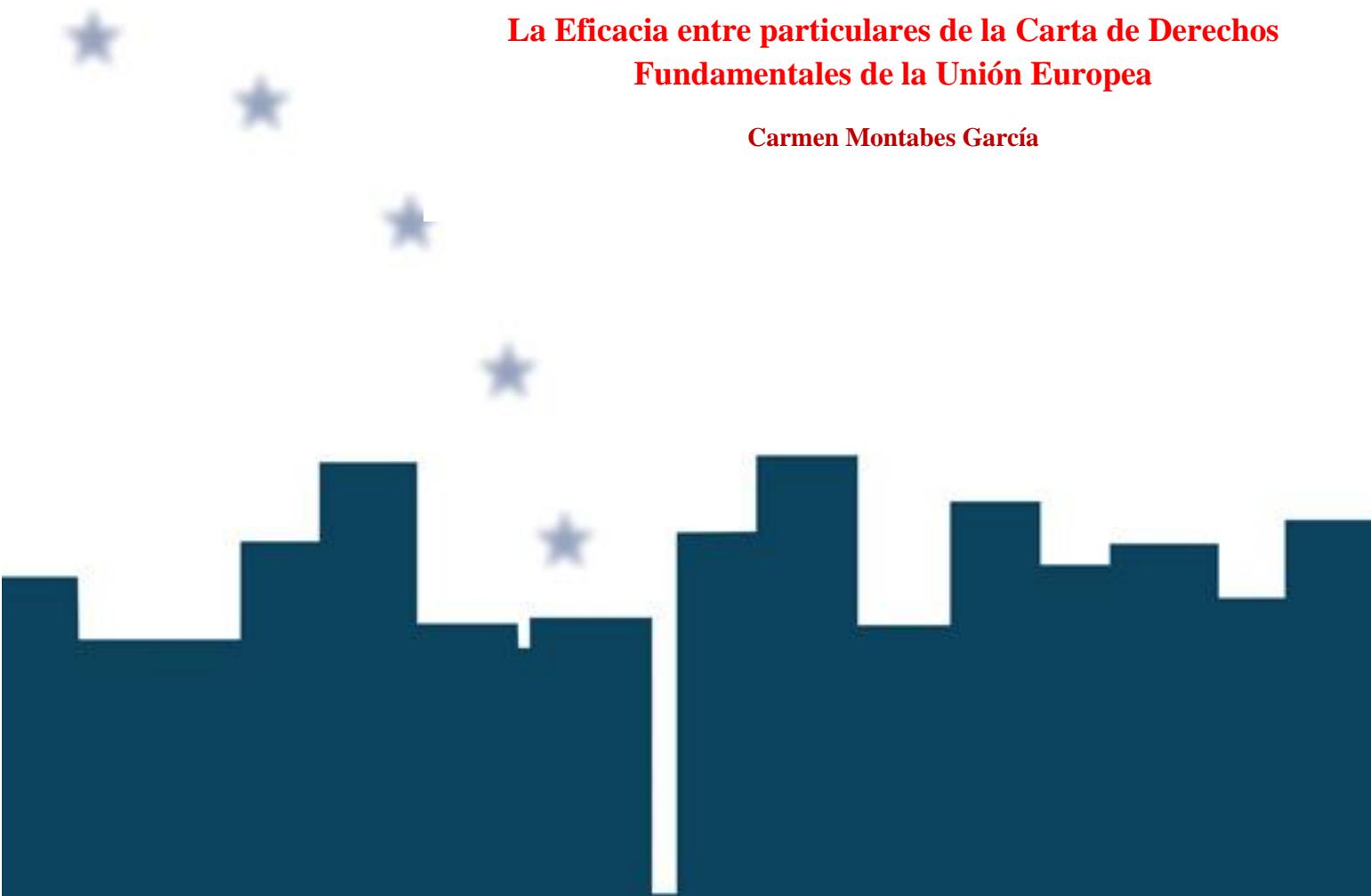


Núm. 27 / Curs 2013-2014

La Eficacia entre particulares de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Carmen Montabes García



QUADERNS DE RECERCA (Bellaterra)

MÀSTER UNIVERSITARI EN INTEGRACIÓ EUROPEA

Núm. 27

Curs 2013-2014

© Facultat de Dret (Universitat Autònoma de Barcelona)

© Carmen Montabes García

ISSN 2014-153X

Coordinadora de la col·lecció: Dra. Susana Beltran Garcia, Universitat Autònoma de Barcelona

(Susana.Beltran@uab.es)

Aquesta col·lecció recull una selecció d'investigacions dutes a terme per estudiants del Màster Universitari en Integració Europea. Previ a la seva publicació, aquests treballs han estat tutoritzats per professors amb grau de doctor de diverses especialitats i han estat evaluats per un tribunal compost per tres docents distints del tutor.

Les llengües de treball son castellà, català, anglès i francès

Esta colección recoge una selección de investigaciones realizadas por estudiantes del Máster Universitario en Integración Europea. Previo a su publicación, los trabajos de investigación han sido tutorizados por profesores con grado doctor de diversas especialidades y han sido evaluados por un tribunal compuesto por tres docentes distintos del tutor.

Les lenguas de trabajo son catalán, castellano, inglés y francés

This collection includes a selection of research by students of Master in European Integration. Prior to publication, the research papers have been tutored by teachers of with various specialties doctor degree and have been assessed by a commission composed of three different teachers tutor.

Working languages: Catalan, Spanish, English and French

Cette collection comprend une sélection de recherches par des étudiants de Master en intégration européenne. Avant la publication, les travaux de recherche ont été encadrés par des enseignants docteurs de diverses spécialités et après ont été évaluées par un tribunal composé de trois professeurs différents du tuteur.

Langues de travail: catalan, castillan, anglais et français

LA EFICACIA ENTRE PARTICULARES DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

Autora: Carmen Montabes García

Màster Universitari en Integració Europea,
UAB, edició 2013-2014

Tutora: Dra. Montserrat Pi Llorens

RESUMEN:

Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el día 1 de Diciembre de 2009, la Carta de Derechos Fundamentales adquiere el mismo valor jurídico que los Tratados, pasando así a ser un instrumento jurídicamente vinculante e invocable, en un principio, por los particulares ante los Tribunales. El objetivo de este estudio será analizar, teniendo en cuenta las consecuencias del ámbito de aplicación de la Carta, si existe o no una tendencia aperturista por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea hacia un reconocimiento de la eficacia entre particulares de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

RESUM:

Amb l'entrada en vigor del Tractat de Lisboa, el dia 1 de Desembre de 2009, la Carta de Drets Fonamentals adquireix el mateix valor jurídic que els Tractats, convertint-se així en un instrument jurídicament vinculant i irrevocable, en un principi, per els particulars davant els Tribunals. L'objectiu d'aquest estudi serà analitzar, tenint en compte les conseqüències de l'àmbit d'aplicació de la Carta, si existeix o no una tendència aperturista per part del Tribunal de Justícia de la Unió Europea cap a un reconeixement de l'eficàcia entre particulars de la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea.

KEYWORDS:

Tratado de Lisboa, Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, derechos fundamentales, principios generales, principios *versus* derechos, efecto directo horizontal, *Drittewirkung*, ámbito de aplicación de la Carta, jurisprudencia del TJUE, *Mangold*, *Küçükdeveci*, *Domínguez*, *Médiation Sociale*, efecto directo horizontal de las directivas, litigio entre particulares.

Tractat de Lisboa, Carta de Drets Fonamentals de la UE, drets fonamentals, principis generals, principis *versus* drets, efecte directe horitzontal, àmbit d'aplicació de la Carta, jurisprudència del TJUE, efecte directe horitzontal de les directives, litigi entre particulars.

Quiero expresar mi agradecimiento a la Dra. Montserrat Pi Llorens quien, como tutora de este Trabajo Fin de Master, ha desplegado su plena disponibilidad para atenderme en todo momento; gracias a sus valiosas orientaciones este trabajo pudo tener un principio y un final. También quiero agradecer la ayuda personal brindada por Conxi Muñoz, documentalista del Centro de Documentació Europea de la UAB, que me posibilitó, no solo cualquier tipo de ayuda bibliográfica que le solicitase, sino también una forma de iniciarme en la investigación. Y por supuesto, quiero también expresar mi agradecimiento a todos mis seres queridos, familiares y amigos, por su apoyo moral continuado sin cuya concurrencia este trabajo difícilmente podría haberse concluido.

ÍNDICE

I. Introducción.....	9
II. Una visión general de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares.....	13
1. El surgimiento de la teoría de la “Drittewirkung” y sus principales corrientes.....	13
2. La “Drittewirkung” en el Ordenamiento Jurídico Español, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en el Ordenamiento Jurídico Comunitario.....	15
III. El efecto directo horizontal de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: condicionantes.....	18
1. Ámbito de aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales: el artículo 51 y sus consecuencias en la eficacia horizontal de la Carta.....	18
2. La distinción entre derechos y principios en la Carta.....	20
3. La estructura del derecho: disposiciones de la Carta susceptibles de desplegar efecto directo horizontal.....	22
IV. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	24
1. “ <i>Mangold</i> ”: Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de Noviembre de 2005.....	25
2. “ <i>Küçükdeveci</i> ”: Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de Enero de 2010.....	27
3. “ <i>Domínguez</i> ”: Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de Enero de 2012.....	30
4. “ <i>Médiation Sociale</i> ”: Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de Enero de 2014	32

V. Conclusiones.....	35
BIBLIOGRAFÍA.....	40
ANEXOS.....	44
Anexo1.....	45
Anexo 2.....	48
Anexo 3.....	51

I. Introducción

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante la Carta o la CDFUE) adquiere con el Tratado de Lisboa el mismo valor jurídico que los Tratados. Este cambio representa la culminación de un largo proceso en la evolución de los derechos fundamentales en el Ordenamiento Jurídico Comunitario, en el que podemos diferenciar tres etapas: una primera etapa, iniciada a finales de los sesenta, en la que los derechos fundamentales comienzan a ser protegidos gracias a la labor pretoriana del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea; una segunda etapa, que se inicia con la promulgación, en el año 2000, de la Carta de Derechos Fundamentales; y una tercera y actual etapa inaugurada con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en el año 2009.

La Comunidad Europea se creó con una vocación eminentemente económica guardando los Tratados constitutivos relativo silencio en el tema de los derechos fundamentales¹. No obstante, pronto se va manifestando que la construcción de un mercado interior afecta a otras esferas más allá de la económica y, a pesar de la inexistencia de un catálogo que recogiese los derechos fundamentales, el TJCE asume su protección configurándolos como principios generales del Derecho comunitario y, por tanto, como parte del Derecho originario². Así, los derechos fundamentales entran en la Comunidad

¹ Los Tratados recogieron algunos importantes derechos como los principios de igualdad y no discriminación y libertades de circulación, pero el titular para el que estaban pensados era, en palabras de Pi Llorens, el “*homos economicus*” (2004: 132).

² Las principales sentencias en las que el TJCE reconoció los derechos fundamentales como principios generales son: Stauder (Caso 29/69); Internationale Handelsgesellschaft (Caso 11/70); Nold contra Comisión (Caso 4/73); y Hauer (Case 44/79). En el párrafo 41 de la STJCE de 18 de Junio de 1991 C-260/1989 ERT se recogen las principales líneas de esta jurisprudencia del TJCE: “*las competencias materiales transferidas por tales Estados miembros debían ser ejercidas por las instituciones comunitarias respetando las mismas obligaciones en materias de derechos humanos que tenían los Estados miembros antes de transferirlas*” (Mangas Martín, 2005: 79).

de una manera muy modesta y poco alarmista. Empero de la encomiable labor del Tribunal de Luxemburgo, el reconocimiento de los derechos por esta vía no dejaba de ser un método difuso y generador de inseguridad jurídica. Rodríguez Bereijo (2004: 14 y ss.) señala algunos aspectos negativos de este método, que podríamos sistematizar en: la reducida visibilidad de los derechos³; el carácter limitado del catálogo de derechos reconocidos⁴; y la ausencia de un proceso constitucional⁵.

Coinciendo con el Tratado de Niza se promulga, el 7 de Diciembre del año 2000, la Carta de Derechos Fundamentales iniciándose así la segunda etapa. Ante la falta de consenso sobre la naturaleza jurídica de la Carta en la Conferencia Intergubernamental, se decidió aplazar este tema y proclamar la Carta como una mera declaración política solemne, sin efectos jurídicos vinculantes⁶. A pesar de su carácter no vinculante, varios puntos positivos han sido destacados desde la doctrina de esta primera versión de la Carta: la mayor visibilidad otorgada a los derechos⁷; la inclusión de derechos socio-económicos así como la novedosa formulación de algunos derechos; y la eficiente

³ “En palabras de Rubio Llorente, normas no escritas que sólo los jueces pueden describir y utilizar para basar en ellas su decisión” (Álvaro Bereijo Rodriguez, 2004: 14)

⁴ El catálogo de derechos reconocidos por la jurisprudencia del Tribunal de justicia comprende, según Rodríguez Bereijo, los siguientes derechos: *el derecho a un juicio justo; el principio de irretroactividad de las normas penales; el derecho a la intimidad; el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; el derecho a la libertad de expresión; el derecho de libertad de reunión y asociación; el derecho a la tutela judicial efectiva; el principio de igualdad, que constituye un principio general del ordenamiento jurídico comunitario; el derecho de propiedad; el derecho a la libertad de empresa; el derecho al libre ejercicio de una actividad profesional; y el principio de legalidad penal* (2004: 13,14).

⁵ Citando a Liñán “pensar que la jurisdicción (la del TJCE) puede construir todo el aparato conceptual, dogmático y crear, además, las vías de garantía y protección de los derechos fundamentales y resolver, de paso, el sistema de convivencia entre los espacios jurídicos constitucionales y comunitarios, sin la intervención de un proceso constitucional muy complejo es simplemente disparatado” (Bereijo Rodriguez, 2004: 15).

⁶ Sin embargo, se ha de señalar que el método de trabajo de la Convención recibió numerosos elogios ya que se elaboró la Carta tal y como si ésta fuese a ser jurídicamente vinculante.

⁷ El Informe Simitis (Febrero 1999) apuntaba que “los derechos fundamentales sólo pueden cumplir su función si los ciudadanos conocen su existencia y son conscientes de la posibilidad de hacerlos aplicar, por lo que resulta esencial expresar presentar los derechos fundamentales de forma que todos los individuos puedan conocerlos y tener acceso a ellos”.

redacción y claridad del texto⁸. Además, dos importantes consecuencias tuvo la Carta a pesar de su carácter no vinculante: la producción de efectos jurídicos al ser invocada en diferentes instancias de la Unión y de los Estados miembros (“eficacia interpretativa”); y su trascendencia en la integración europea, representando la superación de la UE económica y un refuerzo de la legitimidad política (Rodríguez Bereijo, 2004: 19, 25).

Antes de la tercera y actual etapa, que llega con el Tratado de Lisboa, tiene lugar lo que podríamos denominar una etapa “*ilusoria*” de la mano del fallido Tratado Constitucional. Con dicha reforma convencional, la Carta no únicamente adquiría el mismo valor que los Tratados sino que además se incorporaba a éstos, lo cual le otorgaba un aspecto más constitucional. El 12 de Diciembre de 2007, un día antes de que se firmase el Tratado de Lisboa, se proclama en Estrasburgo una versión adaptada de la Carta⁹ y, finalmente, el 1 de Diciembre de 2009, entra en vigor el Tratado de Lisboa y la ilusión esfumada se convierte en realidad, aunque “*la aparición de la Carta en el escenario del Derecho originario no se produce por la puerta grande, sino por remisión del art. 6.1 TUE*” (Torres Pérez, 2008: 1), la Carta adquiere el mismo valor jurídico que los Tratados.

Existen diferentes posturas en la doctrina sobre la valoración del nuevo estatus jurídico de la Carta. Una valoración positiva es la de Sara Iglesias, que mantiene que como consecuencia de este nuevo estatus jurídico la Carta pasará a ocupar “*a central position in the constitutional architecture of the European Union*” (2012: 1565) o Pech, Groussot y Petursson que, en este mismo sentido, califican a la Carta como “*a core element of the Union’s legal order*” (2011: 2). Por su parte, Daniel Sarmiento muestra reservas sobre las consecuencias de la naturaleza jurídica vinculante de la Carta (“*the prospect of a revolutionary impact in EU law were far from clear*”) (2013: 1269). En esta línea se pronuncia también Linde Paniagua al mantener que “*el reconocimiento a la*

⁸ En este sentido, Liñán Nogueras define a la Carta como “*un texto importante, innovador, sólido y equilibrado y con una técnica jurídica impecable*” (Bereijo, 2004: 22).

⁹ Se mantiene prácticamente intacta la versión anterior, únicamente se introduce alguna modificación en las cláusulas horizontales.

Carta del mismo valor que los Tratados reviste tales caracteres singulares y tantas cautelas que su eficacia jurídica está en franco peligro” (2005: 43).

Por otra parte, varios problemas son señalados como trabas a la real efectividad de la Carta. Un primer problema sería la inexistencia de un recurso directo para la protección de los derechos fundamentales¹⁰. Un segundo sería el que ha sido considerado el *talón de aquiles* de la Carta: su ámbito de aplicación, tanto material como personal. Aunque, por una parte, se le reconoce a la Carta el mismo valor jurídico que a los Tratados, lo cual implicaría la posibilidad de que el principio de efecto directo pudiese ser también horizontal, por otra parte, la omisión de los particulares en el artículo 51 CDFUE podría suponer un primer obstáculo a esta posible eficacia directa horizontal.

El efecto directo horizontal de la Carta es una de las cuestiones generales de la Carta que más debate ha generado¹¹. El análisis de esta cuestión será el objeto del presente trabajo, teniendo en cuenta las consecuencias que la entrada en vigor del Tratado de Lisboa ha podido suponer; en este sentido, Groussot, Pech y Petursson plantean que “*the legally binding status of the Charter may increase the opportunities for individuals to invoke EU fundamental rights in the context of legal proceeding between privates*” (2011: 3).

El efecto directo de los derechos fundamentales entre particulares ha venido siendo un problema clásico en los Tratados, lo fue también para las libertades fundamentales y acaba de irrumpir en la Carta. Pero, es el de la eficacia directa de los derechos fundamentales, en definitiva, un tema clásico en teoría constitucional. Por ello, antes de adentrarnos en estudiar la eficacia entre particulares de la Carta, la denominada teoría general de la “Drittewirkung” será expuesta.

Una vez encuadrado el tema en este marco teórico general nos centraremos en el estudio de los que consideraremos los condicionantes a una posible aplicabilidad horizontal de

¹⁰ Fernández Tomás (citado por Cristina Hermida, 2005: 261) consideraba que “*la carencia fundamental que se percibe en el espacio jurídico comunitario es la de una vía de recurso adecuada para la defensa de los derechos fundamentales del particular*”.

¹¹ “*The question whether its rights can be invoked with direct effect in a legal relationship between two private parties is amongst the most debated general question of the Charter*” (Julia Laffranque, 2008: 188).

la Carta: el ámbito de aplicación de la Carta (a. 51); la diferenciación entre derechos y principios; y la propia estructura de los derechos.

Construido este mapa conceptual estudiaremos la jurisprudencia del TJUE sobre la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y, en particular, de la Carta. Cuatro casos serán analizados: *Mangold*¹², *Küçükdeveci*¹³, *Domínguez*¹⁴ y *Médiation Sociale*¹⁵.

La metodología que utilizaremos en este trabajo será una metodología eminentemente jurídica. Una vez delimitado el objeto de estudio básicamente a través de las aportaciones doctrinales, emprenderemos un análisis jurisprudencial.

La hipótesis de trabajo de la que partiremos y confirmaremos o rechazaremos según los resultados que arroje nuestro análisis es la siguiente: *a pesar de los condicionantes que parecen limitar una posible drittewirkung de los derechos fundamentales de la Carta, el papel del TJUE y, sobre todo, el de los Abogados Generales, parece indicar que hay una puerta abierta al reconocimiento de la eficacia entre particulares de la Carta.*

II. Una visión general de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares

1. El surgimiento de la teoría de la “Drittewirkung” y sus principales corrientes

El de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares es un tema clásico en teoría constitucional. Una cita de Sarazá Jimena nos sirve como punto de partida para explicar la posible admisión de la eficacia *inter privatos* de los derechos fundamentales así como la inexorable vinculación de la configuración de la eficacia de los derechos fundamentales a las circunstancias históricas. La cita es la siguiente: “*la idea de que los*

¹² Asunto C-144/04.

¹³ Asunto C-555/07.

¹⁴ Asunto C-282/10.

¹⁵ Asunto C-176/12.

derechos fundamentales sólo son eficaces en las relaciones entre el ciudadano y el Estado (...) responde a una concepción jurídico- política de un momento histórico determinado, la de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos propios de los Estados liberales burgueses del Siglo XIX” (2005: 24). Este autor recorre la evolución histórica de los derechos fundamentales y concluye que si bien desde el siglo XIX hasta mediados del siglo XX los derechos fundamentales se erigen contra y frente al Estado, no ocurre igual en el Siglo XVIII, cuando surgen las teorías contractualistas, las cuales defienden unos derechos naturales anteriores a la existencia del Estado y que se tienen frente a otros particulares¹⁶.

Pero es a mediados del Siglo XX y en Alemania cuando comienza a plantearse la posible eficacia horizontal de los derechos fundamentales tal y como se entiende en la actualidad. En este nuevo momento histórico se produce una ampliación de los clásicos catálogos de derechos fundamentales con la integración de antiguos derechos de la personalidad con reconocida eficacia entre particulares y, además, nacen los derechos laborales cuya vocación es la de ser invocables ante el Estado pero también ante otros particulares. En este escenario nace la conocida teoría doctrinal y jurisprudencial de la “Drittewirkung” (Sarazá, 2005: 25 y ss.).

Tres son las vertientes de la teoría de “Drittewirkung” que se fueron desarrollando: la de la eficacia inmediata; la de la eficacia mediata; y la del deber de protección. Aunque son construcciones doctrinales de gran complejidad intentaremos recoger sus principales rasgos así como las notas en las que confluyen. La primera de ellas tiene a Nipperdey como principal exponente, defensor de que el papel cada vez más importante de los poderes sociales (grupos, asociaciones, empresas) conllevaba que la protección jurídico secundaria tradicional característica frente a estos poderes fuese insuficiente. Este autor concibió a la “Drittewirkung” como “una consecuencia de las transformaciones que implica el Estado social y, en concreto, de la realización efectiva del mandato de igualdad” (2005: 93).

La siguiente teoría, la de la eficacia mediata, por la que se decantó el Tribunal Constitucional Alemán y la doctrina germana mayoritaria, parte de la idea de que los

¹⁶ “No hay nada en el concepto general de los derechos fundamentales que obligue a considerar que, en principio, se tienen sólo frente a los poderes públicos” (Rafael Sarazá Jimena, 2005: 16)

derechos fundamentales suponen una obligación directa para con los poderes públicos y una obligación indirecta para con los particulares; esta obligación indirecta se canaliza a través del legislador y el juez como vehículos que han de integrar los derechos fundamentales en las relaciones jurídicos privadas. Conceptos como los de la fuerza expansiva o el efecto de irradiación de los derechos fundamentales son utilizados desde esta teoría para explicar el efecto mediato de los derechos fundamentales entre particulares (Sarazá, 2005: 107 y ss.).

La idea principal de la teoría de los derechos fundamentales como deberes de protección puede ilustrarse siguiendo la definición de Von Münch: “*el deber de protección derivado de los derechos fundamentales obliga a una intervención del Estado frente a vulneraciones de tales derechos procedentes no ya del propio Estado, sino de cualquier otra parte, y en concreto de la actuación de particulares*” (Sarazá, 2005: 120).

Podemos sostener, siguiendo el análisis de Sarazá (2005: 131 y ss.), que son cuatro los puntos en común de estas versiones de la “Drittewirkung”. En primer lugar, estas teorías parten de lo limitado de la concepción decimonónica de los derechos fundamentales, con eficacia únicamente frente al Estado y en el ámbito del Derecho público. En segundo lugar, ninguna de estas tres teorías defiende una eficacia directa horizontal plena. En tercer lugar, dos actores se tornan fundamentales desde las tres concepciones: el legislador, como regulador del alcance de la eficacia del derecho fundamental en cuestión en las relaciones privadas; y el juez, como guardián de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados aunque no exista desarrollo legislativo (eficacia inmediata), como intérprete del Derecho privado en base a los derechos fundamentales constitucionales (eficacia mediata) o como responsable del deber de protección (deber de protección). La última nota que tienen estas derivaciones de la “Drittewirkung” en común es que, aunque existan diferentes tendencias, todas pueden alcanzar el mismo resultado: la declaración de la invalidez del acto del particular contrario a los derechos fundamentales (Sarazá, 2005: 134).

2. La “Drittewirkung” en el Ordenamiento Jurídico Español, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en el Ordenamiento Jurídico Comunitario

En el Ordenamiento Jurídico Español “*si bien la Constitución de 1978 no recogió de manera expresa la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, el TC la reconoció tempranamente en sus primeras sentencias*” (Anzures Gurriá, 2010: 29). Sin embargo, dicho reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales podría calificarse como parcial; la capacidad de desplegar este efecto horizontal le es reconocida sólo a determinados derechos fundamentales y en determinadas situaciones, sobre todo en el ámbito de relaciones laborales y relaciones internas en asociaciones, ámbitos caracterizados por la asimetría entre las partes.

La cuestión de la *drittewirkung* de los derechos fundamentales en el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos no ha estado exenta de controversia. El artículo 34 de dicho texto legal establece que los destinatarios de las disposiciones del Convenio son los Estados (“*las Altas Partes Contratantes*”) lo cual podría interpretarse como una exclusión de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. En sentido contrario, se han venido interpretando otras disposiciones del Convenio (arts. 8, 11 ,13 y 17) así como algunos derechos del CEDH al entenderse que no sólo implicaban obligaciones de abstención para los Estados sino también obligaciones positivas. Esta concepción ha sido confirmada, principalmente, en dos sentencias del TEDH: “*X e Y contra Países Bajos*”; y “*Fuentes Bobo contra España*”. Esta jurisprudencia fue positivada con la introducción de los Protocolos 9 y 11 que, aunque contemplan únicamente a los Estados como destinarios, indirectamente reconocen el efecto horizontal a partir del deber de protección (Sarazá, 2005: 203-208).

En el Ordenamiento Jurídico Comunitario la fuente que regula la norma que contiene el derecho se torna determinante para la posible *drittewirkung* del derecho en cuestión. Así lo pone de manifiesto Dorota Leczykiewicz cuando sostiene que “*the Court of Justice undoubtedly treats the formal status of an EU norm which is invoked against a private party as being important*” (2013: 485).

Los Tratados y los Reglamentos se presentan como las fuentes comunitarias en las que el principio de efecto directo alcanza su plenitud¹⁷. Entre las disposiciones de los Tratados a las que el Tribunal ha reconocido expresamente efecto horizontal destacan el

¹⁷ “*Only regulations and Treaty provisions give rise to self-standing rights enforceable against individuals*” (Dorota Leczykiewicz, 2013: 485).

principio de no discriminación¹⁸, el principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras¹⁹ y algunas libertades fundamentales.

Las directivas, por su parte, están desprovistas, *a priori*, de efecto directo. Aunque en las relaciones verticales el TJUE ha reconocido la posibilidad de que sus disposiciones sean invocadas en determinadas circunstancias (no transposición estatal o transposición incorrecta) y siempre y cuando se cumplan las condiciones del efecto directo (claridad, precisión e incondicionalidad de la disposición)²⁰, el Tribunal se mantiene en su negativa a la admisión del efecto directo horizontal de las directivas, reconociendo los denominados paliativos para contrarrestar esta ausencia de efecto directo (interpretación conforme y responsabilidad por incumplimiento, principalmente).

En lo que al estatus formal de la Carta se refiere, una primera aproximación podría llevarnos a pensar que es equiparable al de los Tratados, en la lógica de lo establecido por el a. 6.1 TUE. Sin embargo, la ausencia de mención a los particulares en el artículo que regula el ámbito de aplicación de la Carta (a. 51.1) limita, en un principio, este alcance jurídico similar a los Tratados cuyas normas imponen no sólo derechos sino también obligaciones a los particulares, tal y como fue sentado por el TJCE en “*Van Gend en Loos*” (C-26/62).

¹⁸ El derecho a la no discriminación fue dotado de eficacia interprivados en la sentencia del TJUE Mangold.

¹⁹ El efecto directo horizontal del principio de igualdad de retribución fue sentado en la histórica sentencia del TJCE Defrenne II (Caso 43/75), concretamente en el párrafo 119 de la citada sentencia mantiene el Tribunal que “*al tener el artículo 119 un carácter imperativo, la prohibición de discriminaciones entre trabajadores masculinos y femeninos se impone no únicamente a la actividad de las autoridades públicas, sino que se extiende asimismo a todos los convenios que tienen por objeto regular, de forma colectiva, el trabajo por cuenta ajena, así como a los contratos entre particulares*”.

²⁰ Los requisitos exigidos por la jurisprudencia para que una norma goce de efecto directo son: “*que la norma sea clara y precisa o suficientemente precisa, en el sentido de que funde una obligación concreta en términos inequívocos, desprovista de ambigüedades*”; y “*que su mandato sea incondicional, en el sentido de que no deje márgenes de apreciación discrecional a las autoridades públicas nacionales o a las instituciones de la Unión*” (Mangas Martín y Liñán Nogueras, 2012: 389).

III. El efecto directo horizontal de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: condicionantes

1. Ámbito de aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales: el artículo 51 y sus consecuencias en la eficacia horizontal de la Carta

El ámbito de aplicación de la CDFUE es un tema de rabiosa actualidad que ha sido y sigue siendo estudiado por la doctrina con ferviente intensidad. En este apartado intentaremos sistematizar el ámbito material y personal delimitado por este artículo así como las diversas posiciones doctrinales sobre el alcance de esta importante disposición.

El punto de partida para entender el ámbito material de la Carta es que “*el ordenamiento comunitario protege los derechos fundamentales en el marco de las competencias que han sido atribuidas a la Comunidad*”²¹ (Pi Llorens, 2004: 132). La redacción del artículo 51 se explica por el temor de los Estados miembros a que la Carta supusiese un aumento de las competencias comunitarias o una competencia comunitaria en derechos fundamentales²². No obstante, la tajante afirmación del 51.2 CDFUE de que la Carta no amplía en modo alguno el elenco de competencias comunitarias ha sido cuestionada desde la doctrina: Linde Paniagua considera que el respeto de los derechos fundamentales por la Unión “*aunque sea dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión, no deja de ser una ampliación de la regulación que procede efectuar dentro del marco de las competencias atribuidas*” (2008: 40); Alonso y Sarmiento hablan de la vis expansiva de la Carta hacia todos los ámbitos de actuación de los poderes públicos nacionales (2006: 37)²³; y, por su parte, Araceli Mangas

²¹ Esta aplicación limitada conlleva, como han señalado autores como Groussot, Pech y Petursson (2011: 30) o Araceli Mangas (2008: 814) la especialidad de este texto respecto a otros Convenios de Derechos Humanos cuya vocación es la de ser aplicados en el ámbito interno de los Estados.

²² Este temor se explica por dos factores: los efectos federalizantes que se asocian a la proclamación de “*Bill of Rights*”; y la amalgama de derechos reconocidos por la Carta, estando muchos de ellos lejos de presentar una conexión con las competencias comunitarias.

²³ Alonso destaca la cada vez mayor utilización de la Carta en diversos niveles jurisdiccionales españoles (también de otros países de nuestro entorno) considerando que “*las salvaguardas contenidas en las cláusulas horizontales, con el fin de limitar su ámbito de aplicación, serán probablemente sobrepasadas por la práctica jurisdiccional*” (2006: 43).

considera inevitable la permeabilidad de la Carta en otros ámbitos del Estado que se encuentran al margen del ámbito de aplicación de la Carta²⁴ (2008: 816). Paloma Biglino apunta a la posible indiferenciación competencial que esta vocación de plenitud puede conllevar (2004: 239). Por otra parte, sobre la importancia de la función jurisdiccional en esta irradiación de la Carta coinciden varios autores; Alonso García, en este sentido, destaca la cada vez mayor utilización de la Carta en diversos niveles jurisdiccionales españoles (también de otros países de nuestro entorno) considerando que “*las salvaguardas contenidas en las cláusulas horizontales, con el fin de limitar su ámbito de aplicación, serán probablemente sobrepasadas por la práctica jurisdiccional*” (2006: 43).

Otra limitación del ámbito competencial la encontramos en la controvertida expresión de “*únicamente cuando apliquen*”, la cual entra en una cierta contradicción con lo dispuesto por las Explicaciones de la Carta, otras versiones lingüísticas y con la jurisprudencia del TJUE sobre este artículo. La jurisprudencia del TJUE ha dado un alcance a esta expresión que ha ido en direcciones opuestas hasta que el Tribunal dictase la Sentencia Akerberg Fransson²⁵ en la que se llevó a cabo una amplia interpretación de la noción de “*únicamente cuando apliquen Derecho de la Unión*” resolviendo así, en palabras de Daniel Sarmiento, la tensión entre implementación y ámbito de aplicación (2013: 1277).

El ámbito personal de este artículo viene determinado en el primer apartado cuando se señala que los destinatarios de la Carta son: las instituciones, los órganos y los organismos de la Unión Europea; y los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión.

Siguiendo Leczcykieicz, la omisión de los particulares en el ámbito personal del artículo 51.1 de la Carta puede interpretarse bien como una negación de la eficacia *inter*

²⁴ Dos son las razones que sostienen esta afirmación según la autora. Por una parte, cuando los ciudadanos invoquen los derechos reconocidos en la Carta no harán distinción sobre si la actividad es competencia interna o europea. Y, por otra parte, el hecho de que el artículo 10.2 de la Constitución Española no establezca diferenciación alguna entre ámbitos competenciales permite que los derechos reconocidos en la Constitución puedan interpretarse según el estándar de la Carta (2013: 814, 815).

²⁵ C- 617/10.

privatos, bien como que no está expresamente excluida (2013: 485, 486). Nos decantaremos, como hace esta autora, por la segunda opción. En efecto, diversos argumentos doctrinales, con diferente intensidad y explicitud, avalan esta segunda postura. Por un lado, Sarmiento mantiene que “*the scope of fundamental rights over time went as far as recognizing their potential impact inter privatos*” (2013: 1269). Por su parte, Alonso no vacila en afirmar que son sujetos pasivos de la Carta el poder público comunitario y nacional pero también los particulares cuando quepa aplicación horizontal de los derechos (2006: 26). Laffranque (2012: 189) explica que la razón del “olvido” de los particulares en el artículo 51 no era excluir el efecto horizontal sino que “*the mood of the Convention was rather to leave this well-known but controversial doctrinal question to future case-law and academic discourse*”.

Una vez asumida tal posición no excluyente de la *drittewirkung* de la Carta, Leczykiewicz va más lejos y diferencia tres posibles interpretaciones de su valor jurídico en aras de determinar la intensidad del efecto directo horizontal. Una interpretación restrictiva llevaría a equiparar la Carta con las directivas, desprovistas de efecto directo y no siendo los particulares destinatarios de sus normas. A sensu contrario, una interpretación generosa situaría a la Carta en el mismo nivel jerárquico que los Tratados, minimizándose así la literalidad del a. 51.1. A medio camino entre estas dos interpretaciones, se situarían dos: una que dotaría a los derechos recogidos en la Carta de un estatus formal parecido al de los principios generales, pudiendo éstos desplegar efecto directo siempre y cuando exista desarrollo legislativo (STJUE *Mangold*); y otra en la que se permitiría el efecto directo horizontal mediante la conversión de los casos horizontales en casos verticales a través de la evocación del principio de tutela judicial efectiva (2013: 485, 486).

2. La distinción entre derechos y principios en la Carta de Derechos Fundamentales

Para analizar la repercusión que la distinción entre derechos y principios supone para la eficacia horizontal de la Carta estableceremos como punto de partida una apreciación de Sarmiento (2014) y es que, la configuración de un derecho reconocido por la Carta como un derecho propiamente dicho o como un principio tiene importantes

consecuencias jurídicas y la Carta, a pesar de ello, no ha establecido con claridad qué preceptos evocan principios y que preceptos evocan derechos. Este déficit de la Carta es señalado por parte de la doctrina; por ejemplo, Hermida, cuando señala que la Carta “*diferencia, aunque ambiguamente, entre derechos y principios*” (2005: 255) o Bereijo al afirmar que la Carta “*no siempre establece con claridad y precisión la naturaleza de cada derecho en ella proclamado*” (2004: 33).

Volviendo a nuestro punto de partida hemos de señalar cuáles son los “atisbos” que la Carta ofrece para poder diferenciar entre principios y derechos, así como las importantes consecuencias jurídicas que se derivan de esta distinción. En la Carta se hace referencia a esta distinción en el Preámbulo, en los artículos 51.1 y 52.5, y en las Explicaciones de la Carta. Terradillos Ormaetxea identifica dos posibles “atisbos” para diferenciar entre derechos y principios al considerar que las disposiciones que contienen un derecho son aquellas que “*ignoran una proyección relacional*” (no contienen una cláusula de la remisión) y de cuyo tenor literal se desprende un derecho (prohibiciones, “*se garantiza en todos los ámbitos*”...). Afirma la profesora, además, que las remisiones a las legislaciones de los Estados miembros y a las prácticas nacionales pretenden limitar la eficacia de los derechos²⁶ y que dichas remisiones abundan en el Título IV “*Solidaridad*”, en el que se regulan la mayoría de los derechos socio-económicos reconocidos por la Carta²⁷ (2011: 69,70).

Las importantes consecuencias jurídicas que se derivan de esta distinción pueden resumirse en dos: las disposiciones que contengan principios no son directamente ejercitables ante los Tribunales, “*requieren, para su justiciabilidad, la mediación del legislador*” (Bereijo, 2004: 34)²⁸; y que, mediante una interpretación en sentido contrario, parte de la doctrina defiende que las normas que contienen derechos son

²⁶ Coincide con esta autora también Rodríguez Bereijo al afirmar que las cláusulas de remisión representan “*notables limitaciones a la efectividad de los derechos proclamados*” (2005: 30).

²⁷ Pues bien, la razón de ser de esta abundancia de remisiones en el Título IV podría responder a dos razones: la limitada competencia de la Unión Europea en el ámbito social; y la diversidad existente en políticas sociales, económicas y laborales de los Estados miembros.

²⁸ O, en otras palabras, “*without legislative implementation at EU and/ or national level of a given principle the Charter provision containing principle is not “justiciable”*” (Leczkiewicz, 2013: 488)

susceptibles de tutela judicial efectiva sin necesidad de mediación legislativa (Jiménez Sarazá, 2005: 77).

3. La estructura del derecho: disposiciones de la Carta susceptibles de desplegar efecto directo horizontal

Puesto que hemos determinado que la omisión de los particulares en el artículo 51.1 de la Carta no ha de interpretarse como una negación de la aplicación horizontal de sus disposiciones, hemos de delimitar qué artículos de este texto normativo son, por su estructura susceptibles, en un principio, de ser invocados en relaciones entre particulares cuando estemos en el ámbito de aplicación de los Tratados. En primer lugar, las partes afectadas por la regulación del derecho han de ser privadas por lo que, en esta lógica, las normas cuyos destinatarios sean el poder público, ya sea europeo o nacional, quedarían descartadas (ejemplo, derecho a una buena administración). Así las cosas, y siguiendo una vez más el artículo de Dorota Leczykiewicz (2013: 483), los artículos de la Carta susceptibles de ser aplicados en un conflicto entre particulares serían: el artículo 8 (*protección de datos de carácter personal*); el artículo 11 (*libertad de expresión y de información*); el artículo 12 (*libertad de reunión y de asociación*); el artículo 16 (*libertad de empresa*); el artículo 17 (*derecho a la propiedad y protección de la propiedad intelectual*); el artículo 21 (*no discriminación*); el artículo 23 (*igualdad entre hombres y mujeres*); el artículo 27 (*derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa*); el artículo 28 (*derecho de negociación y acción colectiva*); el artículo 30 (*protección en caso de despido injustificado*); artículo 31 (*condiciones de trabajo justas y equitativas*); artículo 32 (*prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo*); artículo 33.2 (*protección contra el despido por una causa relacionada con la maternidad, derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño*)(Anexo 1).

Frente a esta visión demasiado generosa, una concepción más restringida de la eficacia horizontal de los derechos de la Carta la encontramos en “*Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea comentario artículo por artículo*” (Araceli Mangas Martín, Dir., 2008). Sólo se reconoce de forma expresa el efecto directo horizontal a dos de entre estos artículos.: el a. 21 (*no discriminación*) y el a. 23 (*igualdad entre hombres y mujeres*). Ambos han sido objeto de desarrollo

jurisprudencial del TJCE y cuentan con regulación en los Tratados y en el Derecho derivado. En lo que al principio de no discriminación en general se refiere, los sujetos obligados por este derecho son los propios destinatarios contemplados por el a. 51 de la CDF pero también “*los particulares se ven afectados por tal prohibición; la protección afecta a la esfera pública y privada*” (Mangas, 2008: 399). En *Deffrenne* (Caso 43/75), el TJCE, reconoció el carácter de derecho fundamental del principio de igualdad entre hombres y mujeres y, además, admitió la virtualidad de este derecho para desplegar un efecto directo vertical y horizontal; en palabras de Mangas “*ese derecho subjetivo es invocable y exigible tanto en las relaciones laborales entre particulares como entre los particulares y las administraciones públicas*” (2008: 416, 417).

En lo que al resto de derechos se refiere, del comentario de éstos no se desprende explícitamente que puedan ser invocados en relaciones entre particulares. Si podría inferirse dicha virtualidad del artículo 8, que regula el derecho a la protección de datos, ya que se sostiene en el comentario a este artículo que “*se considerará responsable del tratamiento a la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que solo o conjuntamente con otros determina los fines y los medios del tratamiento de datos personales*” (2008: 233). Este derecho encuentra regulación también en el artículo 16 del TFUE, teniendo la Unión competencia para legislar en este ámbito.

De los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de reunión y asociación, artículos 11 y 12 respectivamente, se especifica que sus destinatarios son los previstos por el artículo 51 CDF, es decir, las instituciones, órganos y organismos de la Unión y los Estados miembros cuando apliquen Derecho de la Unión (2008: 276, 292). Al derecho de propiedad, recogido por el artículo 17 de la Carta, también se le niega el efecto horizontal (2008: 342). El derecho a la libertad de empresa (a. 16) se reconoce en lugar de garantizarse y se introduce en esta disposición de la Carta una cláusula limitativa. Sin embargo, este derecho de naturaleza económica está directamente vinculado con la regulación de las libertades fundamentales, concretamente con la libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios, así como con el Derecho de la Competencia.

El resto de derechos que Leczykiewicz considera que potencialmente podrían tener un efecto horizontal se ubican en el conflictivo Título IV de Solidaridad y son derechos de

carácter socio-económico. Las competencias de la Unión Europea en el ámbito social cubren únicamente ciertos ámbitos y se limitan a medidas armonizadoras. El temor de los Estados a que la Carta pudiese entrañar un despojo de competencias en este ámbito se ve muy claramente en el hecho de que muchas de estas disposiciones contengan cláusulas limitativas (“*en los casos y condiciones previstas en el Derecho de la Unión y en las legislaciones y prácticas nacionales*”, “*de conformidad con el Derecho Comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales*”). Además, otra desventaja de la que parten estos derechos es que, a diferencia de algunos de los anteriores, éstos habían sido reconocidos jurisprudencialmente de forma clara por el TJUE.

IV. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El TJUE, hasta ahora, se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre cuestiones relacionadas con la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. En este apartado se analizarán cuatro Sentencias del TJUE, junto con las cuatro Conclusiones de Abogados Generales presentadas en estos casos, que han abordado la eficacia horizontal de los derechos fundamentales con diferente intensidad. Se recogerán los casos por orden cronológico siendo determinante para nuestro análisis si la sentencia es anterior o posterior a la promulgación del Tratado de Lisboa ya que a partir de este momento la Carta adquiere naturaleza jurídica vinculante²⁹. Por otra parte, y puesto que las Conclusiones de los AG acostumbran a contener un análisis más exhaustivo de las cuestiones de derecho controvertidas que las Sentencias del TJUE, se expondrán, en primer lugar, las Conclusiones del AG y, seguidamente, la sentencia del TJUE al caso. Trataremos las cuestiones de principio, pasando por alto las cuestiones de fondo. En este sentido, estableceremos como punto de partida las cuestiones prejudiciales en las que se plantee, de una forma u otra, el tema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Por último, en todos los casos el problema jurídico planteado en las

²⁹ La fecha de la que datan estas sentencias resulta importante para nuestro análisis; la Sentencia Mangold y las Conclusiones de Antonio Tizziano son de 2005 (antes de Lisboa), así también las Conclusiones de Kukudevecci aunque no la Sentencia Kukudevecci que se dicta poco más de un mes después de que la Carta entre en vigor (después de Lisboa). Por otra parte, las otras dos sentencias que nos ocuparán son muy recientes: Sentencia y Conclusiones Caso Domínguez (2011, 2012) y Sentencia Media Conclusiones Mediation Sociale (2013, 2014).

cuestiones prejudiciales que estudiaremos es, con matices, el mismo: la incompatibilidad de una determinada normativa nacional con lo dispuesto por una disposición de Derecho de la Unión en la que se regula un aspecto de un derecho fundamental y la facultad de exclusión del juez nacional, en el marco de un litigio entre particulares³⁰.

1. “Mangold”: Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de Noviembre de 2005

La cuestión prejudicial que nos interesa es la tercera, ésta se explica en el párrafo 30 de la Sentencia por el TJUE en los siguientes términos: “*el tribunal remitente plantea la cuestión de si, en un litigio entre particulares, el órgano jurisdiccional nacional está obligado a dejar inaplicadas normas de Derecho interno incompatibles con el Derecho comunitario*”³¹.

En las palabras clave de la Sentencia no encontramos ninguna referencia al tema de la eficacia directa horizontal. Sin embargo, entre las palabras clave que encabezan las Conclusiones está el término “*eficacia directa horizontal*” y, además, se incluye un apartado titulado “*Sobre las consecuencias de la interpretación del Tribunal*” en el que se pone de manifiesto la importancia jurídica que tendrá este fallo en relación con la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. El Tribunal, por su parte, resuelve la tercera cuestión prejudicial junto con la segunda restándole, por tanto, importancia a esta cuestión de principio.

Las Conclusiones del Abogado General Tizziano arrancan de una premisa y es que, el examen de compatibilidad de la normativa nacional con el Derecho comunitario puede hacerse bien a la luz del a. 6 de la Directiva 2000/38, bien a la luz del principio general

³⁰ Discriminación por razón de edad en los dos primeros casos, derecho a vacaciones anuales en el tercero y derecho a información y consulta de los trabajadores en el último caso.

³¹ Aunque en la literalidad de la cuestión prejudicial no se especifica el carácter horizontal del litigio si se apunta en este sentido en el párrafo 30 en el que el Tribunal adelanta la cuestión prejudicial interpuesta. La cuestión prejudicial tal y como es planteada se recoge en el párrafo 31 de la sentencia: “*¿debe el juez nacional excluir la aplicación de la normativa nacional contraria al Derecho comunitario (...)*”.

de no discriminación. El AG se decanta por el principio general como parámetro basándose en que este principio general puede ser invocado en relaciones *inter privatos*³². No obstante, da una solución subsidiaria para el hipotético caso de que el Tribunal decidiese valerse de la Directiva como parámetro³³: la obligación de interpretación conforme. Esta obligación, explicada en los párrafos 112 y siguientes, constituye un paliativo a la falta de efecto directo de las directivas y se impone en relación a todas las fuentes del Derecho comunitario inclusive las directivas cuyo plazo de transposición no ha expirado (éstas tienen efectos jurídicos desde su entrada en vigor y durante ese periodo se impone una obligación de abstención la cual se extiende a todas las autoridades, incluidos los jueces recayendo sobre estos la obligación de “*dar prioridad a la interpretación del Derecho interno que mejor se ajuste a la letra y espíritu de la directiva*”).

A pesar de que el AG aborde el tema de forma más explícita, el TJ adopta la solución principal del AG: el principio general de no discriminación por edad como parámetro. Sin embargo, podemos mantener que el fundamento que sustenta esta solución difiere del fundamento del AG (eficacia horizontal del principio). Por su parte, el TJ justifica la aplicación del principio como parámetro en la importancia de este principio general. Podemos identificar varios argumentos que así lo confirman: el estatus de principio general de Derecho comunitario del principio de no discriminación por razón de edad [párrafo 75]; la precedencia de este principio a la directiva, siendo prueba de ello el objeto de ésta así como los considerandos primero y cuarto [párrafo 74]; la negativa a una posible supeditación del respeto a este principio a la expiración del plazo de

³² Las palabras del AG confirman esta tesis: “*se podría evitar este problema siguiendo mi propuesta*” [párrafo 101]; la resolución de la cuestión a la luz de la Directiva, mantiene el AG, sería “*más complicada*” [párrafo 102].

³³ Antes de exponer su solución subsidiaria, el Abogado General rechaza la propuesta de la Comisión y del Órgano jurisdiccional remitente basándose en que se opone a la reiterada jurisprudencia del TJ según la cual “*las directivas no pueden por sí solas crear obligaciones a cargo de un particular ni ser invocadas, en su calidad, contra dicha personas*” [párrafo 108]. Además, el otro argumento que sostienen la Comisión y el Órgano Jurisdiccional Remitente (“*obligación de los Estados miembros de no adoptar, durante el plazo previsto para adaptar el Derecho interno, disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por una directiva*”) es descartado también por el AG ya que considera éste que dicha obligación no implica el efecto directo de una directiva, y menos aún el efecto directo horizontal.

transposición de la directiva [párrafo 76]. Finalmente, en el párrafo 77 y en el 78 se recoge la resolución a esta cuestión prejudicial sin mencionar la naturaleza horizontal del litigio pero determinándose que “*corresponde al órgano jurisdiccional nacional garantizar la plena eficacia del principio general de no discriminación por razón de edad dejando sin aplicación cualquiera disposiciones nacionales de la ley contrarias, incluso aunque no haya expirado todavía el plazo de adaptación del Derecho interno a dicha directiva*”.

En definitiva, y siguiendo a Groussot, Pech y Petursson (2011: 26), “*the most significant aspect of this case is that it clearly spells out that the general principles of Union law, including fundamental rights, can be relied in the context of legal disputes between private parties when they are further developed in directives regardless of whether the deadline for transposition of the directives has passed or not*”.

2. “Küçükdeveci”: Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de Enero de 2010

De las cuestiones prejudiciales interpuestas por el órgano jurisdiccional remitente nos interesan el apartado a) de la primera y la segunda. En la primera se plantea, entendemos que en la lógica seguida por el AG Tizziano en sus Conclusiones a *Mangold*, si la incompatibilidad de la norma nacional ha de examinarse a la luz de la Directiva o a la luz del Derecho primario de la Unión. En la segunda se pregunta sobre el tema de la inaplicación de la norma nacional en un litigio entre particulares.

Sobre el enfoque adoptado por el AG y el TJUE, al igual que en el caso *Mangold*, el AG trata la cuestión de la eficacia directa horizontal de forma más directa, es más, afronta el tema desde el primer párrafo al afirmar que, la cuestión prejudicial remitida, ofrece al TJ “*la posibilidad de aclarar el alcance que debe darse a la sentencia de 22 de noviembre de 2005, Mangold*”. Y en el párrafo siguiente se precisa que en este asunto se enfrentan dos particulares, extremo en el que se vuelve a insistir en el párrafo sexto. Además, entre las palabras clave de las Conclusiones encontramos “*invocabilidad de la exclusión de una directiva en un litigio entre particulares*”.

Pues bien, comenzando por las Conclusiones del AG, Yves Bot establece que la Directiva 2000/78 ha de constituir el parámetro de referencia, separándose así de la doctrina Mangold y justificando esta posición en que darle alcance autónomo al principio general de no discriminación “*resta toda eficacia a la Directiva 2000/78*”, siendo el principal objetivo de ésta facilitar la aplicación del principio [párrafo 34]. Pero más interesante resulta el análisis exhaustivo que el AG lleva a cabo para responder a la segunda cuestión prejudicial. A diferencia del TJUE, el AG resuelve de un plumazo la parte de la pregunta referente al planteamiento de la cuestión prejudicial por el juez y afirma que, la otra parte de la cuestión (facultad de inaplicación de una norma por el juez nacional en un litigio entre particulares) es más “*delicada*” no habiendo una respuesta evidente en la jurisprudencia del TJ [párrafo 56]. Tras repasar la jurisprudencia relativa a la ausencia de efecto directo horizontal de las directivas³⁴ y exponer los tres paliativos que se han ido reconociendo jurisprudencialmente para compensar la ausencia de efecto directo de las directivas³⁵, Bot propone una ruptura con la línea clásica (paliativos) para abrir la puerta a la invocación de una directiva contra la discriminación en un litigio *inter privatos* con el fin de inaplicar una norma nacional contraria a tal directiva [párrafo 70]. Este planteamiento se sostiene en una idea y es que si el objetivo de la directiva es facilitar la aplicación del principio de no discriminación no tiene sentido que ésta disminuya su alcance. Además, considera que esta es la única posición coherente con la doctrina Mangold [párrafo 71]. Por último, este AG lleva a cabo un análisis de esta doctrina y, posicionándose a favor de la doctrina Mangold, sostiene que las críticas³⁶ que ha recibido esta jurisprudencia han de matizarse

³⁴ El AG sostiene, en el párrafo 57, que la jurisprudencia sobre la ausencia de efecto directo de las directivas es acorde con la especial naturaleza esta fuente y que el reconocimiento de un efecto directo a éstas supondría igualarlas a los reglamentos.

³⁵ Los paliativos que se han venido reconociendo para suprir los efectos de la ausencia de efecto directo de las directivas son: el principio de interpretación conforme; la responsabilidad por incumplimiento; y la disociación entre el efecto directo horizontal de las directivas y la invocabilidad de éstas para excluir el Derecho nacional contrario (éste último paliativo es de alcance limitado porque no está reconocido unánimemente).

³⁶ Según Groussot, Pech y Petrssson (2011: 27) las críticas que ha suscitado la doctrina Mangold se han basado en que esta jurisprudencia “*would undermine the coherence of the doctrine of effect direct by allowing for the horizontal direct effect of provisions of non-implemented directives whereas the Court*

principalmente por dos razones: la importancia de la presencia del principio de no discriminación en el Derecho Primario (a. 13 TCE, a. 21 CDF³⁷) [párrafo 77]; y el reconocimiento de la eficacia directa horizontal del principio de no discriminación por el Tribunal en el caso *Deffrenne* y otros [párrafo 82].

Por su parte, el Tribunal de Luxemburgo precisa la doctrina Mangold al mantener que la Directiva no establece el principio general sino que lo concreta. Además, pone énfasis en la importancia de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa dado que ha supuesto que la Carta pase a ser jurídicamente vinculante, estando reconocido en ésta el principio de no discriminación (a.21.1 CDF). Así las cosas, responde a la primera cuestión prejudicial afirmando que tal examen ha de hacerse a la luz del Derecho de la Unión, y, más específicamente, del principio de no discriminación tal y como se concreta en la Directiva 2000/78 [párrafo 43]. Para responder a la segunda cuestión prejudicial, el TJUE, en primer lugar, repasa la jurisprudencia sobre la ausencia de efecto directo de directivas y, siguiendo el planteamiento clásico de los paliativos, recalca la importancia de la obligación de interpretación conforme, aunque sostiene que la norma en cuestión no admite una interpretación conforme con la Directiva 2000/78 [párrafos 45 y ss.]. Finalmente, resuelve, declarando en el párrafo 56 que “*incumbe al órgano jurisdiccional nacional que conozca de un litigio entre particulares garantizar la observancia del principio de no discriminación por razón de edad, tal como se concreta en la Directiva 2000/78, dejando si es preciso sin aplicación cualquiera disposiciones de la normativa nacional contrarias a este principio (...)*”.

Según Groussot, Pech y Petursson (2011: 29) lo que se desprende de este fallo es que “*the application of the general principles of European law is closely tied to EU secondary legislation*“.

has consistently ruled that a directive, being formally addressed to Member States, cannot of itself impose obligations on an individual and cannot therefore be relied on as such an individual”.

³⁷ Invoca la Carta, aunque para la fecha de la que datan estas Conclusiones la Carta aún tenía una eficacia meramente interpretativa.

3. “Domínguez”: Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de Enero de 2012

La cuestión prejudicial que nos interesa es la segunda planteada por la Cour Francesa: “*¿el artículo 7 de la Directiva 2003/88 (...) obliga al juez nacional que conoce de un litigio entre particulares a excluir la aplicación de una disposición nacional contraria?*”

La Abogada General, Verica Trstenjak, incluye en sus palabras clave no sólo “*eficacia directa horizontal*” si no también otros términos como “*31.2 CDF*”, “*derechos sociales fundamentales*” o “*principios generales*”. Además, en el marco jurídico plasma tanto el 31.2 CDF como el importantísimo 51.1 CDF. Aunque en los párrafos 61 y siguientes recuerda la obligación del órgano jurisdiccional nacional de “*asegurar la protección jurídica de los justiciables derivada del Derecho de la Unión Europea*”, también señala la limitación de las directivas en el marco de litigios entre particulares. No obstante, lo novedoso de su análisis son las alternativas que examina para ofrecer una respuesta a la segunda cuestión prejudicial: la aplicabilidad directa del derecho fundamental consagrado en el artículo 31.2 de la Carta; la aplicabilidad directa de un eventual principio general del Derecho; y la aplicación del principio general del Derecho según es concretado en la Directiva 2003/88 (aplicabilidad de la doctrina Küçükdeveci).

Aunque descarta la aplicabilidad de las tres alternativas (“*el Derecho de la Unión no concede al órgano jurisdiccional ninguna posibilidad de no aplicar la normativa controvertida en una relación entre particulares*”)³⁸ se han de destacar diversos puntos de sus Conclusiones. Se basa en una interpretación restrictiva del artículo 51.1 de la Carta para negar la aplicabilidad directa del artículo 31.2 de la Carta³⁹. La segunda alternativa la desecha al concluir que no se cumplen los requisitos para que el principio de derecho a vacaciones anuales sea directamente aplicable en las relaciones entre

³⁸ Párrafo 170.

³⁹ “*En vista de que por un lado, el artículo 51.1 de la Carta establece claramente el círculo de obligados por los derechos fundamentales, y por otro, el artículo 31, a juzgar por la finalidad que persigue, se limita a generar una obligación de protección a cargo de la Unión y de los Estados miembros, se ha de considerar que los particulares no están directamente obligados por ese derecho*” (párrafo 83).

particulares [párrafos 111 y ss.]. Sin embargo, reconoce que la aplicabilidad directa de los derechos fundamentales como principios generales en las relaciones entre particulares cuenta con argumentos a favor, a saber: la obsolescencia de la contraposición entre lo privado y lo público (*“de hecho, se pueden imaginar situaciones en que la protección de los derechos fundamentales frente a entidades privadas sea tan necesaria como frente a las autoridades”*, como, por ejemplo, en el ámbito de las relaciones laborales caracterizado por la asimetría de poder) [párrafos 116 y ss.]; el principio de efecto útil en el Derecho de la Unión Europea [párrafo 119]; y la existencia de planteamiento análogos en la jurisprudencia del TJUE (*Deffrenne, Walrave, Bosman, Angonese, Kiicikdeveci*). Empero, también recoge un argumento en contra que no es otro que la limitación impuesta por el artículo 51.1 CDF; *“si se permitiese a los particulares invocar al mismo tiempo el principio general del derecho, se estaría eludiendo la limitación que el legislador de la Unión introdujo en la Carta en cuanto al círculo de obligados por los derechos fundamentales”* [párrafo 128]. Sobre la tercera alternativa, si bien admite que se cumplen las condiciones para la aplicabilidad de la doctrina Kücükdeveci [párrafo 151], los inconvenientes que plantearía la llevan a excluir la aplicación de esta doctrina al presente asunto. A grandes rasgos, los inconvenientes que señala la AG son: el riesgo de confusión de fuentes del derecho; la insuficiencia de concreción de la directiva; la falta de seguridad jurídica que entrañaría para los particulares; y el riesgo de contradicción con las disposiciones de la Carta.

Finalmente, del análisis de la AG se desprende, tal y como señala Dorota (480: 2013) que *“application of fundamental rights generally depends on the entitlement in question being sufficiently precise and unconditional as a matter of existing Union Law”*.

El TJUE, a diferencia de la AG, lleva a cabo un análisis en la línea clásica, sin siquiera mencionar la Carta ni el delicado tema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. En primer lugar, para dar respuesta a la segunda cuestión prejudicial, recuerda en qué consiste el principio de interpretación conforme así como sus límites [párrafos 24 y 25] y deja en manos del órgano jurisdiccional nacional comprobar si es posible el recurso a este paliativo (*“alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta {la directiva}”*) [párrafo 31]. Para el caso de no ser así, da una solución subsidiaria, la cual podría interpretarse como una conversión de un caso

horizontal en un caso vertical⁴⁰; “deberá examinarse si el art. 7.1 tiene efecto directo, y en ese caso, si la Señora Domínguez lo puede invocar frente a CICOA” [párrafo 32]⁴¹⁴². Pero vuelve a dejar en manos del órgano jurisdiccional nacional este examen jurídico y a insistir en la ausencia de efecto directo horizontal de las directivas, proponiendo la jurisprudencia Francovich como última solución.

Siguiendo a Dorota, y a modo de conclusión sobre el significado de este pronunciamiento del TJ en el tema de la eficacia directa horizontal de los derechos fundamentales, podemos sostener que “*the Court of Justice decided not to take this opportunity (...) either to revoke its case law on the absence of horizontal effect of Directives or to use the Mangold Doctrine in combination with the Charter of Fundamental Rights to make the general right to paid annual leave a horizontally applicable EU right*”.

4. “Médiation Sociale”: Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de Enero de 2014

En este caso se vuelve a repetir la tónica habitual de que las Conclusiones presentadas por los AG aborden de pleno las cuestiones sobre eficacia horizontal y derechos fundamentales. Por su parte, el TJUE, no se pronuncia expresamente sobre este tema. En lo que a las palabras clave se refiere el TJUE ya incluye en el listado “*Carta de Derechos Fundamentales*” y “*Artículo 27*” pero sigue pareciendo reticente a incluir explícitamente el tema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, no así el

⁴⁰ Dorota (2013: 480): “*the national court should assess whether the claimant could rely on direct effect of its art. 7(1), this being conditional on whether the defendant could be treated as an emanation of the State*”.

⁴¹ En el párrafo 36 señala que “*CICOA es un organismo que actúa en el ámbito de la seguridad social*”, en el 37 insiste en que las directivas no despliegan efecto directo horizontal. Además, recoge en el párrafo 39 las funciones que se pueden considerar que son propias de la esfera de actuación del Estado. Así, el TJUE estira el concepto de Estado antes de reconocer una posible eficacia directa horizontal.

⁴² El AG, en el párrafo 58 de sus Conclusiones, hacía alusión a este tema de la posible pertenencia del demandado al Estado francés, considerando que no era posible ya que “*el demandado actúa como particular y nunca como autoridad investida de poder público*”.

AG que además recoge otros, que prueban que afronta de forma directa este tema tan a menudo esquivado (*consideración de un derecho fundamental de la Carta como “principio”, artículo 51, apartado 1, de la Carta, Artículo 52, apartado 5, de la Carta, invocabilidad de un “principio” en un litigio entre particulares, Actos de la Unión que concretan de forma esencial e inmediata un “principio”*...). Además, dentro del marco jurídico, tal y como hacía la AG del caso Domínguez, Cruz Villalón, AG en este caso, incorpora los importantísimos artículos 51.1 y 52.5 de la Carta.

La cuestión prejudicial interpuesta por la Cour de Cassation determinante para nuestro análisis es la primera: “*¿puede invocarse en un litigio entre particulares el derecho fundamental relativo a la información y consulta de los trabajadores, reconocido en el a. 27 de la Carta, precisado por las disposiciones de la Directiva, a efectos de comprobar la conformidad con el Derecho de la Unión de una medida nacional de transposición de una directiva?*”. En el párrafo 27 de las Conclusiones se subraya que la Cour de Cassation ya no centra su cuestión prejudicial en la Directiva como parámetro, sino en la Carta.

En el apartado “*La Carta y su eficacia en las relaciones entre particulares*” el AG lleva a cabo una interpretación amplia del a. 51.1 al considerar precipitada la interpretación de este artículo excluyente el efecto directo horizontal y ofrece tres argumentos en pro de su interpretación amplia del a. 51.1: la tradicional falta de referencia de la mayoría de los textos constitucionales a los sujetos pasivos⁴³; la ausencia de señales, tanto en el a. 51.1 como en los trabajos preparatorios, que indiquen la intención de excluir a los particulares como sujetos pasivos; y el reconocimiento de la eficacia horizontal de las libertades fundamentales de circulación y de determinados principios como doctrina antigua y consolidada.

Por otra parte, en el párrafo 38, el AG hace una apreciación que ya recogimos en nuestro trabajo al mantener que sólo algunas disposiciones de la Carta son susceptibles de desplegar efecto directo horizontal; en este sentido, mantiene que depende de la estructura del derecho, mientras que algunos se descartarían por no dirigirse a particulares, sobre otros sostiene que “*sería inconcebible negar su relevancia en las relaciones jurídico privadas*”. Y el artículo cuya posible eficacia horizontal se discute

⁴³ “*El intérprete de la Carta se halla en el mismo horizonte, frecuentemente nebuloso con el que generalmente se encuentra el intérprete de las Constituciones de los Estados miembros*” [33].

en este caso, el artículo 27, se encuentra en ese segundo grupo⁴⁴, concluyendo, finalmente, que la disposición en cuestión puede ser invocada en un litigio entre particulares.

En el siguiente apartado de sus Conclusiones, el AG, se ocupa de abordar la ambigua distinción entre principios y derechos. Determina que el derecho de información y consulta a los trabajadores constituye un principio basándose en que contiene un mandato a los poderes públicos y en la presunción pro principio que actúa al estar ubicado este artículo en el Título IV “Solidaridad”. Sin embargo, tras un detallado análisis desglosado del artículo 52.5 (“los llamados actos de aplicación que concretan el principio”; y “la dimensión de invocación del principio”) concluye que “el artículo 27 de la Carta, concretado de forma esencial e inmediata en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2002/14, puede ser alegado en un litigio entre particulares con las eventuales consecuencias de inaplicación de la normativa nacional” [párrafo 70] y que su propuesta sigue la senda iniciada por Mangold y Kücükdeveci [párrafo 77].

Para el análisis de la Sentencia Médiation Sociale seguiremos un artículo de Daniel Sarmiento (2014) en el que se destacan varios aspectos de esta decisión. En primer lugar, el TJUE “pone coto a la jurisprudencia Mangold y Kücükdeveci”. En segundo lugar, el artículo 27 es declarado “tácitamente” como un principio aunque el Tribunal no interpreta el alcance del artículo 52.5 como si hizo el AG. Y en tercer lugar, el tema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales es, una vez más, esquivado por el Tribunal. Dice Sarmiento que lo que sí que precisa el Tribunal, en el párrafo 47, es la diferencia de este caso con el de Kücükdeveci ya que en el otro el artículo 21.1 CDF “es suficiente por sí mismo para conferir a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal”. Esta afirmación, considera Sarmiento, abre la puerta “al efecto horizontal de los derechos fundamentales siempre y cuando éstos sean suficientes por sí mismos para conferir un derecho”.

⁴⁴ En los párrafos 39 y 40 da dos razones de porqué el artículo 27 de la Carta se encuentra en ese grupo. En primer lugar, por la involucración de la empresa en la efectividad de este derecho como así se pone de manifiesto en el epígrafe del artículo “derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa”. Y en segundo lugar, porque si bien corresponde a los poderes públicos garantizar este derecho, también es tarea de las empresas “dando acotamiento a las disposiciones del poder público en el día a día”.

En definitiva, una panorámica conjunta de estos cuatro casos muestra que se trata de una evolución jurisprudencial con ciertos vaivenes. La Sentencia Mangold, a pesar de dictarse antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y cuando la Carta tenía únicamente un valor simbólico, abre la puerta a la eficacia directa horizontal de los derechos fundamentales en la UE al reconocer la *drittewirkung* del principio general de no discriminación por razón de edad. En los albores de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa se sitúa la Sentencia Küçükdeveci, que sigue la senda iniciada por Mangold al reconocer también la eficacia directa horizontal del principio general de no discriminación por razón de edad tal y como se concreta en la Directiva 2000/78. Por su parte, la Sentencia Domínguez, supone un punto de inflexión a esta línea jurisprudencial, apartándose de lo sentado en estas sentencias y dejando el TJUE la decisión final en manos del órgano jurisdiccional nacional. Finalmente, la Sentencia del TJUE más reciente en la que se vuelve a poner el tema de la *drittewirkung* de los derechos fundamentales sobre la mesa, la Sentencia Mediation Sociale, aplica la línea jurisprudencial de Mangold y Küçükdeveci al caso aunque poniendo límites a ésta, concretamente el límite de que la disposición invocada en un litigio entre particulares sea clara, suficientemente precisa e incondicional.

V. Conclusiones

Como se ha ido señalado a lo largo del trabajo, son dos las principales cuestiones sobre las que el análisis jurisprudencial nos hace reflexionar: el diferente enfoque adoptado por el TJUE y de los AG a la hora de enfrentarse al tema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales; y la repercusión del nuevo estatus jurídico vinculante de la Carta. Además, a partir del análisis jurisprudencial también podemos extraer conclusiones en relación con la teoría constitucional de la “Drittewirkung” y con los condicionantes a la aplicación horizontal de la Carta. Pues bien, este estudio ha arrojado las conclusiones que pasamos a exponer.

En primer lugar, del análisis jurisprudencial llevado a cabo se desprende que el delicado tema de la eficacia horizontal es enfrentado por los AG sin ninguna reticencia, no así por el TJUE que muestra una actitud cautelosa, cuando no esquiva (Anexo 2). Sobre este punto se pronuncia acertadamente Yves Bot, en sus Conclusiones al caso

Domínguez, cuando mantiene que “*habida cuenta de que el Derecho comunitario se inmiscuye cada día más en las relaciones entre particulares (...) el Tribunal de Justicia deberá enfrentarse inevitablemente a otros supuestos que planteen la cuestión de la invocabilidad en litigios entre particulares de directivas que contribuyen a garantizar derechos fundamentales*” e invita al Tribunal a dar una respuesta.

En segundo lugar, en cuanto al nuevo status de la Carta, el estudio de estos cuatro casos desvela el acierto del sector doctrinal que mostraba reservas sobre las consecuencias del nuevo status de la Carta. En la Sentencia Küçükdeveci, dictada poco después de la entrada en vigor de la Carta, el Tribunal se limita a referirse al nuevo carácter vinculante de la Carta pero no la utiliza como parámetro. Si es utilizada la Carta como parámetro en Médiation Sociale, aunque la referencia expresa al artículo 27 de la Carta por la Cour Francesa en la cuestión prejudicial pudo influir en este enfoque del Tribunal acorde con el nuevo estatus de la Carta. Sin embargo, la Sentencia Domínguez, representa un enorme paso atrás ya que el Tribunal ni siquiera menciona la Carta (Anexo 3). En este sentido, de la jurisprudencia del TJUE no se desprende una posición clara sobre la valoración que se le pretende otorgar al nuevo status de la Carta. Coincido con Pench (2013: 32) en la idea de que “*the Court must systematically refer to the Charter when adjudicating fundamental rights issues (...)*” ya que la Carta se dicta para acabar con la dispersión característica del sistema pretoriano de protección de los derechos fundamentales.

Al hilo de esta cuestión, se ha de hacer una referencia a la convivencia entre la Carta y los derechos fundamentales como principios generales del Derecho. En mi opinión, la promulgación de la Carta con valor jurídico vinculante debería suponer que la Carta se situase en primera línea de juego y, tal y como mantienen Groussot y Pech (2010: 4), el TJUE únicamente debería recurrir a la fórmula de los principios generales “*where there is a need to remedy a Charter's eventual lacunae*”. Sin embargo, la jurisprudencia del TJUE confirma que se sigue acudiendo a la fórmula de los derechos fundamentales como principios generales. Este extremo se observa con claridad en Küçükdeveci, que pese al reconocimiento del principio de no discriminación por la Carta en su artículo 21, sigue basándose en el principio general de no discriminación como parámetro para decidir. No hubiese supuesto un problema para la continuidad de la doctrina Mangold, a mi modo de ver, que el Tribunal hubiese sustentado su fallo en el artículo 21 CDF. De hecho, en la cuestión prejudicial se hace referencia al “Derecho primario”. Esperemos,

pues que la Sentencia Médiation Sociale marque una nueva línea jurisprudencial en la que se da primacía a los derechos tal y como son enunciados en la Carta.

En tercer lugar y en relación con la teoría de constitucional de la “Drittewirkung” podemos concluir que la vertiente del “*deber de protección*” está presente en la Sentencia Mangold⁴⁵ y en la Sentencia Küçükdeveci⁴⁶. Por otra parte, a pesar de la actitud huidiza del Tribunal en la Sentencia Domínguez en relación con el tema de la eficacia directa horizontal de los derechos fundamentales, de las tres soluciones que se ofrecen al órgano jurisdiccional nacional, la segunda propuesta puede asimilarse a “una conversión de un caso horizontal en un caso vertical” mediante la ampliación del concepto de Estado. En cuanto a la Sentencia Médiation Sociale, podríamos equiparar la solución dada por el Tribunal en este caso a la que se daría desde la teoría de la eficacia mediata de los derechos dado que el cumplimiento del requisito de “suficientemente precisa, clara e incondicional” es determinante para que se declare, en el párrafo 47, que el derecho a vacaciones anuales retribuidas no puede alegarse en un marco de un litigio entre particulares⁴⁷.

En cuarto lugar, acerca de los condicionantes a la aplicación horizontal de la Carta, la interpretación del artículo 51.1 CDF como no excluyente de la eficacia *inter privatos* se ve cuestionada por la argumentación de la AG en Domínguez. La tesis del AG en Médiation Sociale, Cruz Villalón, favorable a una interpretación amplia, es prueba de que no hay unanimidad sobre qué alcance se la ha de otorgar a este artículo. Así las cosas, creemos que el TJUE debería posicionarse sobre si este artículo excluye o no la eficacia directa horizontal de los derechos reconocidos en la Carta. No obstante, consideramos que un pronunciamiento que negase la eficacia directa horizontal

⁴⁵ “Corresponde al órgano jurisdiccional garantizar la plena eficacia del principio general de no discriminación por razón de edad dejando sin aplicación cualesquiera disposiciones de la ley nacional contraria (...)” [párrafo 78].

⁴⁶ “Incumbe al órgano jurisdiccional nacional que conozca de un litigio entre particulares garantizar la observancia del principio de no discriminación por razón de la edad, tal como se concreta en la directiva, dejando sin aplicación cualesquiera disposiciones de la normativa nacional contrarias a este principio (...)” [párrafo 56].

⁴⁷ En el razonamiento de la AG al caso Domínguez el cumplimiento de estos requisitos también es determinante.

supondría un paso atrás en la protección de los derechos fundamentales por el Ordenamiento Jurídico Comunitario⁴⁸. Otro artículo sobre el que se precisa una interpretación del TJUE es el 52.5 CDF, siendo necesario que se pronuncie el Tribunal sobre los criterios precisos para distinguir entre derechos y principios así como sobre el alcance concreto de estas dos categorías⁴⁹.

Todas estas reflexiones nos llevan a confirmar, aunque con mucha prudencia, la hipótesis que planteábamos en la introducción: *a pesar de los condicionantes que parecen limitar una posible drittewirkung de los derechos fundamentales de la Carta, el papel del TJUE y, sobre todo, el de los AG, parece indicar que ha una puerta abierta al reconocimiento de la eficacia entre particulares de la Carta.* La apertura del TJ al reconocimiento de la eficacia entre particulares de la Carta es tímida e indirecta y presenta, además, altibajos. Igual no existe una tendencia aperturista clara pero no podemos refutar nuestra hipótesis ya que el Tribunal no ha negado, en base a lo dispuesto por el principal condicionante a la posible *drittewirkung* de la Carta (la omisión de los particulares en 51.1), que algunas de sus disposiciones puedan desplegar efecto directo en sentido horizontal. Esperemos, no obstante, que el activo papel de los AG contribuya a que el TJ adopte una posición más clara en este tema.

Así las cosas, y a modo de conclusión final, creemos que es más que necesario el abandono por parte del Tribunal de la actitud esquiva sobre la eficacia horizontal de los derechos en general y de la Carta en particular, y se pronuncie sobre diversos temas determinantes en relación con la *drittewirkung* de la Carta, a saber: sobre el significado de la omisión de los particulares como sujetos pasivos en el artículo 51.1; sobre qué derechos por su estructura pueden desplegar efecto horizontal; sobre qué disposiciones albergan derechos y cuáles principios así como sobre la justiciabilidad de estas dos categorías; y sobre en qué medida la ausencia de efecto directo horizontal de las

⁴⁸ En este sentido se pronuncia Cruz Villalón en sus Conclusiones a Médiation Sociale: “*puesto que la eficacia horizontal de los derechos fundamentales no es algo desconocido en el Derecho de la Unión, resultaría paradójico que precisamente la incorporación de la Carta al Derecho primario pudiera cambiar, para peor, este estado de cosas*” [35].

⁴⁹ “*El tiempo dirá cuáles son esos derechos. Quizás son los derechos a los que se refiere el artículo 52.5 de la Carta al distinguir entre aquellos y los principios quizás no, sólo el Tribunal de Justicia nos lo dirá, esperemos que más pronto que tarde*” (Daniel Sarmiento: 2014).

directivas puede suponer un obstáculo a los derechos fundamentales. Además, consideramos que un uso por parte del Tribunal de la Carta como fuente autónoma y principal del sistema de derechos fundamentales de la UE constituye el único enfoque acorde con el nuevo estatus jurídicamente vinculante de la Carta.

Sin embargo, la dinámica habitual en el proceso de construcción europea nos lleva a pensar que las respuestas a estas cuestiones llegarán más tarde que pronto. Una respuesta que supusiese un uso horizontal limitado de la Carta podría poner en tela de juicio los derechos en ella reconocidos, sobre todo en el ámbito socio laboral, defraudando así las expectativas ciudadanas que se pudieron generar con la promulgación de un catálogo de derechos jurídicamente vinculante.

BIBLIOGRAFÍA

Monografías generales

- Alonso García, Ricardo y Sarmiento, Daniel (2006). *La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: explicaciones, concordancias, jurisprudencia*. Madrid: Civitas, S.A.
- Hermida del Llano, Cristina (2005). *Los Derechos fundamentales en la Unión Europea*. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial.
- Laffranque, Julia (ed.) (2012). *The protection of Fundamental Rights Post-Lisbon: The Interaction between the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the European Convention on Human Rights and National Constitutions*. Tallín: University of Tartu.
- Linde Paniagua, Enrique (2008). El ámbito de aplicación: el *talón de Aquiles* de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En Allué Bauza, Alfredo [et al.] (2008) *Los Derechos fundamentales en la Unión Europea: nuevas perspectivas*. Madrid: UNED.
- Mangas Martín, Araceli (2005). *La Constitución Europea*. Madrid: Iustel.
- Mangas Martín, Araceli (Dir.) (2008). *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea : comentario artículo por artículo*. Bilbao: Fundación BBVA.
- Pi Lloréns, Montserrat (2004). El ámbito de aplicación de los Derechos Fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: balance y perspectivas. . En Fernández Sola, Natividad (coord.) (2004). *Unión Europea y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional*. Madrid: Dykinson, S.L.
- Rodríguez Bereijo, Álvaro (2004). La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la protección de los derechos humanos. En Fernández Sola,

Natividad (coord.) (2004). *Unión Europea y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional*. Madrid: Dykinson, S.L.

Artículos Académicos (revistas)

- Anzures Gurría, Juan J. (2010) “La Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales”. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* (22), pp. 4- 50.
- Burka de, Grainne (2013). “After the EU Charter of Fundamental Rights. The Court of as a Human Rights Adjudicator?”, *Maastricht Journal of European and competitive law*, vol. 20 (2), pp. 168-184.
- Iglesias Sánchez, Sara (2012). “The Court and the Charter: The impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ’s approach to fundamental rights”. *Common Market Law Review*, Vol. 49 (5), pp.1565–1612.
- Leczykiewcz, Dorota (2013). “Horizontal Application of the Charter of Fundamental Rights”, *European Law Review*, (90), pp. 479- 497.
- Leczykiewcz, Dorota (2013). “Horizontal Effect of Fundamental Rights: In Search of Social Justice or Private Autonomy in EU Law?”. En *U Bernitz, X Groussot & F Schulyok (eds.), General Principles of EU Law and European Private Law (Kluwer Law International 2013)*, (38), pp. 171-186.
- Pech, Laurent (2012). “Between judicial minimalism and avoidance: the Court of Justice’s sidestepping of fundamental constitutional issues in *Römer* and *Dominguez”* *Common Market Law Review*, vol. 49 (6), pp. 1841-1880.
- Sarmiento, Daniel (2013). “Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe”. *European Market Law Review*, vol. 50 (9), pp. 168-194.

- Terradillo Ormaetxa, Edurne (2011). “Los derechos fundamentales sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* (92), pp. 53- 72.

Artículos de Internet:

- Carazo Liébana, María José (2004). *La Eficacia de la Carta de Derechos Fundamentales en la proyectada Constitución Europea. En especial: los derechos sociales*. Logroño: Universidad de la Rioja. Descargado de: <http://www.idpc.es/archivo/1213087163FCI8NMCL.pdf>
- Groussot, Xavier, Pech, Laurent & Petursson, Gunnar (2011). *The Scope of Application of EU Fundamental Rights on Member State Action: In search of certainty in EU adjudication*. Eric Stein Working Paper No 1/2011. Descargado de: http://www.era-comm.eu/charter_of_fundamental_rights/kiosk/pdf/EU_Adjudication.pdf
- Groussot, Xavier & Pech, Laurent (2010). *Fundamental Rights Protection in the European Union Post Lisbon Treaty*. European Issue nº 173. Foundation Robert Schuman. Descargado de: <http://www.robert-schuman.eu/en/doc/questions-d-europe/qe-173-en.pdf>
- Marín Aís, J. Rafael (2010). *Los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en España con el Tratado de Lisboa*. Universidad de Granada. Descargado de: http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/NUMERO2/TERCER%20ACCESIT.PDF
- Moreno Domínguez, J. Francisco (2003). *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: desde la solemnidad a la eficacia*. Huelva: Universidad de Huelva. Descargado de: http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC02/DYC002_B06.pdf

- Torres Pérez, Aída (2008). *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra. Descargado de: http://www.upf.edu/constitucional/actualitat/PDFs/Torres_Pxrezx_Aida.pdf

Blogs:

- Sarmiento, Daniel (2014, 21 de Enero) *El efecto horizontal de los derechos fundamentales de la Unión. La sentencia Association de Médiation Sociale (C-176/12)*. Blog AEDEUR. Descargado de: <http://www.aedeur.es/index.php/blog/43-el-efecto-horizontal-de-los-derechos-fundamentales-de-la-union-la-sentencia-association-de-mediation-sociale-c-176-12>

Tesis doctorales:

- Sarazá Jiménez, Rafael (2008). *Jueces, Derechos Fundamentales y Relaciones entre particulares* (tesis de doctor). Universidad de la Rioja, Logroño.

Sentencias del TJUE:

- Sentencia TJCE de 5 de Febrero de 1963, Caso 26/62, “*Van Gen en Loos*”
- Sentencia TJUE de 22 de Noviembre de 2005, Caso C-144/04, “*Mangold*”
- Sentencia TJUE de 19 de Enero de 2010, Caso C- 555/07, “*Küçükdeveci*”
- Sentencia TJUE de 24 de Enero de 2012, Caso C- 282/10, “*Dominguez*”
- Sentencia TJUE de 15 de Enero de 2014, Caso C- 176/12, “*Médiation Sociale*”
- Sentencia TJUE de 26 de Febrero de 2013, Caso C- 617/10, “*Akerberg Fransson*”

ANEXOS

Anexo 1: Artículos de la Carta que podrían invocarse en un litigio entre particulares

En este anexo recogemos los artículos de la Carta de Derechos Fundamentales que Dorota Leczykiewicz consideraba eran, en un principio, susceptibles de desplegar efecto horizontal por su estructura⁵⁰⁵¹. Este grupo de disposiciones pertenecen a tres títulos de la Carta: “Libertades”; “Igualdad”; y “Solidaridad”. Tal extremo no deja de ser indicador de la importancia que en la eficacia horizontal tienen ciertas libertades a las que se les ha dado configuración “constitucional”, el mandato de igualdad y los derechos laborales.

Título II “LIBERTADES”

Artículo 8: Protección de datos de carácter personal

1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan.
2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación.
3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente.

⁵⁰ Se ha de precisar que la estructura del derecho y, en particular, “la determinación del sujeto de derecho” constituye, en palabras de Cruz Vilallón “una premisa esencial para el ejercicio de aquél {del derecho}, a partir del cual es posible identificar la especial protección pretendida por la Carta” (párrafo 66, Conclusiones a Médiation Sociales). Así, en esta lista de derechos vemos como las empresas y personas físicas, además de los poderes públicos, representan sujetos de derechos potenciales.

⁵¹ Señalamos con cursiva las cláusulas de remisión a las que nos referíamos cuando diferenciábamos entre derechos y principios. La abundancia de estas cláusulas en el grupo de artículos que Dorota considera susceptibles de desplegar efecto directo horizontal es una clara muestra de que su enfoque es demasiado amplio.

Artículo 11: Libertad de expresión y de información

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.
2. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.

Artículo 12: Libertad de reunión y de asociación

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación en todos los niveles, especialmente en los ámbitos político, sindical y cívico, lo que supone el derecho de toda persona a fundar con otras sindicatos y a afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.
2. Los partidos políticos a escala de la Unión contribuyen a expresar la voluntad política de los ciudadanos de la Unión.

Artículo 16: Libertad de empresa

Se reconoce la libertad de empresa *de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales*.

Artículo 17: Derecho a la propiedad

1. Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida en que resulte necesario para el interés general.

2. Se protege la propiedad intelectual.

Título III “IGUALDAD”

Artículo 21: No discriminación

1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.
2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares.

Artículo 23: Igualdad entre mujeres y hombres

La igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución.

El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado.

Título IV: “SOLIDARIDAD”

Artículo 27: Derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa

Deberá garantizarse a los trabajadores o a sus representantes, en los niveles adecuados, la información y consulta con suficiente antelación, *en los casos y condiciones previstos en el Derecho de la Unión y en las legislaciones y prácticas nacionales*.

Artículo 28: Derecho de negociación y de acción colectiva

Los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, *de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales*, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga.

Artículo 30: Protección en caso de despido injustificado

Todo trabajador tiene derecho a protección en caso de despido injustificado, *de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales*.

Artículo 32: Prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo

Se prohíbe el trabajo infantil. La edad mínima de admisión al trabajo no podrá ser inferior a la edad en que concluye el período de escolaridad obligatoria, sin perjuicio de disposiciones más favorables para los jóvenes y salvo excepciones limitadas.

Los jóvenes admitidos a trabajar deberán disponer de condiciones de trabajo adaptadas a su edad y estar protegidos contra la explotación económica o contra cualquier trabajo que pueda ser perjudicial para su seguridad, su salud, su desarrollo físico, psíquico, moral o social, o que pueda poner en peligro su educación.

Artículo 33: Vida familiar y vida profesional

2. Con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño.

Anexo 2: Tabla comparativa sobre la forma de abordar el tema del efecto directo horizontal en los cuatro estudios de caso

	Forma de abordar efecto directo horizontal	Reconocimiento del efecto directo horizontal
AG Mangold	<p>Directa. Se decanta por el uso del principio general como parámetro porque tiene efecto directo horizontal</p> <p>Dedica un apartado entero al análisis de esta cuestión (<i>“Sobre las consecuencias de la interpretación del TJ”</i>).</p>	<p>Sí, explícitamente, por medio de la utilización del principio general de igualdad como parámetro <i>“cuya exigencia clara, precisa e incondicional se dirige a todos los sujetos del ordenamiento jurídico y, por tanto, puede ser invocado por los particulares tanto frente al Estado como frente a los particulares”</i> (párrafo 101).</p>
TJUE Mangold	<p>Esquiva. Existe una única referencia a la naturaleza <i>inter privatos</i> del litigio, en el párrafo 30, cuando se sintetiza el planteamiento del órgano jurisdiccional remitente.</p>	<p>Sí, implícitamente, fundamentando su decisión en la importancia del principio general de no discriminación en el Ordenamiento Jurídico Comunitario. Su solución va en la línea de la teoría del deber de protección: <i>“corresponde al órgano jurisdiccional garantizar la plena eficacia del principio general de no discriminación por razón de edad dejando sin aplicación cualesquiera disposiciones de la Ley nacional contrarias”</i> (párrafo 78).</p>
AG Küçükdeveci	<p>Directa. Pone énfasis en la importancia de esta cuestión delicada para lo que no hay una respuesta evidente (párrafo 56) e insta al Tribunal a ofrecer una respuesta (párrafo 90).</p>	<p>Sí, explícitamente. Propone una solución novedosa: <i>“insto al Tribunal a que formule un planteamiento más ambicioso en términos de lucha contra las discriminaciones contrarias al Derecho comunitario (...) que una Directiva cuyo objeto sea luchar contra las discriminaciones pueda invocarse en un litigio inter privatos”</i> (párrafo 70).</p>

**TJUE
Küçükdeveci**

No tan esquiva como en Mangold. Aunque no se haga referencia explícita al tema de la *drittewirkung* de los derechos fundamentales, el TJ ya no muestra tantas reservas a la hora de especificar la naturaleza horizontal del litigio.

Sí, implícitamente. Reconoce la eficacia horizontal del principio general de no discriminación por razón de edad tal y como se concreta en la Directiva, en la línea del deber de protección, siguiendo así la senda iniciada por Mangold: “*incumbe al órgano jurisdiccional nacional que conozca de un litigio entre particulares garantizar la observancia del principio de no discriminación por razón de edad, tal y como se concreta en la Directiva 2000/78, dejando si es preciso sin aplicación cualesquier disposiciones de la normativa nacional contrarias a este principio*” (párrafo 56).

**AG
Domínguez**

Directa. En las cuatro alternativas que propone aborda la cuestión de la eficacia horizontal: “*eficacia horizontal de las directivas*”; “*aplicabilidad directa del a. 31.2 de la Carta*”; “*aplicabilidad directa de un eventual principio general del Derecho*”; “*aplicabilidad de la doctrina Küciükdeveci*”.

No. Interpreta el artículo 51.1 de la Carta como excluyente de la eficacia horizontal de ésta así como de los principios generales (con matices). Por otra parte, niega la aplicabilidad de la doctrina *Küciükdeveci* por no cumplirse las condiciones de suficientemente clara, precisa e incondicional en la disposición.

**TJUE
Domínguez**

Esquiva. Se limita a seguir la línea clásica sobre la ausencia de efecto directo horizontal de las directivas y los paliativos pero no plantea la posible eficacia horizontal de este derecho tal y como es reconocido en la Carta.

Ambigua. Deja la solución en manos del órgano jurisdiccional nacional. En vez de enfrentarse a la cuestión de la eficacia directa horizontal prefiere proponer una “solución artificiosa” basada en la conversión de un caso horizontal en un caso vertical por medio de la ampliación del concepto de Estado.

**AG
Médiation
Sociale**

Directa. Análisis exhaustivo sobre la eficacia directa del artículo 27 de la Carta y sus condicionantes. Defiende una interpretación no excluyente de la eficacia directa horizontal del artículo 51.1 CDF y examina la distinción derechos-principios del 52.5 CDF.

Sí. Aunque determina que el a. 27 constituye un principio, considera que “*sobre la base del inciso segundo del artículo 52, apartado 5, de la Carta, que el artículo 27 de la Carta, concretado de forma esencial e inmediata en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2002/14, puede ser alegado en un litigio entre particulares con las eventuales consecuencias de inaplicación de la normativa nacional*”.

TJUE
Médiation
Sociale

Posición intermedia. Aborda algunos puntos de forma directa pero no así otros como el alcance del 51.1 y del 52.5 de la Carta.

Tras recordar la ausencia de efecto directo horizontal de las directivas y la imposibilidad de aplicar el paliativo de la interpretación conforme, plantea la posible aplicación de la doctrina *Küciükdeveci* (“*de modo que el artículo 27 de la Carta, por sí solo o en combinación con las disposiciones de la Directiva 2002/14, puede ser invocado en un litigio entre particulares*”).

No. Establece en el párrafo 47 la imposibilidad de reconocer el efecto directo horizontal del artículo 27 de la Carta: “*las circunstancias del asunto principal se diferencian de las que dieron lugar a la sentencia Küciükdeveci, antes citada, dado que el principio de no discriminación por razón de la edad objeto de ese último asunto, reconocido por el artículo 21, apartado 1, de la Carta, es suficiente por sí mismo para conferir a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal*”.

Anexo 3: Tabla comparativa sobre la repercusión del nuevo estatus jurídico vinculante de la Carta en la resolución de los cuatro estudios de caso

Referencia a la Carta	Fuente utilizada como parámetro para la solución
Anteriores al Tratado de Lisboa	
AG Mangold	No se hace ninguna referencia a la Carta (versión Niza). Principio general de no discriminación por razón de edad.
TJUE Mangold	No se hace ninguna referencia a la Carta (versión Niza). Principio general de no discriminación por razón de edad.
AG Küçükdeveci	Menciona la Carta a pesar de su carácter no vinculante. Propone la aplicación de la Directiva como parámetro.
Posteriores al Tratado de Lisboa	
TJUE Küçükdeveci	Hace referencia a la importancia del nuevo estatus jurídico vinculante de la Carta, en la que se reconoce el principio de no discriminación. Pero no usa la Carta como parámetro. Principio general de no discriminación por razón de edad tal y como se concreta en la Directiva.

AG Domínguez	Examina la viabilidad de la aplicabilidad directa del artículo 31.2 de la Carta como una de las cuatro alternativas.	No hay posibilidad de inaplicar la normativa nacional contraria al Derecho comunitario.
---------------------	--	---

TJUE Domínguez	No hace ninguna referencia a la Carta.	Aunque deja la solución en manos del órgano jurisdiccional remitente, la directiva constituye el parámetro de solución.
---------------------------	--	---

AG Médiation Sociale	Referencia a la Carta así como al alcance de dos de sus cláusulas horizontales (51.1, 52.5)	Artículo 27 de la Carta.
-----------------------------	---	--------------------------

TJUE Médiation Sociale	Referencia a la Carta (aplicabilidad de la doctrina Kucukdeveci). En la cuestión prejudicial se plantea la aplicación horizontal de la Carta explícitamente.	Artículo 27 de la Carta y Directiva.
-----------------------------------	--	--------------------------------------



Universitat Autònoma de Barcelona
Edifici E1
08193 Bellaterra (Barcelona) Espanya