado artículo 10.2 de la Constitución, que le impone un deber de interpretación conforme con la exégesis que realice la instancia jurisdiccional de garantía encargada de la interpretación del respectivo instrumento internacional, como es, en este caso, el Tribunal de Justicia (122).

Por último, es necesario hacer una llamada de atención en relación con algunas de las disposiciones contenidas en el artículo 52 de la Carta sobre la interpretación y el alcance de los derechos reconocidos en la misma. En concreto, el apartado 4 de este precepto dispone que, «[e]n la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones».

La redacción de esta disposición resulta particularmente significativa cuando se interpreta en contraste con el apartado 3 del mismo precepto, donde se establece que, «[e]n la medida en que la presente Carta contenga derechos

(122) Vid. A. SÁIZ ARNÁIZ, «Artículo 10.2. La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos», en M.^a E. CASAS BAAMONDE/M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (dir.), *Comentarios a la Constitución española*, Wolters Kluwer, 2008, pág. 203: «[c]uando el tratado [...] prevé la existencia de alguna instancia jurisdiccional (o equivalente) encargada de su interpretación, la conformidad a la que está vinculado el Tribunal Constitucional se extiende a las decisiones de aquel órgano; en tales casos, el contenido de los derechos presentes en el texto internacional no resulta ya de la intervención de aquel Tribunal, sino de la del respectivo órgano de garantía, a cuya jurisprudencia “corresponde concretar el contenido de los derechos declarados por el Convenio” (por referencia al TEDH, STC 34/2008, FJ 6). Las “instancias propias de protección” de las normas internacionales que reconocen derechos han sido consideradas por el Tribunal Constitucional aptas para la “definición autorizada de su contenido y alcance” (DTC 1/2004, FJ 6)».

que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio», precisando a continuación que «[e]sta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa».

En efecto y como ya ha advertido la doctrina (123), mientras que el apartado 3 establece una garantía mínima de los derechos reconocidos en la Carta, de tal manera que éstos nunca podrán tener un nivel de protección inferior al que les reconozca el Convenio Europeo de Derechos Humanos («su sentido y alcance *serán iguales* a los que les confiere dicho Convenio»), el apartado 4, sin embargo, no contiene una disposición similar en relación con el nivel de protección reconocido a tales derechos en las constituciones nacionales, sino que únicamente se limita a establecer que los derechos fundamentales de la Carta resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros se interpretarán «*en armonía con* las citadas tradiciones».

De este modo, el apartado 3 establece una cláusula de transferencia en el sentido de que vincula directamente el contenido y el alcance mínimos de los derechos recogidos en la Carta al contenido y alcance que tenga reconocidos sus homólogos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Sin embargo, la relación que establece el apartado 4 con respecto a las tradiciones constitucionales nacionales no es la propia de una cláusula de transferencia, en cuanto no vincula directamente el contenido y alcance mínimos de los derechos fundamentales protegidos por la Carta al nivel de protección que les reconozcan a sus homólogos los respectivos ordenamientos constitucionales de los Estados miembros.

El artículo 52 de la Carta no establece, por tanto, una cláusula de transferencia vinculante en cuanto al contenido y alcance mínimos de los derechos fundamentales en relación con los ordenamientos jurídicos nacionales. Cuando dispone que los derechos provenientes de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros deberán interpretarse en armonía con las referidas tradiciones, el apartado 4 de este precepto únicamente está estableciendo para el Tribunal de Justicia una regla interpretativa que, si bien obliga a aquél a tener en consideración la configuración que las tradiciones constitucionales nacionales

(123) Para lo que sigue, *vid.* T. VON DANWITZ/C. LADENBURGER, «Artikel 52 GRCh (art. II-112 VVE) Tragweite und Auslegung der Rechte und Grundsätze», en P. J. TETTINGER/K. STERN (eds.), *Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta*, Beck, 2006, págs. 774-814 (págs. 802-803).

otorgan a tales derechos fundamentales, no lo vincula, sin embargo, en lo referente a la determinación mínima de su contenido y alcance.

3. *Consecuencias en el marco del ordenamiento jurídico comunitario*

Si el denominado modelo social europeo partía de la premisa implícita, como ha afirmado B. BERCUSSON, de que su sostenimiento se debía en última instancia a la existencia de un movimiento sindical autónomo (124), entonces es forzoso admitir que los asuntos Viking (C-438/05) y Laval (C-341/05) han introducido un elemento perturbador en el núcleo de uno de los principios sobre los que se cimienta este modelo, en la medida en que los derechos laborales de acción colectiva —que constituyen un pilar del diálogo social (125)— han quedado seriamente limitados dentro del espacio comunitario.

De hecho, y como bien apunta G. Orlandini (126), estos pronunciamientos suponen la confirmación definitiva de que no existen fundamentos jurídicos en el ordenamiento comunitario que permitan garantizar la inmunidad de los sistemas nacionales de relaciones industriales, ni de los derechos colectivos sobre los que aquéllos se han desarrollado en los Estados europeos durante la segunda mitad del pasado siglo. Si esta lectura es correcta y esta interpretación parece haber sido también la asumida por las propias instituciones comunitarias (127), ambos pronunciamientos evidencian la necesidad perentoria de establecer mecanismos jurídicos que permitan garantizar la preservación de los derechos sindicales en el ámbito del ordenamiento jurídico comunitario.

En efecto, hay quien ha diagnosticado, en la reciente línea jurisprudencial del Tribunal de Justicia en materia de derechos fundamentales, una tendencia

(124) B. BERCUSSON, «The Trade Union Movement and the European Union: Judgment Day», cit., pág. 280.

(125) Los derechos laborales de acción colectiva revisten una particular relevancia como instrumento de negociación de los trabajadores en el marco del diálogo social, que constituye uno de los pilares básicos del modelo social europeo, tal como éste fue definido en el Consejo Europeo de Niza: «El modelo social europeo [...] se caracteriza en particular por la existencia de unos sistemas de protección social de alto nivel, por la importancia del diálogo social y por unos servicios de interés general que incluyen actividades esenciales para la cohesión social» (Consejo Europeo de Niza, 7-10 de diciembre de 2000, Conclusiones de la Presidencia, Anexo I: Agenda Social Europea, parágrafo 11, cursiva añadida).

(126) G. ORLANDINI, «Trade Union Rights and Market Freedoms: The European Court of Justice Sets Out the Rules», cit., pág. 600.

(127) Así lo refleja la Exposición de Motivos de la propuesta de Reglamento sobre el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en el contexto de la libertad de establecimiento y la libre de prestación de servicios, elaborada recientemente por la Comisión Europea.

a vaciar las declaraciones de derechos de las constituciones nacionales y a remplazarlas por los parámetros de protección europeos, aun cuando aquéllas confiriesen un mayor nivel de protección, aproximándose de este modo a la doctrina de la *incorporation* de los jueces federales estadounidenses (128). No resulta difícil apreciar, a este respecto, que tal reemplazamiento en los estándares de protección es susceptible de acabar poniendo en jaque el modelo social europeo en la medida en que también afecte a los derechos fundamentales sociales y laborales, tal como éstos se encuentran específicamente configurados en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, por cuanto su evidente propensión a colisionar con el ámbito material de protección de las libertades económicas no les augura un futuro propicio en la jurisprudencia comunitaria.

En este sentido, algunos autores han interpretado esta línea jurisprudencial como la pérdida definitiva de la eficacia que eventualmente pudiera atribuirse al artículo 153.5 TFUE (129) (antiguo art. 137.5 TCE) como un hipotético freno capaz de salvaguardar los derechos colectivos del trabajo frente a los embates del ordenamiento comunitario (130) o, expresando una idea similar en términos más enfáticos, como la ruptura del principio de protección frente a aquél de las constituciones laborales de los Estados miembros (131).

Por otra parte, si la negociación colectiva y el diálogo social a escala europea ya se encontraban significativamente atrofiados pese a la avanzada profundiza-

(128) Ésta es la opinión de J. DE MIGUEL BÁRCENA, «Los problemas de la progresiva configuración de un sistema multinivel de derechos fundamentales en la Unión Europea. Comentario a la Sentencia TJCE de 11 de diciembre de 2007 (Viking C-438/05)», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 16, 2008, y «Los derechos sociales en la Unión Europea: comentarios a la última jurisprudencia del Tribunal de Justicia», *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, núm. 12, 2008, págs. 1019-1033 (pág. 1025): «... el TJCE, en materia de derechos fundamentales, viene aplicando la doctrina de la *incorporation* elaborada por los jueces federales estadounidenses, enfocada a aplicar de forma abstracta el catálogo federal de derechos a la legislación estatal, vaciando de hecho las declaraciones de derechos de las constituciones nacionales, incluso en el caso de un mejor tratamiento en ellas de los ciudadanos de un Estado.»

(129) Artículo 153.5 TFUE: «Las disposiciones del presente artículo [relativo a la competencia comunitaria en materia de política social] no se aplicarán a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal.»

(130) E. KOCHER, «Die Traiftreueerklärung vor dem EuGH», *Der Betrieb*, 19/2008, págs. 1042-1045 (pág. 1045): «Die Bremse des Art. 137 Abs. 5 EG hat längst ihre Wirksamkeit verloren.»

(131) F. RÖDL, «Constitutional Integration of Labour Constitutions», en E. O. ERIKSEN/C. JOERGES/F. RÖDL (eds.), *Law, Democracy and Solidarity in a Post-National Union*, Routledge, 2006, pág. 406: «The ruling in Laval is a flagrant breach of the principle of protection of Member States labour constitutions against EU law, which is functionally bound by other objectives and foundations.»

ción en el proceso de integración económica (132) —probablemente debido, en gran parte y entre otras razones, a la evidente incoherencia de haber regulado a nivel comunitario los derechos de negociación colectiva y de información y consulta de los trabajadores (133), relegando la protección de los derechos sindicales y de acción colectiva a los ordenamientos nacionales (134)—, es evidente que la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal en los asuntos Viking (C-438/05) y Laval (C-341/05) dificultará aún más su desarrollo.

CONCLUSIONES

A la vista de lo expuesto hasta aquí, el análisis de los asuntos Viking (C-438/05) y Laval (C-341/05) nos ha permitido evidenciar cómo el Tribunal de Justicia, en una situación de conflicto entre libertades económicas y derechos fundamentales de acción colectiva, se ha limitado a concebir estos últimos como meros obstáculos al funcionamiento del mercado interior, procedentes de los ordenamientos nacionales y sometidos al régimen general de justificación, basado en las tradicionales razones imperiosas de interés general y bajo la vigencia del principio de proporcionalidad.

Las libertades económicas ocupan, por tanto, el lugar central a partir del cual se despliega el enjuiciamiento del Tribunal, de tal manera que los derechos fundamentales afectados únicamente tienen cabida en la medida en que se conciben negativamente como una excepción o limitación —en su caso, justifi-

(132) Un amplio análisis de este fenómeno, también desde el punto de vista económico, puede encontrarse en el trabajo de H. D. KÖHLER/S. GONZÁLEZ BEGEGA, «Diálogo social y negociación colectiva a escala sectorial en la Unión Europea. Limitaciones y perspectivas», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 25, núm. 2, 2007, págs. 119-149. Con un enfoque diferente, *vid.* D. KOMO/CH. VILLIERS, «Are trends in European company law threatening industrial democracy?», *European Law Review*, núm. 34, 2009, págs. 175-204, donde se plantea la idea de que el ordenamiento comunitario sigue una política centrada en la protección del accionariado y en detrimento de la participación de los trabajadores.

(133) La regulación comunitaria de estos derechos se encuentra en los artículos 152 a 155 del TFUE; en la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea; y en la Directiva 2009/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

(134) Para una crítica con respecto a esta incoherencia, *vid.* A. BAYLOS GRAU, «El espacio supranacional de ejercicio del derecho de huelga y la restricción legal de sus capacidades de acción», *cit.*, págs. 128 y sigs.

cada— al ámbito de protección garantizado por aquellas libertades económicas. El hecho de que tal excepción o limitación provenga del ejercicio de un derecho fundamental por parte de un sujeto particular no parece suponer, en este sentido, ningún impedimento a la preeminencia de las libertades económicas, en cuanto el Tribunal reconoce aquí su oponibilidad incluso frente a organizaciones de carácter privado que, como las organizaciones sindicales, no ostentan ningún género de prerrogativa cuasi-pública que les atribuya la potestad normativa para disciplinar el ejercicio de una actividad económica o profesional.

El resultado al que aboca inevitablemente esta forma de proceder en el enfoque asumido por parte del Tribunal de Justicia es a la articulación del conflicto entre libertades económicas y derechos fundamentales de acción colectiva en torno a una relación de jerarquía. Sin embargo, lo más significativo es que esta relación de jerarquía no es la consecuencia de una decisión expresa del Tribunal de Justicia en relación con el criterio sustantivo o material pertinente para la resolución de tal conflicto, sino la consecuencia indirecta o tácita derivada de la metodología que aquél emplea en su enjuiciamiento.

En efecto, aunque el Tribunal no postula en ningún momento de manera expresa la supeditación de los derechos fundamentales afectados a la vigencia de las respectivas libertades económicas, lo cierto es que la estructura de su enjuiciamiento conduce inevitablemente a ordenar la resolución del conflicto planteado entre ambos conforme a la lógica propia del principio de jerarquía. Así, al conceptualizar las libertades económicas de establecimiento y servicios como derechos comunitarios, evitando incorporar los derechos fundamentales de acción colectiva como un valor equiparable e igualmente amparado por el ordenamiento comunitario, estos últimos quedan inexorablemente reducidos a un valor protegido únicamente por el respectivo ordenamiento jurídico nacional y, por tanto, necesitado de la correspondiente justificación para hacerse valer en sede comunitaria como limitación o excepción a la vigencia de aquellas libertades.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALAMEDA CASTILLO, M. T., «Derechos sociales fundamentales y libertades comunitarias: ¿dónde está la Europa social?», en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (coord.), *Inmigración y movilidad de los trabajadores*, 1.ª ed., La Ley, 2010.
- ALONSO GARCÍA, R., *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, 2.ª ed., Civitas, 2011.
- ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., «La incorporación por referencia en el derecho de los tratados», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 37, núm. 1, 1985.

- ASHIAGBOR, D., «Collective Labor Rights and the European Social Model», *Law & Ethics of Human Rights*, vol. 3, núm. 2, 2009.
- BARNÉS VÁZQUEZ, J., «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario», *Revista de Administración Pública*, núm. 135, septiembre-diciembre de 1994.
- BAYLOS GRAU, A., «El espacio supranacional de ejercicio del derecho de huelga y la restricción legal de sus capacidades de acción», *Revista de Derecho Social*, núm. 41, 2008.
- BERCUSSEON, B., «The Trade Union Movement and the European Union: Judgment Day», *European Law Journal*, vol. 13, núm. 3, mayo de 2007.
- BLANKE, T., «Die Entscheidungen des EuGH in den Fällen Viking, Laval und Rueffert—Domestizierung des Streikrechts und europaweite Nivellierung der industriellen Beziehungen», *Oldenburger Studien zur Europäisierung und zur transnationalen Regulierung*, núm. 18/2008.
- BOGDANDY, A. VON/BAST J. (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, 2.^a ed. revisada, Hart-CH Beck-Nomos, 2010.
- BÜCKER, A./WARNECK, W. (eds.), *Viking-Laval-Rüffert: Consequences and Policy Perspectives*, European Trade Union Institute, 2010.
- CHAUMETTE, P., «Les actions syndicales dans le maillage des libertés communautaires des entreprises», *Droit Social*, núm. 2, febrero de 2008.
- DAVIES, A. C. L., «One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the EJC», *Industrial Law Journal*, núm. 37, 2008.
- EECKHOUT, P., *EU External Relations Law*, 2.^a ed., Oxford EU Law Library, 2011.
- «The Growing Influence of European Union Law», *Fordham International Law Journal*, vol. 33, núm. 5, 2011.
- EHLERMANN, C.-D., «The Contribution of EC Competition Policy to the Single Market», *Common Market Law Review*, núm. 29, 1992.
- ELIASOPH, I. H., «A “Switch in Time” for the European Community? Lochner Discourse and the Recalibration of Economic and Social Rights in Europe», *The Columbia Journal of European Law*, vol. 14, núm. 3, 2008.
- ENGLE, E., «The Rights Orchestra: Proportionality, Balancing, and Viking», *New England Journal of International Law and Comparative Law*, 2011.
- «A Viking We Will Go! Neo-Corporatism and Social Europe», *German Law Journal*, vol. 11, núm. 6, 2010.
- FRANCK, G., «Die horizontale unmittelbare Anwendbarkeit der EG-Grundfreiheiten—Grundlagen und aktuelle Entwicklung», *Beiträge zum Europa- und Völkerrecht (Institut für Wirtschaftsrecht)*, vol. 1, enero de 2009.
- FROSINI, J. O., «Right of Establishment and Right to Collective Action: A “Viking” Invasion of the English Courts?», *Revista General de Derecho Público Comparado*, núm. 2, enero de 2008.
- GALIANA MORENO, J. M.^a, «Autonomía colectiva y autonomía individual en la regulación de las condiciones de trabajo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 68, 2007.

- GANESH, A. R., «Appointing Foxes to Guard Henhouses: the European Posted Workers' Directive», *The Columbia Journal of European Law*, vol. 15, núm. 1, 2008/09.
- GARCÍA MURCIA, J., «Los convenios colectivos como fuente de la relación laboral: más apuntes para un debate recurrente», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 68, 2007.
- GERARDS, J. H., «Fundamental Rights and other Interests: Should it Really Make a Difference?», en E. BREMS (ed.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Oxford, Intersentia, 2008.
- GINÈS I FABRELLAS, A., «Libre prestación de servicios y desplazamiento temporal de trabajadores. TJCE: víctima y verdugo del *dumping* social», *Relaciones Laborales*, núm. 19, 2011.
- GONZALES, G., «EC Fundamental Freedoms v. Human Rights in the Case C-112/00 Eugen Schmidberger v. Austria [2003] ECR I-5659», *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 31, núm. 3, 2004.
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., «La sumisión del derecho de huelga a la libertad de establecimiento comunitaria: el caso Viking Line», *Aranzadi Social*, 79/2007.
- HÖPNER, M., «Usurpation statt Delegation. Wie der EuGH die Binnenmarktintegration radikalisiert und warum er politischer Kontrolle bedarf», *MPIfG Discussion Paper 08/12*, Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung, 2008.
- HÖS, N., «The Principle of Proportionality in the *Viking* and *Laval* Cases: An Appropriate Standard of Judicial Review?», *EUI Working Papers Law*, 2009/06.
- JAENSCH, M., *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten. Untersuchung der Verpflichtung von Privatpersonen durch Art. 30, 48, 52, 59, 73b EGV*, Nomos, 1997.
- JARASS, H. D., *EU-Grundrechte Charta. Ein Studien- und Handbuch*, Beck, 2005.
- KRIEGER, S./WIESE, N., «Neue Spielregeln für Streiks um Tarifsozialpläne. Praktische Konsequenzen aus der Viking-Entscheidung des EuGH», *Betriebs-Berater*, 10/2010.
- KOCHER, E., «Die Traiftreueerklärung vor dem EuGH», *Der Betrieb*, 19/2008.
- KÖHLER, H. D./GONZÁLEZ BEGEGA, S., «Diálogo social y negociación colectiva a escala sectorial en la Unión Europea. Limitaciones y perspectivas», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 25, núm. 2, 2007.
- KOKOTT, J., «Der EuGH— eine neoliberale Institution?», en HOHMANN-DENNHARDT, C./MASUCH, P./VILLIGER, M. (eds.), *Grundrechte und Solidarität— Durchsetzung und Verfahren, Festschrift für Renate Jaeger*, Kehl: N. P. Engel Verlag, 2011.
- KOMO, D./VILLIERS, Ch., «Are trends in European company law threatening industrial democracy?», *European Law Review*, núm. 34, 2009.
- KRZEMINSKA, J., «Free Speech Meets Free Movement— How Fundamental really is “Fundamental”? The Impact of Fundamental Rights on Internal Market Law», *ZERP-Diskussionspapier 3/2005*, Zentrum für Europäische Rechtspolitik-Universität Bremen.
- «Horizontal effect of fundamental rights and freedoms— much ado about nothing? German, Polish and EU theories compared after Viking Line», *Jean Monnet Working Paper 11/09*, New York University School of Law.

- LANDA ZAPIRAIN, J. P./MORENO MARCOS, M., «Una nueva encrucijada para el Derecho del Trabajo: la compatibilidad de los derechos colectivos de la acción sindical con el respeto a las libertades fundamentales del mercado interior comunitario», *Relaciones Laborales*, núm. 11, 2008.
- LANGENFELD, Ch., «Wer schlägt die Schlacht im Fall Rosella? Streiks gegen Standortverlagerungen contra europäische Niederlassungsfreiheit vor dem EuGH», en O. DEPENHEUER (ed.), *Staat im Wort: Festschrift für Josef Isensee*, Müller, 2007.
- LASA LÓPEZ, A., «Derechos de conflicto y razones de Mercado: caracterización jurídica de la huelga en el Derecho comunitario europeo», *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 13, 2010.
- MANGAS MARTÍN, A. (dir.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, 2008.
- MENÉNDEZ, A. J., «A proportionate constitution? Economic freedoms, substantive constitutional choices and *dérapages* in European Union law», en CHITI, E./MENÉNDEZ, A. J./TEIXEIRA, P. G. (eds.), *The European Rescue of the European Union? The existential crisis of the European political project*, ARENA Report núm. 3/12-RECON Report núm. 19, 2012.
- MIGUEL BÁRCENA, J. de, «Los problemas de la progresiva configuración de un sistema multinivel de derechos fundamentales en la Unión Europea. Comentario a la Sentencia TJCE de 11 de diciembre de 2007 (Viking C-438/05)», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 16, junio 2008.
- «Los derechos sociales en la Unión Europea: comentarios a la última jurisprudencia del Tribunal de Justicia», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 12, 2008.
- MÜLLER-GRAFF, P.-Ch., «Das Verhältnis von Grundrechten und Grundfreiheiten im Lichte des Europäischen Verfassungsvertrags», en SCHWARZE, J. (coord.), *Europäische Verfassung und Grundrechtecharta*, Nomos, 2006.
- NOVITZ, T., «The right to strike and re-flagging in the European Union: free movement provisions and human rights», *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, núm. 2, 2006.
- ORLANDINI, G., «Trade Union Rights and Market Freedoms: The European Court of Justice Sets Out the Rules», *Comparative Labor Law and Policy Journal*, University of Illinois, vol. 29, núm. 4, 2008.
- REBHAHN, R., «Grundfreiheit versus oder vor Streikrecht», *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, núm. 22, 2008.
- REICH, N., «Gemeinschaftliche Verkehrsfreiheiten versus Nationales Arbeitskampfrecht», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 13/2007.
- «Free Movement v. Social Rights in an Enlarged Union: The Laval and Viking Cases before the European Court of Justice», *German Law Journal*, vol. 9, núm. 2, 2008.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.^a, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, 2000.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «Libertad de prestación de servicios y acción sindical», *Relaciones Laborales*, núm. 23-24, 2008.

- RÖDL, F., «Constitutional Integration of Labour Constitutions», en ERIKSEN, E. O./JOERGES, C./RÖDL, F. (eds.), *Law, Democracy and Solidarity in a Post-National Union*, Routledge, 2006.
- SARRIÓN ESTEVE, J., «Los conflictos entre libertades económicas y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista de Derecho Político*, núm. 81, UNED, 2011.
- SCHEPEL, H., «Constitutionalising the Market, Marketising the Constitution, and to Tell the Difference: On the Horizontal Application of the Free Movement Provisions in EU Law», *European Law Journal*, vol. 18, núm. 2, marzo de 2012.
- SCHLEPER, N., «Auf dem Weg zu einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten?», *Institut für Völkerrecht der Universität Göttingen, Abteilung Europarecht– Göttinger Online-Beiträge zum Europarecht*, núm. 16, 2004.
- SCHUBERT, C., «Europäische Grundfreiheiten und nationales Arbeitskampfrecht im Konflikt», *Recht der Arbeit*, 5/2008.
- SCHUTTER, O. de, «The Implementation of the EU Charter of Fundamental Rights through the Open Method of Coordination», *Jean Monnet Working Paper 07/04*, New York University School of Law, 2004.
- SKOURIS, V., «Das Verhältnis der Grundfreiheiten zu den Gemeinschaftsgrundrechten», *Recht der Arbeit*, 5/2009.
- SPAVENTA, E., «On discrimination and the theory of mandatory requirements», *Cambridge yearbook of European Legal Studies*, vol. 3, 2002.
- TRIDIMAS, T., *The General Principles of EU Law*, Oxford University Press, 2006.
- TETTINGER, P. J./STERN, K. (eds.), *Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta*, Beck, 2006.
- ZWANZIGER, B., «Arbeitskampf- und Tarifrecht nach den EuGH-Entscheidungen “Laval” und “Vicking”. Zugleich Anmerkung zu den EuGH-Entscheidungen vom 11.12.2007 und 18.12.2007», *Der Betrieb*, 6/2008.