

Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en tiempos de crisis Eskubide Ekonomiko, Sozial eta Kulturalak krisi garaian

Cursos de Derechos Humanos
de Donostia-San Sebastián. Volumen XII
Donostiako Giza Eskubideei buruzko Ikastaroak.
XII. Urtekaria

Director

JUAN SOROETA LICERAS

Director de los Cursos de Derechos Humanos
de Donostia-San Sebastián



Donostiako Udala
Ayuntamiento de San Sebastián



DONOSTIA 2016
SAN SEBASTIAN



"FRANCISCO DE VITORIA"
INSTITUTO DE ESTUDIOS
INTERNACIONALES DEL
PAIS VASCO

THOMSON REUTERS
ARANZADI

Primera edición, 2012

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2012 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Instituto de Estudios Internacionales del País Vasco «Francisco de Vitoria»]
Editorial Aranzadi, SA
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)
ISBN: 978-84-9014-397-1
Depósito Legal: NA 364/2013
Printed in Spain. Impreso en España
Fotocomposición: Editorial Aranzadi, SA
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 - Pamplona

DIRECTOR

Juan SOROETA LICERAS

Profesor Titular de Derecho Internacional Público, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

SUBDIRECTOR

Francisco Javier QUEL LÓPEZ

Catedrático de Derecho Internacional Público, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

COMITÉ DE REDACCIÓN

Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE

Catedrático de Derecho Internacional Público, Universidad de Brasilia
Magistrado de la Corte Internacional de Justicia de La Haya

Laurence BOURGORGUE-LARSEN

Catedrática de Derecho Internacional Público, Universidad de Paris I

Philippe COUVREUR

Secretario de la Corte Internacional de Justicia de La Haya

Rosario HUESA VINAIXA

Catedrática de Derecho Internacional Público, Universidad de las Islas Baleares

Antonio REMIRO BROTONS

Catedrático de Derecho Internacional Público, Universidad Autónoma de Madrid

Christian TOMUSCHAT

Catedrático de Derecho Internacional Público, Humboldt Universität

COMITÉ ASESOR

Montserrat ABAD CASTELOS

Profesora Titular de Universidad de Derecho Internacional Público, Universidad Carlos III de Madrid

Joaquín ALCAIDE FERNÁNDEZ

Catedrático de Derecho Internacional Público, Universidad de Sevilla

Antonio BLANC ALTEMIR

Catedrático de Derecho Internacional Público, Universitat de Lleida

Rafa CASADO RAIGÓN

Catedrático de Derecho Internacional Público, Universidad de Córdoba

Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ

Catedrático de Derecho Internacional Público, Universidad de Cádiz

Fausto POCAR

Catedrático de Derecho Internacional Público, Universidad de Milán

Rosa RIQUELME CORTADO

Catedrática de Derecho Internacional Público, Universidad de Murcia

Ángel RODRIGO HERNÁNDEZ

Profesor Titular de Universidad de Derecho Internacional Público, Universidad Pompeu i Fabra

Ana SALINAS DE FRÍAS

Profesora Titular de Derecho Internacional Público, Universidad de Málaga

Ángel SÁNCHEZ LEGIDO

Profesor Titular de Universidad de Derecho Internacional Público, Universidad de Castilla-La Mancha

SECRETARÍA DEL ANUARIO

María Dolores BOLLO AROCENA

Profesora Titular de Derecho Internacional Público, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

REDACTORES

Oscar ABALDE CANTERO

Nicolás ALONSO MOREDA

Iñigo IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA

Ander GUTIÉRREZ-SOLANA

Contribución del Tribunal de Justicia de la UE a la realización de los derechos económicos y sociales*

ARACELI MANGAS MARTÍN

Catedrática de Derecho Internacional Público. Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: 1. LAS LUCES. 2. LAS SOMBRAS. RESUMEN. LABURPENA. ABSTRACT. RÉSUMÉ.

1. LAS LUCES

Desde la fundación misma de las, entonces, denominadas Comunidades Europeas, sus tratados creadores contenían el reconocimiento de algunos derechos económicos y sociales. Era lógico que así fuera, dado que el núcleo material del método integrador era lograr realizaciones concretas. Por ello, la consecución del «mercado común» propició la inclusión expresa de determinados derechos económico-sociales, por ejemplo, los relacionados con los derechos de libre circulación y residencia de los trabajadores al ejercer un empleo fuera de su país de origen, o de los prestatarios de servicios, de los usuarios, de las personas físicas y jurídicas que se establecían en Estados miembros distintos al de origen; tales derechos eran, por ejemplo, diversos derechos sociales materiales –a los que me referiré más adelante– como la protección del secreto profesional o el derecho de propiedad o el de derecho de establecimiento, etc.

No se puede reprochar, en el contexto de los años cincuenta y sesenta del pasado siglo, que los tratados no tuvieron mucha más dimen-

* Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco el 11 de mayo de 2011.

sión social, protecciones que ni tan siquiera se reconocían en las constituciones, leyes y prácticas nacionales.

Un aspecto distinto es el hecho de que los tratados fundacionales no contuvieran una disposición general en la que se expresara formalmente el respeto a los derechos fundamentales, lo que motivó diversos litigios en los años sesenta que llevaron al Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas¹ a rellenar esa laguna formal proclamando en su sentencia *Nold* de 1974 la obligación general de respeto a los derechos humanos y no sólo a concretos derechos de carácter económico y social que sí tuvieron cabida, como he señalado, desde el inicio del proceso integrador.

Por otra parte, y es el núcleo central de esta exposición, la contribución de la labor judicial del TJUE ha sido (y sigue siendo fundamental) para extraer hasta sus últimas consecuencias todo el alcance de derechos abstractos y garantizar su protección en el caso concreto. Junto a la labor judicial que fue y es importante, la amplia realización de los derechos viene dada por la política legislativa de la UE, a instancias de la iniciativa normativa de la Comisión Europea, de sistematizar la aportaciones judiciales y codificarlas en normas de Derecho derivado, fundamentalmente Directivas, y mediante la trasposición se inyectan en las leyes internas las aportaciones del TJUE multiplicando y facilitando su plena realización para un número amplio de destinatarios.

Conviene recordar, por otra parte, que gracias a su jurisprudencia, el respeto a todos los derechos fundamentales, por supuesto, los derechos económico-sociales, incluida la propia Carta de los Derechos Fundamentales, que forma parte del Tratado de la Unión, obligan tanto a las Instituciones, órganos y organismos de la Unión como a los Estados miembros, cuando unos y otros actúan en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión (art. 51 Carta de Niza), ya sea cuando lo aplican o cuando se acogen a sus derogaciones o excepciones. Mediante esta solución se cubren de forma homogénea todas las actividades realizadas por las autoridades nacionales y comunitarias en el marco de las materias atribuidas en los Tratados.

En efecto, el Tribunal ya había declarado en varias sentencias desde 1989 que «las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario vinculan asimismo

1. En adelante, TJCE o bien TJUE para alusiones en general y sentencias posteriores a la entrada en vigor de la reforma del Tratado de la Unión Europea hecha en Lisboa.

a los Estados miembros cuando aplican la normativa comunitaria»²; pero también cuando los Estados se acogen a una excepción prevista en los Tratados o en el derecho derivado, pues los actos nacionales en los que se excluyen normas de la Unión pueden ser sometidos al control judicial del Tribunal de Justicia (recurso prejudicial y recurso por infracción) para declarar si respetan la legalidad (los criterios establecidos y que no hay discriminaciones arbitrarias) y el principio de proporcionalidad. No cabe otra opción: cuando los Estados exceptúan la aplicación del Derecho de la Unión se sitúan dentro del mismo, por lo que deben respetar también los derechos fundamentales reconocidos por la Unión. Si no fuera así, el patrón de validez serían sólo las Constituciones nacionales y los Tribunales Constitucionales.

Esta doctrina es un ejemplo más entre varios de los que expondré aquí, en los que la actuación pionera del TJUE (*Wachauf, Karlsson...*) es reforzada después por su codificación en los Tratados (art. 51 Carta de los Derechos Fundamentales de Niza) o en el derecho derivado.

Pasadas las dudas iniciales sobre los estándares normativos a tener en cuenta para medir y controlar el respeto a los derechos fundamentales, la disposición del Tribunal de Justicia para su protección ha sido una de las más importantes contribuciones. El Tribunal ha recibido en los sesenta años largos de integración numerosos asuntos sobre derechos humanos de carácter social y económico.

Así, voy a destacar la línea jurisprudencial basada en el principio de no discriminación que complementa, como anverso y reverso de una misma moneda, el derecho de libre circulación de trabajadores y servicios.

Es bien sabido que uno de los derechos de ciudadanía de la UE con una clara dimensión económica es el de libre circulación y residencia, entre otros fines, para desempeñar un trabajo o una profesión. Hasta los años noventa, hasta la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, sólo

2. Sentencia *Karlsson* de 13 de abril de 2000, C-292/97, punto 37; anteriormente, sentencias de 13 de julio de 1989, *Wachauf*, 5/88, de 18 de junio de 1991, *ERT* C-260/89 y de 18 de diciembre de 1997, *Annibaldi* C-309/96. Esta obligación se recoge en el art. 6 TUE codificando jurisprudencia constante del TJCE: Del art. 6 del TUE «... se deduce que las instituciones están sujetas al control de la conformidad de sus actos con los Tratados y con los principios generales del Derecho, al igual que los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión (entre muchas sentencias posteriores, las de 27 de febrero de 2007, *Gestoras Pro Amnistía y otros c. Consejo*, C 354/04 P, apartado 51, y *Segi y otros/Consejo*, C- 355/04 P, apartado 51; 3 de mayo de 2007, *Advocaten voor de Wereld VZW y Leden van de Ministerraad*, C-303/05, apartado 45)».

los trabajadores y profesionales de los Estados miembros fueron los tradicionales y exclusivos beneficiarios del derecho de residencia en los Estados miembros. La residencia ha sido un derecho ligado a un hecho económico: desplazarse para trabajar en otro Estado miembro y en ese contexto se ha disfrutado de los beneficios y ventajas que les acordaban los antiguos Reglamentos 1408/1971, 1612/1968 y una coherente y progresiva jurisprudencia del TJUE a la que me voy a referir.

Gracias a un principio general de no discriminación por razón de la nacionalidad inserto en los tratados desde 1951, y que hoy se mantiene en el art. 18 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), el derecho a no ser discriminados por razón de la nacionalidad ha permitido, antes de la creación de la institución de la ciudadanía de la UE, el disfrute de toda suerte de derechos económicos y sociales reconocidos a los propios nacionales, puesto que este principio es aplicable en los ámbitos regidos por el Tratado, es decir, ámbitos de competencia de la UE o en los que media una actividad económica.

Interesa recordar que las concretas discriminaciones por razón de la nacionalidad a la libre circulación trabajadores y servicios y al establecimiento de profesionales casi siempre necesitaron de un proceso judicial para ser eliminadas caso por caso. Y, por ello, la contribución del Tribunal de Justicia de la Unión ha sido decisiva.

Las actuaciones judiciales ahondaron en cuestiones concretas de la vida social y económica. Así, declaró que los trabajadores y sus hijos, nacionales de un Estado miembro, deben gozar en el Estado miembro de acogida de los beneficios o ventajas –por ejemplo, una ayuda municipal para la formación, o préstamos sin interés– en las mismas condiciones que sus homólogos nacionales³ y con carácter más amplio proclamó la no discriminación en las prestaciones sociales a favor de los trabajadores inmigrantes⁴. En otra sentencia se declara que los beneficios y las prestaciones deben ser acordados también a los hijos de los trabajadores fronterizos aunque padres e hijos no residan en el Estado en el que trabajan y estudian, de forma que el Tribunal de Justicia extiende el trato nacional en materia de becas a estudiantes que no tienen residencia en el Estado de acogida⁵.

3. TJCE, sentencias de 3 de julio de 1974, *Casagrande*, y de 14 de enero de 1982, as. *Reina*, 65/81.

4. TJCE, sentencias *Casagrande*, cit.; 15 de enero de 1986, *Pinna*, 41/84; 12 de mayo de 1998, *Martínez Sala c. Freistaat Bayern*, C-85/96.

5. TJCE, sentencia de 8 de junio de 1999, *Meeusen*, C-337/97, asunto relativo a una estudiante belga, residente en Bélgica y matriculada en un establecimiento educativo holandés, cuyo padre belga, residente en Bélgica, trabajaba en Holanda.

No menos novedosa y protectora fue la sentencia en la que declaró que si un Estado reconoce pensiones o prestaciones sociales a las parejas no casadas, este beneficio le debe ser reconocido a los trabajadores nacionales de otros Estados miembros⁶. Igualmente ha tenido beneficiosas consecuencias, aunque todavía en España las administraciones públicas no se hayan hecho eco de una antigua sentencia en la que se estimó que es una discriminación por razón de la nacionalidad no reconocer la experiencia profesional en otras Administraciones públicas⁷. El Tribunal supo conjugar la argumentación jurídica con la sensibilidad social al estimar que la ayuda para gastos de sepelio –ventaja social, art. 7.2 Rgto. 1612/1968– no se pueden condicionar al requisito de la inhumación o incineración en el territorio del Estado miembro que prevé su concesión –sería una discriminación encubierta o indirecta⁸.

También ha proclamado que la obligación de respetar la regla de no discriminación por razón de la nacionalidad entre quienes desean establecerse para ejercer una profesión concierne a todas las autoridades públicas, corporaciones profesionales o ayuntamientos⁹.

No menor importancia tiene su doctrina relativa a que los trabajadores residentes en cualquier Estado miembro gozan de las mismas facilidades que los nacionales en la compra o alquiler de una vivienda; el TJCE ha estimado discriminatorio el no reconocimiento de bonificaciones fiscales por préstamos hipotecarios concedidos por Bancos establecidos en otros Estados miembros a trabajadores residentes comunitarios¹⁰. Igualmente ha declarado discriminatorio reconocer valor probatorio diferente a los documentos nacionales y a los de otros Estados miembros¹¹.

6. TJCE, sentencia de 17 de abril de 1986, *Reed*, 59/85.

7. TJCE, sentencia de 23 de febrero de 1994, as. *Scholz c. Universidad de Cagliari*, C-419/92, relativo a una ciudadana de doble nacionalidad alemana e italiana a la que no se le reconocía su experiencia profesional como restauradora de arte en museos alemanes al exigir la convocatoria de plazas en Italia experiencia en la Administración italiana.

8. TJCE, sentencia de 23 de mayo de 1996, as. *John O'Flynn*, C-237/94, relativo a un trabajador irlandés residente en el Reino Unido, quien decidió al fallecimiento de su hijo enterrarlo en Irlanda.

9. TJCE, sentencia de 18 de junio de 1985, as. *Steinhauser c. Ville de Biarritz* 197/84, relativo a un pintor alemán que deseaba instalar su puesto callejero en Biarritz.

10. TJCE, sentencia de 14 de noviembre de 1995, as. *Svenson*, C-484/93, relativo a una familia sueca residente en Luxemburgo que obtuvo un préstamo hipotecario en un bando belga.

11. Sobre el valor probatorio de los documentos expedidos por otros Estados miembros se ha referido en el asunto de 2 de diciembre de 1997, *Eftalia Dafeki* C-336/94, o la sentencia que califica de discriminatorio sancionar de manera distinta a nacionales y a comunitarios por la falta de documentos (sentencias de 29 de febrero de 1997, *Skanaavi*, C-193/94, en el que a un matrimonio griego se les sanciona desproporciona-

Cuando aún no estaba reconocido jurídicamente el concepto de ciudadanía de la UE ha exigido igualdad de trato respecto a los derechos de matrícula para los estudiantes en cuanto destinatarios de servicios en los establecimientos educativos que dispensan una formación profesional en aquellos países que tienen establecidas tasas superiores para los extranjeros¹².

Es verdad que, con anterioridad a la institución de la ciudadanía de la UE, el Tribunal de Justicia llegó al mismo resultado mediante un razonamiento elíptico: encuadrando el derecho al trato igual desde la dimensión pasiva del destinatario de los servicios (viajes turísticos, de negocios o de estudios). Así, extendió en favor de un nacional comunitario viajando como turista (destinatario de un servicio) una indemnización prevista en casos de agresión para los nacionales y los residentes extranjeros. Hay que subrayar que el principio de no discriminación por razón de nacionalidad se aplica a los turistas comunitarios en tanto que potenciales destinatarios de numerosos servicios en cualquier Estado miembro¹³. Es destacable, en este muestreo de jurisprudencia propiciadora del ejercicio de derechos sociales y económicos en igualdad de condiciones, la sentencia en la que declara que el Derecho de la UE se opone a una exigencia de la legislación procesal, como la *cautio iudicatum solvi*, que produce una discriminación respecto a las personas a las que el Derecho de la UE atribuye el derecho a la igualdad de trato; aunque la norma procesal –añade el TJCE– no esté destinada, en cuanto tal, a regular una actividad de naturaleza comercial, tiene como resultado colocar a dichos operadores –agentes económicos–, en cuanto al acceso a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado, en una posición menos ventajosa que a sus nacionales¹⁴.

Gracias pues a concretos procesos judiciales, la combinación del derecho de residencia para ejercer un empleo con el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad ha permitido ejercer el empleo

damente como si no estuvieran habilitados para conducir en Alemania por no haber cambiado el permiso de conducir griego por un permiso alemán); o la sentencia de 30 de abril de 1997, *Comisión c. Alemania*, C-24/97. También ha condenado exigir documentos distintos a nacionales y comunitarios para disfrutar de un mismo derecho –el de residencia– (as. *Martínez Sala*, ya citado, 12 de mayo de 1998).

12. Entre otras, sentencias de 13 de febrero de 1985, *Gravier*, 293/83; 2 de febrero de 1988, *Blaizot*, 24/86.
13. TJCE, sentencias de 31 de enero de 1984, *Luisi y Carbone*, 262/82 y 26/83; 2 de febrero de 1989, *Cowan* 186/87; 15 de marzo de 1994, *Comisión c. España* –entrada en Museos–, C-45/93.
14. TJCE, sentencia de 20 de marzo de 1997, as. *Hayes*, C-323/95.

y residir en igualdad de condiciones y beneficios sociales que los nacionales en la casi totalidad de las circunstancias: salarios, formación profesional, derechos sindicales, promoción en el empleo, transporte, beneficios fiscales para adquirir una vivienda, etc.

Debido a ese carácter tan progresivo de su jurisprudencia, el Comité Económico y Social propuso que «la constante jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la igualdad de trato en el plano social, económico, fiscal y cultural para todos los trabajadores migrantes y sus familias debe plasmarse en modificaciones del mencionado Reglamento 1612/1968, para que el derecho de ciudadanía pueda ejercerse plenamente»¹⁵. De ahí la reforma de los vetustos Reglamentos 1612/1968 y 1408/1971 como segundo dato de la realización normativa de los derechos para facilitar su invocación¹⁶. Es un claro ejemplo de cómo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión ha influido para que numerosos derechos por él reconocidos tuvieran traslado normativo y de esa forma se asegurase una aplicación más general y transparente.

Hemos visto cómo por una vía indirecta, el principio de no discriminación, el Tribunal de Justicia ha protegido el disfrute de derechos de contenido económico y social que se negaban a determinadas personas por el hecho de ser nacionales de otro Estado Miembro. Me voy a referir ahora a la protección directa de derechos económicos y sociales...

En los asuntos *Testa, Maggio y Vitali*¹⁷ protegió, con fundamento en el derecho de proporcionalidad, el mantenimiento de la prestación por desempleo a trabajadores italianos aun habiendo abandonado durante algo más de tres meses el Estado de residencia, Alemania, que les aseguraba las pensiones.

15. CES, *Dictamen 806/98 sobre la Comunicación de la Comisión – Plan de acción para la libre circulación de los trabajadores*, Bruselas, 27/28. 5.1998.

16. Reglamento (CEE) n° 1408/71 del Consejo de 14 de junio de 1971 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, Versión consolidada con todas las reformas posteriores e incorporada la jurisprudencia del TJUE, DO n° L 28 de 30 de enero de 1997, p. 1. El Reglamento (CEE) n° 1612/68 del Consejo de 15 de octubre de 1968 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad fue objeto, primero, de una versión consolidada con las reformas posteriores y la doctrina jurisprudencial (1968 R1612, 30 de abril de 2004) y, más recientemente, ha sido objeto de una *codificación* (Reglamento (UE) n° 492/2011 del Parlamento europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión (texto codificado), DO L 141 de 27 de mayo de 2011.

17. TJCE, sentencia de 19 de junio de 1980, *Testa, Maggio y Vitali*, 41-71 y 121/79, pp. 1979 ss.

La protección de la intimidad de las personas morales fue la imputación sostenida por la parte demandante contra la Comisión en la sentencia *National Panasonic*, tras haber sufrido un registro por funcionarios de la Comisión en los locales de esa filial en Londres y tomado documentos de la empresa sin respetar los procedimientos y garantías previstos para estas circunstancias; y en *A.M. & Europe c. Comisión*¹⁸ estimó la existencia de violación del secreto profesional en una actuación de la Comisión.

En el asunto *Razzouk*, el Tribunal anuló una decisión de la Comisión que negaba una pensión de viudedad a un consorte de funcionaria comunitaria porque violaba un derecho fundamental de no discriminación por razón de sexo¹⁹.

Son abundantes las sentencias en las que el Tribunal se ha referido al derecho de propiedad y sólo voy a citar una de hace ya muchos años pero que tuvo una trascendencia extraordinaria para la construcción de su doctrina sobre los Derechos fundamentales; me refiero al caso *Hauer* relativo a una señora propietaria de un terreno en el que deseaba plantar viñedos en un momento en el que había restricciones importantes sobre ese cultivo, lo que da lugar a que el proceso se centre sobre la importantísima cuestión de los límites a los derechos económicos y sociales²⁰. De esta sentencia cabe destacar el tratamiento a las restricciones a los derechos fundamentales en función de los objetivos de la UE, teniendo en cuenta el Convenio Europeo de Derechos Humanos y las disposiciones de varias Constituciones de Estados miembros que cita y compara para deducir la legalidad de las restricciones al derecho de propiedad²¹.

18. TJCE, sentencia de 18 de mayo de 1982, *A.M. & Europe c. Comisión*, 155-79, pp. 1575 ss.

19. TJCE, sentencia de 20 de marzo de 1984, *Razzouk et Beydoun c. Comisión*, 75 y 117-82, 8, pp. 1509 ss.

20. TJCE, sentencia de 13 de diciembre de 1979, *Hauer*, 44/79. La demandante, señora Liselotte Hauer, había solicitado al Land de Renania-Palatinado autorización para plantar viñedos en un terreno del que era propietaria. Aunque la autoridad regional había rechazado su petición por inadecuación de los terrenos aplicando una ley alemana, cuando se impugnaba tal decisión nacional entró en vigor el reglamento comunitario 1162/1976, que prohibía temporalmente toda plantación nueva de viñedos. El *Verwaltungsgericht* de Neustadt planteó en reenvío prejudicial de interpretación ante el Tribunal de la Comunidad varias cuestiones, entre las que interesa la relativa a la garantía de los derechos fundamentales en el orden jurídico-comunitario, dado que existía una duda sobre su compatibilidad con derechos garantizados en la Ley Fundamental (derecho de propiedad y al libre ejercicio de actividades profesionales).

21. *Loc. cit.*, pp. 3744-3751.

En efecto, entre los Derechos Fundamentales hay algunos, que «[...] lejos de aparecer como prerrogativas absolutas, deben ser considerados en vistas de la función social de los bienes y actividades protegidos». En el orden comunitario la aplicación de ciertos límites vendrían «justificados por los objetivos del interés general perseguidos por la Comunidad».

Igualmente son innumerables las sentencias en las que se han protegido los derechos de propiedad intelectual²² o los derechos de los consumidores y usuarios.

Sólo quiero recordarles una famosa sentencia por un asunto de gran debate en nuestro país, como es la relativa a la copia privada en la que se llega a un justo equilibrio entre los derechos protegibles de los autores y la presunción de inocencia de ciertos usuarios. En la sentencia de 21 de octubre de 2010 sobre el canon por copia privada aplicado a los equipos, aparatos y soportes de reproducción digital, que tuvo por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona en el procedimiento entre *Padawan, SL*, y *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE)*, el Tribunal de Justicia declaró que la recaudación del canon no debe aplicarse a equipos y soportes de reproducción digital adquiridos para fines manifiestamente ajenos a la copia privada al tiempo que ratifica la legalidad de ejercer el derecho de remuneración que asiste a los creadores por concepto de copia privada: «el justo equilibrio que debe respetarse entre los afectados, implica que la compensación equitativa ha de calcularse necesariamente sobre la base del criterio del perjuicio causado a los autores de obras protegidas como consecuencia del establecimiento de la excepción de la copia privada. Se ajusta a los requisitos del justo equilibrio la previsión de que las personas que disponen de equipos, aparatos y soportes de reproducción digital y que, a este título, de derecho o de hecho, ponen esos equipos a disposición de usuarios privados o les prestan un servicio de reproducción sean los deudores de la financiación de la compensación equitativa, en la medida en que dichas personas tienen la posibilidad de repercutir la carga real de tal financiación sobre los usuarios privados.»²³

En una época no tan lejana como los años setenta y ochenta, cuando muchas legislaciones mantenían discriminaciones salariales entre muje-

22. Entre muchas, sentencias de 12 de septiembre de 2006, *Laserdisken*, C 479/04; 29 de enero de 2008, *Productores de Música de España (Promusicae) y Telefónica de España, SAU*, C 275/06.

23. TJCE, sentencia de 21 de octubre de 2010, *Padawan*, C-467/08.

res y hombres, el TJCE estimó que el art. 119 (hoy 157 TFUE) es una norma clara y precisa que «se impone, no solamente a la acción de las autoridades públicas, sino que se extiende igualmente a todos los convenios que tienen como fin regular de manera colectiva el trabajo asalariado, así como a los contratos entre particulares»²⁴. Se atrevió a decir que esa norma es de efecto directo, lo que significa que es un precepto que genera directamente un derecho a una retribución igual por un trabajo igual y que ese derecho subjetivo es invocable y exigible tanto en las relaciones laborales entre particulares (relaciones horizontales) como entre los particulares y las administraciones públicas (relaciones verticales).

Llegado el caso, los órganos jurisdiccionales nacionales deben proteger los derechos que esa disposición atribuye a los particulares, frente a discriminaciones establecidas en disposiciones legislativas o convenios colectivos o contratos de trabajo.

Según el TJCE el objetivo del art. 119 del antiguo Tratado de la CE (hoy art.157 TFUE) es la eliminación de todas las discriminaciones entre trabajadores masculinos y femeninos y la prohibición afecta tanto a las discriminaciones directas y abiertas como a las discriminaciones indirectas y encubiertas. Dicha norma prescribe la eliminación de cualquier discriminación por razón de sexo para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuya un mismo valor en el conjunto de los elementos y condiciones de la retribución²⁵. Se trata, pues, de una *obligación de resultado*, de claro efecto directo vertical y horizontal y de alcance total a toda retribución.

La consecuencia de aquella sentencia *Defrenne* fue elaborar todo un cuerpo legislativo que desarrolla desde entonces hasta hoy en día el derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres.

Así, en las sentencias *Macarthys*, *Worringham and Humphrys*, *Jenkins*, *Garland*, *Burton* y *Marshall* el Tribunal tuvo que juzgar actuaciones de empresas y en algún caso de Estados que, según las demandantes, no respetaban el derecho a no ser discriminadas por razón de sexo, que aparte de su eventual exigencia constitucional, es un predicado básico del Derecho de la UE²⁶.

24. TJCE, sentencia de 8 de abril de 1976, *Defrenne II*, 43/75, fund. 39. Hubo un primer caso *Defrenne (I)*, sentencia de 25 de mayo de 1971.

25. En el mismo sentido, entre muchas, las sentencias de 1 de julio de 1986, *Rummler*, 237/85 y la ya citada de 3 de octubre de 2006, *Cadman*, C-17/05.

26. TJCE, sentencias de 27 de marzo de 1980, *Macarthys*, 129-79; 11 de marzo de 1981, *Worringham and Humphrys* 69-80; 31 de marzo de 1981, *Jenkins*, 96-81; 9 de febrero de 1982, *Garland*, 12-81; 16 de febrero de 1982, *Burton*, 19-81; 26 de febrero de 1986, *Marshall*, 152-84, etc.

Los flecos o consecuencias de esa jurisprudencia llevo concatedanadamente al reconocimiento de derechos fundamentales esenciales que se plasman en todas las Directivas sobre igualdad de trato laboral: el derecho al juez. Todas las directivas sobre igualdad han previsto la tutela judicial; exigen que este derecho pueda ser defendido ante un órgano jurisdiccional²⁷. No basta la vía administrativa, sino que se tiene «derecho al juez», a que el caso sea visto por un juez y decida conforme al Derecho de la UE en vigor.

Precisamente, éste es el problema que se planteaba en el asunto *Johnston*²⁸ de 1986. El art. 6 de la Directiva 76/207 (hoy la 2006/54) obligaba a los Estados miembros a garantizar por medio de sus órganos jurisdiccionales nacionales el respeto a las disposiciones de la Directiva y de la legislación nacional destinada a aplicarla.

En la sentencia *Marshall* o en las sentencias *Colson*, *Kaman* y *Harz* exige que hay que sancionar toda violación de la igualdad de trato en un caso que era un despido discriminatorio y que las medidas sancionatorias deben ser lo suficientemente eficaces, tales como contratar o readmitir al candidato discriminado, o asegurarle una indemnización pecuniaria adecuada, reforzado, llegado el caso por un sistema de multas. Ahora bien, no impone una sanción determinada, sino que deja libertad a los Estados miembros para elegir entre las diferentes soluciones adecuadas para conseguir el objetivo. Si elige la indemnización, para que sea eficaz y disuasoria, debe ser adecuada para reparar todos los daños y perjuicios sufridos y no puede ser una indemnización simbólica (devolver los gastos de concursar a un empleo).

Un caso no menos interesante y con impacto en la nueva Directiva 2002/73, y desde luego «simpático», es el asunto *Nils Draehmpaehl*²⁹, en el que un varón responde a una oferta de empleo publicada en la prensa alemana; el anuncio se dirige exclusivamente a mujeres³⁰ y el candidato

27. Así, en la primitiva Directiva 75/117 «Los Estados miembros introducirán en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para que todo trabajador que se considere perjudicado por la no aplicación del principio de igualdad de retribución, pueda hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional después de haber recurrido, eventualmente, a otras instancias competentes». También en la Directiva 2006/54, art. 17.

28. TJCE, sentencia de 15 de mayo de 1986, *Johnston*, 222/84.

29. TJCE, sentencia de 22 de abril de 1997, *Nils Draehmpaehl*, C-180/95.

30. Resulta casi irresistible no reproducir el anuncio: «Buscamos para nuestra empresa de distribución una colaboradora de la Dirección con experiencia. Si puede entenderse con los caóticos empleados de una empresa orientada a la distribución, si quiere prepararles el café, obtener pocas alabanzas y es capaz de trabajar mucho, este es el lugar adecuado. En esta empresa hay que saber manejar el ordenador y pensar con los demás. Si de verdad quiere hacer frente a este desafío esperamos sus

no obtiene respuesta alguna a su solicitud y tampoco se le devuelven los documentos que presenta.

La nueva Directiva 2002/73 y luego en al 2006/54 recoge esta doctrina jurisprudencial para facilitar el cumplimiento del principio de la igualdad de trato y obliga a los Estados a modificar la normativa interna para prever que la indemnización o reparación sea *real y efectiva del perjuicio sufrido* (sentencias *Von Colson* y *Harz*). Deberá tener un efecto disuasorio y proporcional al perjuicio sufrido y dicha indemnización no podrá estar limitada por un tope máximo fijado a priori (*Marshall*). Sólo quedará exonerado del deber de reparar si el empresario prueba que el único perjuicio sufrido es la negativa a tomar en consideración su solicitud de trabajo (régimen algo más restrictivo que el de la sentencia *Nils Draehmpaehl*). Como puede observarse, los casos habidos ante el TJUE sobre tutela judicial y tutela efectiva o sobre acceso al empleo se llevaron casi al pie de la letra, primero, al art. 6 de la Directiva 76/207 modificada por la Directiva 2002/73 y, luego, al art. 14 y 17 de la Directiva de refundición, la 2006/54. Cabe apuntar que los progresos alcanzados por vía jurisprudencial forman parte del contenido de la ley de transposición de la Directiva 2002/73 que se aprobó el 22 de marzo de 2007 (Ley 3/2007, BOE de 23 de marzo de 2007).

En el asunto *Dekker*³¹ una mujer embarazada concursó al empleo de educadora en un centro de formación de jóvenes adultos en el que todas las postulantes eran mujeres. Para el Tribunal de Justicia el rechazo por causa de embarazo no puede serle opuesto más que a las mujeres y constituye una discriminación directa fundada en el sexo. El rechazo de contrato por causa del embarazo debe ser contemplado como fundado esencialmente sobre el hecho del embarazo y tal discriminación no puede estar justificada por motivos basados en el perjuicio financiero sufrido por el empresario en caso de contratar una mujer encinta durante el periodo de su permiso de maternidad.

En la sentencia *Carol Webb*³² el Tribunal de Justicia negó que pueda compararse la situación de incapacidad por embarazo a la de un hombre que sufre una incapacidad por razones médicas o de otra naturaleza. No es un estado patológico ni una indisponibilidad de origen no médico, situaciones que sí podrían motivar el despido de una mujer sin consti-

documentos de solicitud, que habrán de ser claros y terminantes. Pero luego no diga que no le hemos avisado...».

31. TJCE, sentencia de 8 de noviembre de 1990, *Dekker*, C-177/88.

32. TJCE, sentencia de 14 de julio de 1994, *Carol WEBB c. EMO Air Cargo* C-31/93.

tuir despido discriminatorio por razón de sexo³³. El despido de una trabajadora por razón del embarazo constituye siempre una discriminación directa por razón del sexo.

El despido no puede fundarse en su incapacidad para cumplir uno de los requisitos esenciales de su contrato de trabajo. Tal disponibilidad es siempre un requisito esencial del contrato de trabajo, pero la protección que el Derecho Comunitario garantiza a la mujer durante el embarazo, y aun después, no puede depender de si la presencia de la interesada durante su maternidad es indispensable para la buena marcha de la empresa. El hecho de que se la contrate para sustituir a otra embarazada carece de incidencia en la respuesta³⁴.

En *Jiménez Melgar contra el Ayuntamiento de Los Barrios*³⁵, el Tribunal declaró que la Directiva 92/85, no transpuesta en España cuando sucedieron los hechos, tiene efecto directo por lo que puede ser invocada por los particulares ante las jurisdicciones nacionales y lo que más nos importa es que el TJCE estima que la protección incluye tales contratos pues la Directiva no distingue en función del tipo de contratos; si el legislador comunitario hubiese querido excluir del ámbito de aplicación de la Directiva los contratos de duración determinada lo habría precisado de forma expresa. Le señala al juez nacional que le corresponde comprobar si la falta de renovación, cuando los contratos forman parte de una sucesión de contratos de duración determinada, ha estado efectivamente motivada por el embarazo de la trabajadora. En todo caso estima que una negativa de contratación de una trabajadora, considerada por lo demás apta para ejercer su actividad laboral, debido a su embarazo constituye una discriminación directa por razón de sexo.

A veces la discriminación se produce por el hecho de utilizar el

33. Como ya lo había constatado en las sentencias *Hertz*, 8 de noviembre de 1990 y *Habermann-Beltermann*, 5 de mayo de 1994.

34. Una posición semejante ya venía siendo sostenida por el Tribunal constitucional español, para quien «la discriminación por razón de sexo comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan, no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca» (STC 136/1996, de 23 de julio, fund. 5 y 6). En sentencia posterior confirma «que tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológicamente incontrovertible (STC 240/1999, de 20 de diciembre) incide de forma exclusiva sobre las mujeres» (STC 173/1994 de 7 de junio).

35. TJCE, sentencia de 4 de octubre de 2001, *María Luisa Jiménez Melgar contra el Ayuntamiento de Los Barrios* C-438/99. Era una trabajadora con un contrato a tiempo parcial de duración determinada para diferentes labores sociales (atender jubilados, niños...) que, a su extinción, se le hacían nuevos contratos de igual naturaleza.

permiso de maternidad y perder antigüedad en la empresa. Esto es lo que le sucedió a la señora Thibault, pues al disfrutar de dicho permiso no pudo acreditar un determinado plazo³⁶.

También el Tribunal de Justicia comunitario ha confirmado el derecho de la mujer que ha dado a luz a volver a su puesto de trabajo o a otro equivalente en las mismas condiciones laborales que le eran aplicables antes de su permiso de maternidad³⁷. Igualmente, el Tribunal ha estimado que excluir de la gratificación de Navidad a una mujer que había estado durante alguna parte del año con su permiso de maternidad es una discriminación por razón de sexo en cuanto que la gratificación constituya una retribución por un trabajo previamente realizado³⁸.

La jurisprudencia garantiza a la trabajadora, después de su período de descanso por maternidad, que mantiene sus derechos vinculados a su contrato de trabajo y, por tanto, sus vacaciones anuales³⁹.

Es muy apreciable que el Tribunal de Justicia ha hecho una interpretación restrictiva de las excepciones a la igualdad de trato en el sentido de que este derecho no está sujeto a ninguna *reserva general* por motivos de seguridad pública. Por ello, el TJUE se opone a prohibiciones de acceso a determinados trabajos, a su formación profesional y a despidos discriminatorios (trabajos nocturnos). Ha estimado que eran infracciones las normas o conductas que en estas materias mantenían los Gobiernos italiano y francés al no derogar leyes de *aparente protección* que prohibían la contratación de mujeres para trabajos nocturnos⁴⁰.

36. TJCE, sentencia de 30 de abril de 1998, *Evelyne Thibault*, C-136/95.

37. TJCE, sentencias de 12 de julio de 1984, *Hofmann c. Barmer Ersatzkasse* 184/83, 5 de mayo de 1994, *Habermann-Beltermann* C-421/92, así como el caso *Webb c. EMO Air Cargo* (infra, nota 33).

38. TJCE, sentencia de 21 de octubre de 1999, *Susanne Lewen c. Lothar Delda*, C-333/97.

39. TJCE, sentencia de 18 de marzo de 2004, *Merino Gómez* C-342/01.

40. TJCE, sentencias de 13 de marzo de 1997, *Comisión c. Francia*, C-197/96, y de 4 de diciembre de 1997, *Comisión c. Italia*, C-207/96.

También la Comisión demandó a Austria por prohibir trabajar a mujeres en minas subterráneas y en actividades de buceo (sentencia de 1 de febrero de 2005, *Comisión c. Austria*, C-203/03). Para el TJCE la Directiva 76/207 no permite excluir a las mujeres de un empleo basándose en que deberían estar más protegidas que los hombres contra riesgos que son distintos de unas necesidades de protección específicas de la mujer, como el embarazo, ni excluirlas «por el mero hecho de que son, por término medio, más pequeñas y menos fuertes que la media de los hombres, cuando para dicho empleo se aceptan hombres con características físicas similares». Una prohibición general no es admisible «en la medida en que también excluye a las mujeres de trabajos que no requieren un esfuerzo físico considerable y que, en consecuencia, no presentan un riesgo específico para la preservación de la capacidad biológica de quedar embarazada o de dar a luz, o para la seguridad y salud de la mujer embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, o incluso para

Tienen mucho interés dos sentencias relativas a las prohibiciones de contratar mujeres en las Fuerzas Armadas⁴¹. La primera sentencia del TJCE se pronuncia sobre un caso británico y la segunda sobre un caso alemán y son dos casos en los que el TJ se opone a la exclusión con carácter general de las mujeres de los empleos militares.

No menor importancia tienen los casos de apariencia de no discriminación o discriminaciones indirectas en las que opta por la inversión de la carga de la prueba por el empresario. En el asunto *Danfoss*⁴² un sindicato danés demandó a una empresa por infringir la Directiva 75/117 pues si bien todos los empleados percibían un mismo salario básico, la empresa concedía, según lo pactado en el convenio colectivo, incrementos salariales individuales calculados en función de criterios como el sentido de la responsabilidad, la flexibilidad, la formación profesional, la antigüedad, etc. Aplicando esos criterios, el salario de los empleados era un 6,85% mayor que el de las empleadas. Las mujeres empleadas no podían identificar la forma en que el empresario aplicaba los criterios que llevaban a la diferencia salarial. Por ello el Tribunal, en esta importantísima sentencia, entendió que «cuando una empresa aplica un sistema de remuneración que se caracteriza por la falta absoluta de transparencia, incumbe al empresario la prueba de que su práctica salarial no es discriminatoria» si se prueba que la remuneración media de unos es inferior a la de otros. Exige, pues, una obligación de transparencia.

Cuando una empresa aplica un sistema retributivo caracterizado por la falta total de transparencia, recae sobre el empresario la carga de la prueba de que su política salarial no es discriminatoria, una vez que el trabajador femenino haya demostrado con respecto a un número importante de trabajadores que la retribución media de los trabajadores femeninos es inferior a la de los trabajadores masculinos.

En la sentencia de 6 diciembre de 2007 ha dicho que la remuneración de las horas suplementarias de forma diferente según la dedicación a tiempo completo o tiempo parcial es una discriminación basada en el sexo habida cuenta que esa diferenciación se aplica a un número consi-

con el feto». La condena se extendió a la normativa austriaca que prohíbe a las mujeres actividades hiperbáricas y de buceo, «mientras que tal empleo no está prohibido para hombres cuya capacidad vital y número de eritrocitos sea similar o inferior a los valores medios de dichas variables medidas sobre mujeres».

41. TJCE, sentencia de 26 de octubre de 1999, *Ángela María Sirdar c. The Army Board*, C-273/97; 11 de enero de 2000, *Tanja Kreil c. Alemania*, C-285/98.

42. TJCE, sentencia de 17 de octubre de 1989, *Danfoss* 109/88.

derablemente más elevado de mujeres que de hombres; es una discriminación indirecta⁴³.

Frente a tópicos infundados de que Europa no es una Europa Social la potencialidad de ciertas disposiciones de los tratados y del derecho derivado muestran que la UE ha ido muy por delante en algunos aspectos de las políticas sociales de los Estados miembros. La «maquinaria» legislativa europea ha modificado⁴⁴, como he señalado, normas para adaptarlas a los contenidos de la doctrina muy progresiva y generosa del TJUE, si bien en algunos Estados, como es el caso de España, se trasponen con mucho retraso. El sistema jurisdiccional de la UE se anticipa con su interpretación progresiva y extensiva al propio legislador comunitario.

2. LAS SOMBRAS

En los últimos años la aplicación de la Directiva 96/71 sobre desplazamiento de los trabajadores en el marco de una prestación de servicios y la liberalización de los mercados han llevado a una interpretación que ha concitado abiertas críticas del mundo sindical y trabajador como son las sentencias *Laval*, *Viking Lines*, o *Ruffert*...

En el asunto *Laval*⁴⁵ se trataba de una sociedad letona cuyo domicilio social se encuentra en Riga. Entre mayo y diciembre de 2004, esta empresa desplazó a Suecia a aproximadamente treinta y cinco trabajadores para la ejecución de obras contratadas por una sociedad sueca de la que Laval tenía el 100% de su capital, en particular para la construcción de un centro escolar en Vaxholm. Laval, que había firmado, en Letonia, convenios colectivos con el sindicato letón de los trabajadores de la construcción, no estaba vinculada por ningún convenio colectivo celebrado en Suecia por sindicatos suecos, los cuales no tenían ningún afiliado entre el personal de Laval. Alrededor del 65% de los trabajadores letones afectados estaban afiliados al sindicato de los trabajadores de la construcción en su Estado de origen. Los sindicatos suecos boicotearon las obras, pero el Tribunal de Justicia declaró que la normativa comunitaria se opone a que «una organización sindical pueda intentar obligar,

43. TJCE, sentencia de 6 de diciembre de 2007, *Ursula Voss c. Land Berlin*, C-300/06.

44. Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), *Diario Oficial de la Unión Europea* L 204/23, de 26 de julio de 2006

45. Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 2007, *Laval*, C 341/05.

mediante una medida de conflicto colectivo consistente en un bloqueo de las obras a un prestador de servicios establecido en otro Estado miembro a iniciar con ella una negociación sobre las cuantías del salario que deben abonarse a los trabajadores desplazados y a adherirse a un convenio colectivo cuyas cláusulas establecen, para algunas de estas materias, condiciones más favorables que las derivadas de las disposiciones legales pertinentes». Optó por aplicar los convenios colectivos de origen y no el del lugar de prestación de los servicios.

En el asunto *Viking Lines*⁴⁶, un barco finlandés matriculado en Estonia, evita que se apliquen las condiciones de los convenios colectivos finlandeses por lo que los sindicatos finlandeses pidieron que se declarasen medidas de conflicto colectivo por impedir la negociación colectiva y el Tribunal de Justicia estimó que tales acciones de los sindicatos finlandeses eran contrarias al derecho de establecimiento.

En el asunto *Ruffert*⁴⁷, una empresa polaca fue la adjudicataria de un contrato público en Baja Sajonia; aunque la administración regional exige el respeto a unos salarios mínimos, el Tribunal de Justicia sentenció en el sentido defendido por la empresa polaca que estipulaba salarios a los trabajos desplazados muy inferiores, decantándose por la libre prestación de servicios y la competencia.

El Tribunal opta, en la confrontación de estos derechos económico-sociales, por estimar preferente el respeto a un principio fundamental de la UE (la libre prestación de servicios) entendiendo que «una restricción a dicha libertad sólo puede admitirse cuando persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado y está justificada por razones imperiosas de interés general» y ser proporcionada (as. *Viking Lines*, fund. 101). Esta línea jurisprudencial en la que chocan dos derechos económico-sociales, el Tribunal se inclina por reducir la capacidad sindical abriendo vías que facilitan, en opinión de los sindicatos, la desregulación y las deslocalizaciones de las actividades de las empresas.

Es cierto que en no pocas ocasiones el Tribunal de la UE, como los tribunales nacionales, tienen que decidir entre la prevalencia de un derecho fundamental sobre otro en una circunstancia dada. Así sucedió, entre muchos casos, en el asunto *Schmidberger*, inclinándose por el derecho de manifestación frente al de libre circulación de las mercancías⁴⁸;

46. TJCE, sentencia de 11 de diciembre de 2007, *Viking Lines*, C 438/05.

47. TJUE, sentencia de 3 de abril de 2008, *Ruffert*.

48. TJCE, sentencia de 12 de junio de 2003, *E. Schmidberger, Internationales Transporte und Planzüge c. Austria*, C-112/00.

o protegió el derecho a la igualdad entre hombre y mujer frente a la prohibición constitucional de carrera profesional de las mujeres en las Fuerzas Armadas⁴⁹; o a favor de la libertad de prensa⁵⁰ o de la protección de la infancia⁵¹ frene a la libre circulación de mercancías; o exigió proteger a un menor⁵² frente a las normas procesales sobre testificación en juicio.

No he querido, pues, ocultar la preocupación y la crítica que suscita esa línea jurisprudencial al tiempo que no debe oscurecer ni olvidar la labor constante y minuciosa en la defensa de tantos derechos económicos y sociales⁵³.

Y no son mejores los vientos de la sensibilidad por los derechos en los Tribunales de los Estados miembros o en sus Parlamentos. En el mes de abril de 2011 se daba a conocer una sentencia del Consejo Constitucional francés en la que aceptaba que tribunales como las «cours d'assises» no tienen que motivar sus veredictos y que ya el procedimiento penal tiene suficientes garantías para que se deba motivar la sentencia...⁵⁴

No obstante, el Tribunal de la Unión daba una interpretación de forma muy progresiva, aunque parezca contradictorio, gracias a la criticada Directiva «retorno»⁵⁵: en efecto, el Tribunal de Justicia de la UE declaró el 28 de abril de 2011⁵⁶ contrario a Derecho un Decreto-Ley italiano que declaraba ilegales a los inmigrantes en situación irregular en Italia y permitía su detención.

En definitiva, aunque algunas sombras tenebrosas empiezan a apa-

49. TJCE, sentencia *Tanja Kreil c. Alemania*, C-285/98, cit.

50. TJCE, sentencia de 26 de junio de 1997, *Familiapress*.

51. TJCE, sentencia de 14 de febrero de 2008, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH y Avides Media AG*, C-244/06.

52. TJCE, sentencia de 16 de junio de 2005, *Maria Pupino*, C-105/03.

53. La preocupación es tal que con posterioridad a esta conferencia, la Comisión Propuesta de Reglamento del Consejo sobre el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en el contexto de la libertad de establecimiento y la libre de prestación de servicios Bruselas, 21 de marzo de 2012, COM (2012) 130 final 2012/0064 (APP).

54. Decisión de 1 de abril de 2011, n° 113/115.

55. Directiva 2008/115/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, *Diario Oficial de la UE*, L 348 de 24 de diciembre de 2008.

56. TJUE, sentencia de 30 de noviembre de 2009, *Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov)*, C-357/09 PPU; *vid.* la de 6 de diciembre de 2011, *A. Achughbabian*, C-329/11,

recer en el «debe» en tiempos de crisis, el balance final arroja un amplio saldo a su favor en el haber del Tribunal de Justicia de la UE.

Salamanca-San Sebastián, mayo de 2011.

RESUMEN

«Contribución del Tribunal de Justicia de la UE a la realización de los derechos económicos y sociales»

La contribución de Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha extraído hasta sus últimas consecuencias todo el alcance de derechos abstractos y garantizar su protección en el caso concreto. Junto a la labor judicial que fue y es importante, la amplia realización de los derechos viene dada por la política legislativa de la UE, a instancias de la iniciativa normativa de la Comisión Europea, de sistematizar la aportaciones judiciales y codificarlas en normas de Derecho derivado, fundamentalmente Directivas, y mediante su trasposición se insertan en las leyes internas dichas aportaciones judiciales multiplicando y facilitando su plena realización para un número amplio de destinatarios. Sin embargo, algunas sombras han emergido relacionadas con los vientos de deslocalización y globalización que le han llevado a estimar que en determinados casos prevalecen las libertades de prestación de servicios y establecimiento sobre los derechos sociales. En perspectiva histórica, el balance final de su contribución al disfrute de derechos sociales y económicos arroja un amplio saldo positivo en el haber del Tribunal de Justicia de la UE.

Palabras clave: derechos sociales, igualdad, no discriminación, Carta de Derechos Fundamentales de Niza, deslocalización.

LABURPENA

«Europar batasuneko Justizia Auzitegiaren ekarpena eskubide ekonomiko eta sozialen gauzatzean»

Europar Batasuneko Justizia Auzitegiaren ekarpenak bere azken ondorioetaraino eraman du eskubide abstraktuen irismen guztia eta kasu konkretuan hauek babesteko bermea. Garrantzitsua izan den eta, oraindik, den lan judizialarekin batera, eskubideen gauzatze zabala EB-aren legegintza politikari zor zaio, Batzorde Europarraren ekimen legegilearen eskariz, ekarpen judizialak sistematizatu eta Zuzenbide eratorriko arauetan kodetu baitira, eta transposizioaren bitartez ekarpen judizial horiek barne araudietan barneratu, hartzaile kopuru zabal batentzat

hauen gauzatzea biderkatuz eta erraztuz. Nolanahi ere, itzal batzuk sortu dira, deslokalizazio eta globalizazio haizeekin batera, onartzera iritsiz, zenbait kasutan, zerbitzuak emateko askatasuna eta establezimendu askatasuna gailendu egiten direla eskubide sozialen ondoan. Perspektiba historikotik, azken balantzea eginez gero EB-eko Justizia Auzitegiak eskubide sozial eta ekonomikoen gozamenari eginiko ekarpenari dagokionez, hau argi eta garbi positiboa izango litzakete.

Hitz-gakoak: eskubide sozialak, berdintasuna, diskriminaziorik ez, Nizako Funtsezko eskubideen Karta, deslokalizazioa.

ABSTRACT

«Contribution of the European Court of Justice to the enforcement of social and economic rights»

The contribution of the European Court of Justice has pushed the entire scope of abstract rights, and of safeguarding these rights in specific cases, to the very limit. In conjunction with the judicial task, which was and still remains important, the widespread enforcement of such rights has been in line with the legislative policy of the EU, as a consequence of the law-making drive of the European Commission to systematize judicial contributions and codify them into rules of secondary legislation (mainly Directives) in order to introduce these judicial contributions into domestic law by their transposition, thereby multiplying and facilitating their full enforcement for a wide number of beneficiaries. However, some problems have emerged in connection with the trend towards off-shoring and globalization, which have led to the conclusion that in certain cases the freedom of provision of services and the freedom of enterprise are to prevail over social rights. Historically-speaking, the contribution made by the European Court of Justice to the exercise of social and economic rights shows a very positive balance for the Court.

Key words: social rights, equality, no discrimination, Charter of Fundamental Rights Treaty of Nice, off-shoring.

RÉSUMÉ

«Contribution de la Cour de Justice de l'UE a la réalisation des droits économiques et sociaux»

La contribution de la Cour de Justice de l'Union européenne a mené jusqu'à ses dernières conséquences toute la portée des droits abstraits et

la garantie de sa protection dans les affaires concrètes. Apurès des tâches judiciaires qui ont été et sont toujours importantes, l'ample réalisation des droits est donnée par la législation de l'UE sur la requête de l'initiative réglementaire de la Commission européenne pour systématiser les apports judiciaires et les codifier à travers des règles de droit dérivé, fondamentalement à travers des directives et c'est à travers leur transposition que l'on insère dans les lois internes lesdits apports judiciaires en multipliant et en facilitant leur pleine réalisation pour un grand nombre de destinataires. Cependant certaines ombres sont apparues concernant les vents de la délocalisation et de la globalisation qui l'ont menée à estimer que dans certains cas les libertés de prestation de services et d'établissement prévalent sur les droits sociaux. D'un point de vue historique, le bilan final de sa contribution concernant l'exercice des droits sociaux et économiques démontre le travail positif de la Cour de justice de l'UE.

Mots clés: droits sociaux, égalité, non-discrimination, Charte des droits fondamentaux de Nice, délocalisation.