

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. M. POIARES MADURO

presentadas el 23 de mayo de 2007¹

1. La Court of Appeal (England and Wales) (Civil Division), en un recurso de apelación contra una sentencia de la High Court of Justice (Commercial Court), ha planteado una serie de cuestiones que exigen que este Tribunal de Justicia se enfrente a un problema que es, a la vez, de una elevada complejidad jurídica y muy sensible desde el punto de vista sociopolítico. Algunas veces, cuando las cuestiones son complicadas, las respuestas son sencillas. Ésta no es una de esas ocasiones. En esencia, la situación que dio lugar al presente asunto es la siguiente. Una empresa finlandesa de transbordadores que operaban entre Helsinki y Tallin quiso cambiar su lugar de establecimiento a Estonia para aprovechar que los sueldos eran más bajos y prestar sus servicios desde allí. Un sindicato finlandés, apoyado por una asociación internacional de sindicatos, intentó evitarlo y amenazó con llevar a cabo huelgas y boicots si la empresa se trasladaba sin mantener los niveles salariales. Los problemas jurídicos que plantea este conflicto se refieren al efecto horizontal de las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de circulación, y a la relación entre los derechos sociales y los derechos a la libre circulación.

I. Hechos y cuestión prejudicial

Partes

2. Viking Line ABP (en lo sucesivo, «Viking Line») es un operador finlandés de transbordadores de pasajeros. OÜ Viking Line Eesti es su filial estonia. Viking Line es la propietaria del Rosella, un buque que opera bajo pabellón finlandés en la ruta Tallinn-Helsinki entre Estonia y Finlandia. La tripulación del Rosella está afiliada al Finnish Seamen's Union (Sindicato de Marineros Finlandeses; en lo sucesivo, «FSU»).

3. El FSU, que tiene su sede en Helsinki, es un sindicato nacional que representa a marineros. Tiene alrededor de 10.000 afiliados, incluidos los miembros de la tripulación del Rosella. El FSU es el socio finlandés de la International Transport Workers' Federation (Federación Internacional de Trabajadores del Transporte; en lo sucesivo, «ITF»).

1 — Lengua original: portugués.

4. La ITF es una federación a la que están afiliados 600 sindicatos de trabajadores del transporte de 140 países, que tiene su sede en Londres. Una de las principales políticas de la ITF es su campaña contra los «pabellones de conveniencia» (en lo sucesivo, «PDC»). En el litigio ante la Commercial Court, el presidente de la ITF explicó que «los principales objetivos de la campaña contra los PDC son, en primer lugar, eliminar los pabellones de conveniencia y establecer un nexo genuino entre la bandera del buque y la nacionalidad del propietario y, en segundo lugar, proteger y mejorar las condiciones laborales de los marinos que trabajan a bordo de buques con PDC». Conforme al documento que expone la campaña contra los PDC, se considera que un buque navega bajo un pabellón de conveniencia «cuando la propiedad y el control efectivos del buque se hallan en un país distinto al de abanderamiento». El mismo documento establece que «los sindicatos del país donde se encuentra la propiedad efectiva de los buques tienen derecho a celebrar convenios que afecten a dichos buques». La campaña contra los PDC se lleva a cabo mediante boicots y otras acciones de solidaridad.

Hechos

5. El Rosella ha estado operando a pérdida, por la competencia con buques de bandera estonia en la misma ruta entre Tallinn y

Helsinki. Los salarios de las tripulaciones estonias son más bajos que los de las tripulaciones finlandesas. Como el Rosella navega bajo pabellón finlandés, Viking Line está obligada por la legislación finlandesa y por los términos de un convenio colectivo a pagar a la tripulación salarios finlandeses.

6. En Octubre de 2003, Viking Line pretendió reabanderar el Rosella y registrar el buque en Estonia, con objeto de celebrar un convenio colectivo con un sindicato estonio. Comunicó su propuesta a la tripulación y al FSU. El FSU dejó claro que se oponía a la propuesta de reabanderamiento del Rosella.

7. Mediante un correo electrónico de 4 de noviembre de 2003, el FSU solicitó a la ITF que informase del asunto a todos los sindicatos afiliados y les pidiera que no negociaran con Viking Line. El 6 de noviembre de 2003, la ITF hizo lo que se le había pedido y envió una circular, conforme a la política PDC. La circular manifestaba que la propiedad del Rosella se encontraba todavía en Finlandia y que, por lo tanto, el FSU conservaba los derechos de negociación. Dicha circular hacía un llamamiento a los sindicatos afiliados para que no entablaran negociaciones con Viking. Los sindicatos afiliados nunca actuarían contra los términos

de la circular a causa del principio de solidaridad. El incumplimiento podría dar lugar a la imposición de sanciones —en el peor de los casos, a la expulsión de la ITF—. ² En consecuencia, la circular excluía efectivamente cualquier posibilidad de que Viking Line eludiera al FSU y tratase directamente con un sindicato estonio.

8. Además, el FSU declaró que el convenio colectivo del Rosella había expirado el 17 de noviembre de 2003 y que, por lo tanto, ya no estaba obligada a mantener la paz social. El FSU anunció que pretendía iniciar un conflicto colectivo en relación con el Rosella el 2 de diciembre de 2003. Exigió que la tripulación se incrementase en ocho marinos y que Viking Line abandonase sus planes de reabanderamiento o, que en el caso de llevarse a cabo dicho reabanderamiento, la tripulación siguiera empleada conforme a las condiciones laborales finlandesas. Viking Line solicitó al Tribunal Laboral de Helsinki que declarase que el convenio colectivo seguía en vigor y al Tribunal de Distrito de Helsinki que dictase una orden para reprimir la huelga. Sin embargo, ninguno de estos Tribunales pudo oír a Viking Line a tiempo.

9. Ante la amenaza de huelga, el 2 de diciembre, Viking Line dio por terminado el conflicto. Viking Line aceptó aumentar la

tripulación y no iniciar el proceso de reabanderamiento antes del 28 de febrero de 2005. También aceptó desistir de sus pretensiones ante el Tribunal Laboral y el Tribunal de Distrito.

10. La ITF nunca retiró la circular y, en consecuencia, el llamamiento a los sindicatos a no negociar con Viking Line siguió en vigor. Mientras tanto, el Rosella seguía teniendo pérdidas. Viking Line, todavía interesada en reabanderar el buque en Estonia, tenía la intención de llevarlo a cabo cuando expirase el nuevo convenio colectivo el 28 de febrero de 2005.

11. Al prever que una nueva tentativa de reabanderar el Rosella desencadenaría otra vez una acción colectiva por parte de la ITF y el FSU, Viking Line inició un procedimiento ante la Commercial Court de Londres el 18 de agosto de 2004, solicitando una resolución judicial declarativa y de condena por la que se ordenase a la ITF retirar la circular y al FSU no interferir en el derecho de Viking a la libre circulación en relación con el reabanderamiento del Rosella. Mientras se sustanciaba el procedimiento, se renovó el convenio colectivo del Rosella hasta febrero de 2008. En consecuencia, la fecha de 28 de febrero de 2005 dejó de tener una importancia crucial, pero el Rosella

2 — Regla III de los Estatutos de la ITF, en su versión modificada en el 40º Congreso, Vancouver, Canadá, 14 a 21 de agosto de 2002.

continuó operando a pérdida debido a las condiciones laborales, que eran menos favorables para Viking Line que las condiciones laborales estonias. Por lo tanto, seguía siendo importante resolver la situación. Mediante sentencia de 16 de junio de 2005, la Commercial Court se pronunció conforme a lo solicitado, a cambio del compromiso de Viking Line de no despedir a ningún trabajador como consecuencia del reabanderramiento.

12. El 30 de junio de 2005, la ITF y el FSU interpusieron un recurso de apelación contra esta sentencia ante la Court of Appeal (Civil Division). Mediante resolución de 3 de noviembre de 2005, la Court of Appeal planteó una larga serie de cuestiones prejudiciales meticulosamente redactadas al Tribunal de Justicia.³ Espero no caer en un exceso de simplificación al condensar estas cuestiones, en aras de la brevedad, en lo que parecen ser los tres puntos fundamentales.

13. El primer problema es si, por analogía con la sentencia Albany,⁴ una acción colectiva como la controvertida queda fuera del ámbito de aplicación del artículo 43 CE y del artículo 1, apartado 1, del Reglamento

(CEE) n° 4055/86 del Consejo,⁵ en virtud de la política social comunitaria.

14. En segundo lugar, el órgano jurisdiccional remitente plantea la cuestión de si estas mismas disposiciones «tienen efecto directo horizontal, de modo que confieren a una empresa privada derechos que puede oponer a [...] un sindicato o asociación de sindicatos respecto a una acción colectiva realizada por ese sindicato o asociación de sindicatos».

15. Por último, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si, en las circunstancias del caso, acciones como las controvertidas constituyen una restricción a la libertad de circulación y, en caso de respuesta afirmativa, si están justificadas objetivamente, son apropiadas y proporcionadas y alcanzan «un justo equilibrio entre el derecho social fundamental a ejercer una acción colectiva, por un lado, y la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, por otro». A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si las acciones de que se trata deben considerarse directamente discriminatorias, indirectamente discriminatorias o no discriminatorias, y en qué medida esto puede influir en su apreciación a la luz de las normas pertinentes sobre libre circulación.

3 — DO 2006, C 60, p. 16.

4 — Sentencia de 21 de septiembre de 1999 (C-67/96, Rec. p. I-5751).

5 — Reglamento de 22 de diciembre de 1986, relativo a la aplicación del principio de libre prestación de servicios al transporte marítimo entre Estados miembros y entre Estados miembros y países terceros (DO L 378, p. 1).

II. Apreciación

A. Observaciones preliminares

16. Las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional nacional se refieren al artículo 1, apartado 1, del Reglamento nº 4055/86 y al artículo 43 CE.

17. El Reglamento nº 4055/86 regula la libre prestación de servicios de transporte marítimo entre Estados miembros y entre Estados miembros y países terceros. Este Reglamento establece la aplicación al sector del transporte marítimo entre Estados miembros de la «totalidad de las normas del Tratado que rigen la libre prestación de servicios». ⁶ El artículo 1, apartado 1, del Reglamento dispone que «la libre prestación de servicios de transporte marítimo entre Estados miembros [...] se aplicará a los nacionales de los Estados miembros que estén establecidos en un Estado miembro distinto del Estado al que pertenezca la persona a la que van dirigidos dichos servicios». En esencia, esta disposición introduce, en el ámbito del transporte marítimo, el principio de libre prestación de servicios, consagrado en el artículo 49 CE. ⁷

18. Sin embargo, el presente asunto se refiere principalmente a la libertad de establecimiento, consagrada en el artículo 43 CE. El reabanderamiento del Rosella por Viking Line equivale al ejercicio del derecho a la libertad de establecimiento. Tal como declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia *Factortame* y otros, el registro de un buque que se utiliza «para el ejercicio de una actividad económica que implica una instalación permanente en el Estado de que se trate» constituye un acto de establecimiento en el sentido del artículo 43 CE. ⁸

19. En consecuencia, Viking Line pretende, en primer lugar, ejercer su derecho a la libertad de establecimiento para, posteriormente, ejercer su derecho a la libre prestación de servicios. Por el contrario, la ITF y el FSU pretenden imponer determinadas condiciones al ejercicio de la libertad de establecimiento por parte de Viking Line y han amenazado con boicotear los servicios de transporte de pasajeros que presta Viking Line si ésta decide reabanderar el Rosella sin cumplir sus condiciones.

B. Aplicabilidad de las disposiciones sobre libre circulación a los conflictos colectivos

20. El FSU y la ITF opinan que una acción colectiva adoptada por un sindicato o

6 — Sentencia de 5 de octubre de 1994, *Comisión/Francia* (C-381/93, Rec. p. I-5145), apartado 13.

7 — Sentencia de 17 de mayo de 1994, *Corsica Ferries* (C-18/93, Rec. p. I-1783).

8 — Sentencia de 25 de julio de 1991 (C-221/89, Rec. p. I-3905), apartado 22.

asociación de sindicatos que promueve los objetivos de la política social comunitaria queda fuera del ámbito de aplicación del artículo 43 CE y del Reglamento nº 4055/86. Alegan que la aplicación de las disposiciones sobre libre circulación menoscabaría el derecho de los trabajadores a la negociación colectiva y a la huelga con objeto de alcanzar un convenio colectivo. A este respecto, señalan que el derecho de asociación y el derecho a la huelga están protegidos como derechos fundamentales en distintos instrumentos internacionales. Además, el respeto del derecho a la huelga en el contexto de la negociación colectiva es una tradición constitucional que comparten los Estados miembros y, en consecuencia, constituye un principio general del Derecho comunitario. Apoyándose, por analogía, en el razonamiento del Tribunal de Justicia en la sentencia Albany,⁹ el FSU y la ITF afirman que las disposiciones sociales del título XI del Tratado excluyen efectivamente la aplicación del artículo 43 CE y del Reglamento nº 4055/86 en el ámbito de los conflictos laborales como la presente controversia.

21. Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional nacional pregunta, en esencia, si esta opinión es correcta. Desde mi punto de vista, la respuesta debe ser negativa.

22. En efecto, el FSU y la ITF consideran que la aplicación de las disposiciones sobre libertad de circulación en el contexto de una acción colectiva adoptada por un sindicato o asociación de sindicatos menos-

cabaría los objetivos de la política social comunitaria y negaría el carácter fundamental del derecho de asociación y el derecho a la huelga. Sin embargo, semejante consideración es incorrecta.

23. Las disposiciones sobre establecimiento y libre prestación de servicios no son en absoluto irreconciliables con la protección de los derechos fundamentales ni con la consecución de los objetivos de la política social comunitaria. Ni las normas del Tratado sobre libertad de circulación ni el derecho de asociación y el derecho a la huelga son absolutos. Por otra parte, nada en el Tratado apunta a que los objetivos de la política social deban prevalecer siempre sobre el objetivo de realizar un mercado común que funcione correctamente. Por el contrario, la inclusión de ambos objetivos en el Tratado pone de manifiesto el propósito comunitario de conciliar estas políticas. En consecuencia, el hecho de que se produzca una restricción a la libertad de circulación a consecuencia del ejercicio de un derecho fundamental o de una actuación que entra en el ámbito de las disposiciones de la política social no hace inaplicables las disposiciones sobre libertad de circulación.

24. Esta conclusión está corroborada por la jurisprudencia. En el asunto que dio lugar a la sentencia Schmidberger, el Gobierno austriaco permitió una manifestación que restringió la libre de circulación de mercancías, porque consideró que la prohibición de tal manifestación hubiera vulnerado el dere-

9 — Citada en la nota 4 anterior.

cho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de reunión.¹⁰ En el asunto que dio lugar a la sentencia Omega, el Tribunal de Justicia tuvo que tratar una medida dirigida a proteger la dignidad humana, pero que también restringía la libre prestación de servicios.¹¹ En ambos casos, el Tribunal de Justicia reconoció que estaban en juego derechos fundamentales que debían ser respetados por ser principios generales del Derecho comunitario.¹² Sin embargo, el Tribunal de Justicia no declaró, en ninguno de ellos, que, como consecuencia, las restricciones de que se trataba se sustrajeran a las normas sobre libre circulación. Por el contrario, el Tribunal de Justicia estimó que, aunque esas normas eran aplicables, las restricciones a la libertad de circulación no iban más allá de lo que podía considerarse legítimamente necesario para proteger el derecho fundamental de que se trataba.¹³

25. Asimismo, es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que los intereses públicos relativos a la política social pueden justificar determinadas restricciones a la libre circulación, siempre y cuando estas restricciones no vayan más allá de lo necesario.¹⁴ Sin embargo, el Tribunal de Justicia no ha admitido nunca que dichas restricciones queden totalmente fuera del ámbito de aplicación de las disposiciones sobre libertad

de circulación. De hecho, por citar sólo algunos ejemplos de la jurisprudencia, se ha considerado que las medidas de protección del medio ambiente,¹⁵ de los consumidores,¹⁶ del pluralismo de la prensa¹⁷ y de la salud pública,¹⁸ entran en el ámbito de aplicación de las disposiciones sobre libertad de circulación. Sería ciertamente extraño concluir que, por el contrario, unas medidas adoptadas a favor de la política social no pudieran apreciarse a la luz de las normas sobre libre circulación.

26. Por último, no estoy convencido de la supuesta analogía con la sentencia Albany.¹⁹ El asunto Albany versaba sobre un convenio colectivo entre organizaciones que representaban a empresarios y trabajadores, por el que se creaba un fondo sectorial de pensiones cuya afiliación era obligatoria. El Tribunal de Justicia declaró que el convenio de que se trataba no estaba comprendido, por razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del artículo 81 CE. Sin embargo, el hecho de que un convenio o una actividad queden fuera del ámbito de aplicación de las normas sobre competencia no significa necesariamente que también queden excluidos del ámbito de aplicación de las

10 — Sentencia de 12 de junio de 2003 (C-112/00, Rec. p. I-5659).

11 — Sentencia de 14 de octubre de 2004 (C-36/02, Rec. p. I-9609).

12 — Sentencias Schmidberger, citada en la nota 10 anterior, apartados 71, 72 y 76; Omega, citada en la nota 11 anterior, apartado 34. Sobre la protección de la dignidad humana como derecho fundamental en el Derecho comunitario, véanse las conclusiones de la Abogada General Stix-Hackl en el asunto Omega, en particular los puntos 82 a 91.

13 — Sentencia Schmidberger, citada en la nota 10 anterior, apartado 93; sentencia Omega, citada en la nota 11 anterior, apartados 38 a 40.

14 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 24 de enero de 2002, Portuguesa Construções (C-164/99, Rec. p. I-787), apartado 22, y de 25 de octubre de 2001, Finalarte y otros (C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 y C-68/98 a C-71/98, Rec. p. I-7831), apartados 33 y 49.

15 — Sentencia de 20 de septiembre de 1988, Comisión/Dinamarca (C-302/86, Rec. p. 4607).

16 — Sentencia de 16 de diciembre de 1980, Fietje (C-27/80, Rec. p. 3839).

17 — Sentencia de 26 de junio de 1997, Familiapres (C-368/95, Rec. p. I-3689).

18 — Sentencia de 2 de diciembre de 2004, Comisión/Países Bajos (C-41/02, Rec. p. I-11375), apartado 42.

19 — Citada en la nota 4 anterior. Véanse también las sentencias de 21 de septiembre de 1999, Brentjens' (C-115/97 a C-117/97, Rec. p. I-6025), y de 21 de septiembre de 1999, Drijvende Bokken (C-219/97, Rec. p. I-6121).

normas sobre libertad de circulación. Por el contrario, las sentencias *Wouters*²⁰ y *Meca-Medina*²¹ demuestran que un convenio o una actividad pueden entrar en el ámbito de aplicación de un conjunto de normas y, al mismo tiempo, sustraerse al ámbito de aplicación de otro.²²

27. Además, parece que la preocupación subyacente en el asunto *Albany* era evitar una posible contradicción en el Tratado. El Tratado fomenta el diálogo social para la celebración de convenios colectivos relativos a las condiciones de trabajo y los salarios. Sin embargo, este objetivo quedaría gravemente menoscabado si el Tratado, al mismo tiempo, prohibiese tales convenios a causa de sus efectos intrínsecos sobre la competencia.²³ En consecuencia, los convenios colectivos deben gozar de una «inmunidad limitada respecto de las normas de defensa de la competencia».²⁴ Por el contrario, las disposiciones sobre libre circulación del Tratado no presentan este riesgo de contradicción ya que, tal como he señalado anteriormente, estas disposiciones pueden conciliarse con los objetivos de la política social.²⁵

28. Por lo tanto, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a la primera cuestión prejudicial formulada por el órgano jurisdiccional nacional: «una acción colectiva adoptada por un sindicato o asociación de sindicatos con el fin de promover los objetivos de la política social comunitaria no queda, por esta única razón, fuera del ámbito de aplicación del artículo 43 CE y del Reglamento n° 4055/86».

C. Aplicación horizontal de las disposiciones sobre libre circulación

29. La segunda cuestión planteada por el órgano jurisdiccional nacional se refiere al efecto horizontal de los artículos 43 CE y 49 CE.²⁶ El FSU y la ITF alegan que estas disposiciones no les imponen obligación alguna, ya que se refieren a medidas de carácter público. Señalan que tanto el FSU como la ITF son personas jurídicas privadas que carecen de competencia normativa. Por su parte, Viking afirma que debe poder tener derecho a invocar las disposiciones de que se trata, en especial, habida cuenta de la capacidad de los sindicatos para interferir en los derechos a la libre circulación.

30. Examinaré la cuestión en cuatro etapas. En primer lugar, como punto de partida, explicaré que las disposiciones de que se

20 — Sentencia de 19 de febrero de 2002, *Wouters y otros* (C-309/99, Rec. p. I-1577).

21 — Sentencia de 18 de julio de 2006, *Meca-Medina y Majcen/Comisión* (C-519/04 P, Rec. p. I-6991).

22 — Véanse también mis conclusiones en el asunto que dio lugar a la sentencia de 11 de julio de 2006, *FENIN* (C-205/03 P, Rec. p. I-6295), punto 51.

23 — Sentencia *Albany*, citada en la nota 4 anterior, apartado 59.

24 — Conclusiones del Abogado General Jacobs en el asunto *Albany*, citado en la nota 4 anterior, puntos 179 y 183. Véase también la sentencia de 21 de septiembre de 2000, *Van der Woude* (C-222/98, Rec. p. I-7111), apartados 23 a 27, y la sentencia del Tribunal de la AELC de 22 de marzo de 2002, *Landsorganisasjonen i Norge* (E-8/00, EFTA Court Report 2002, p. 114), apartados 35 y 36.

25 — Véanse los puntos 23 y 25 anteriores.

26 — Tal como he explicado anteriormente en el punto 17, el artículo 1, apartado 1, del Reglamento n° 4055/86 puede equipararse al artículo 49 CE a los efectos del presente análisis.

trata pueden imponer determinadas obligaciones a los sujetos privados. En segundo lugar, intentaré esclarecer a qué tipo de actuaciones de los particulares se aplican las normas sobre libre circulación. En tercer lugar, trataré un problema, a menudo ignorado, pero sin embargo importante: ¿cómo puede conciliarse el efecto horizontal de las disposiciones sobre libre circulación con el respeto de la forma en que la legislación nacional decide proteger la autonomía privada y resolver conflictos entre sujetos privados? Para terminar, tras estas observaciones de carácter más general, propondré una respuesta a la cuestión de si una empresa puede invocar el artículo 43 CE y el artículo 1, apartado 1, del Reglamento n° 4055/86 en un procedimiento judicial contra un sindicato o una asociación de sindicatos.

¿Imponen las disposiciones sobre libre circulación obligaciones a los sujetos privados?

31. El Tratado no resuelve expresamente la cuestión del efecto horizontal de los artículos 43 CE y 49 CE. Por lo tanto, es necesario considerar el lugar y la función que estas disposiciones tienen en la economía del Tratado.

32. Junto con las disposiciones sobre competencia, las disposiciones sobre libre circu-

lación forman parte de un conjunto coherente de normas cuya finalidad se describe en el artículo 3 CE.²⁷ Esta finalidad es garantizar la libre circulación de mercancías, servicios, personas y capitales entre los Estados miembros, en un mercado de libre competencia.²⁸

33. Las normas sobre libre circulación y las normas sobre competencia alcanzan esta finalidad, fundamentalmente, confiriendo derechos a los operadores del mercado. En esencia, protegen a los operadores del mercado facultándoles para impugnar determinados impedimentos a la posibilidad de competir en igualdad de condiciones en el mercado común.²⁹ La existencia de esta posibilidad es el elemento crucial en la consecución de una distribución eficaz en la Comunidad en su conjunto. Sin las normas sobre libre circulación y competencia resultaría imposible alcanzar el objetivo fundamental de la Comunidad de tener un mercado común que funcione.

34. Por regla general, las autoridades de los Estados miembros ocupan una posición que les permite intervenir en el funcionamiento del mercado común, restringiendo las actividades de los operadores del mercado. Lo

27 — Sentencia de 10 de enero de 1985, *Leclerc* (229/83, Rec. p. 1), apartado 9.

28 — Véanse el artículo 3 CE, apartado 1, letras a), c) y g) y, por ejemplo, la sentencia de 13 de julio de 1966, *Italia/Consejo y Comisión*, (32/65, Rec. p. 389), y las conclusiones del Abogado General Van Gerven en el asunto que dio lugar a la sentencia de 23 de noviembre de 1989, *B & Q plc* (C-145/88, Rec. p. 3851), punto 22.

29 — Véanse mis conclusiones en el asunto que dio lugar a la sentencia de 13 de diciembre de 2005, *Marks & Spencer* (C-446/03, Rec. p. I-10837), puntos 37 a 40.

mismo puede decirse respecto de determinadas empresas que participan en una concertación o que ocupan una posición dominante en una parte sustancial del mercado común. Por lo tanto, no resulta sorprendente que el Tratado confiera a los operadores del mercado derechos que pueden ser invocados contra las autoridades de los Estados miembros y contra tales empresas. En lo que atañe a éstas, las normas sobre competencia juegan un papel principal; en lo que atañe a las autoridades de los Estados miembros, este papel corresponde a las disposiciones sobre libre circulación.³⁰ De ahí que, para garantizar eficazmente los derechos de los operadores del mercado, las normas sobre competencia tienen un efecto horizontal,³¹ mientras que las normas sobre libre circulación tienen un efecto vertical.³²

35. Sin embargo, esto no hace válido el argumento *a contrario* de que el Tratado excluye el efecto horizontal de las disposiciones sobre libre circulación. Ahora bien, este efecto horizontal se derivaría lógicamente del Tratado cuando fuera necesario para permitir que los operadores del mercado de toda la Comunidad tuvieran las mismas oportunidades de acceder a cualquier parte del mercado común.

36. Por lo tanto, en el centro de la cuestión se encuentra la siguiente pregunta: ¿implica el Tratado que, para garantizar el correcto funcionamiento del mercado común, las disposiciones sobre libre circulación protegen los derechos de los operadores del mercado no sólo limitando las facultades de las autoridades de los Estados miembros, sino también limitando la autonomía de los demás operadores?

37. Parte de la doctrina ha propuesto que se responda a la cuestión de forma rotundamente negativa —su principal argumento es que las normas sobre competencia bastan para hacer frente a las interferencias en el correcto funcionamiento del mercado común de operadores no estatales.³³ Otros, sin embargo, han señalado que una actuación particular —es decir, una actuación que no emana en último término del Estado y a la que no se aplican las normas sobre competencia— puede, desde luego, obstaculizar el correcto funcionamiento del mercado común y, por lo tanto, sería un error excluir categóricamente tal actuación de la aplicación de las normas sobre libre circulación.³⁴

30 — Sentencias de 5 de abril de 1984, Van de Haar (177/82 y 178/82, Rec. p. 1797), apartados 11 y 12, y de 27 de septiembre de 1988, Bayer (65/86, Rec. p. 5249), apartado 11.

31 — Sentencia de 21 de marzo de 1974, BRT (127/73, Rec. p. 313). Véase también, por ejemplo, la sentencia de 20 de septiembre de 2001, Courage y Crehan (C-453/99, Rec. p. I-6297).

32 — Véanse, por ejemplo: sentencia de 22 de marzo de 1977, Ianelli (74/76, Rec. p. 557), apartado 13; sentencia de 4 de diciembre de 1974, Van Duyn (41/74, Rec. p. 1337), apartados 4 a 8; sentencia de 7 de julio de 1976, Watson (118/75, Rec. p. 1185), apartado 12, y sentencia de 14 de diciembre de 1995, Sanz de Lera y otros (C-163/94, C-165/94 y C-250/94, Rec. p. I-4821), apartado 41.

33 — Marengo, G.: «Competition between national economies and competition between businesses — a response to Judge Pescatore», *Fordham International Law Journal*, vol. 10 (1987), p. 420. La misma opinión parece haber motivado el *obiter dictum* del apartado 30 de la sentencia de 1 de octubre de 1987, Vlaamse Reisbureaus (311/85, Rec. p. 3801), y en el apartado 74 de la sentencia de 6 de junio de 2002, Sapod Audic (C-159/00, Rec. p. I-5031).

34 — Pescatore, P.: «Public and Private Aspects of European Community Law», *Fordham International Law Journal*, vol. 10 (1987), pp. 373 y ss., especialmente pp. 378 y 379; Baquero Cruz, J.: «Free movement and private autonomy», *European Law Review*, 1999, pp. 603 a 620; Waelbroeck, M.: «Les rapports entre les règles sur la libre circulation des marchandises et les règles de concurrence applicables aux entreprises dans la CEE», *Du droit international au droit de l'intégration*, Nomos, Baden-Baden, 1987, pp. 781 a 803.

38. Creo que esta última opinión es más realista. También está apoyada por la jurisprudencia. El Tribunal de Justicia ha reconocido que las normas sobre libre circulación pueden limitar la autonomía de los particulares, especialmente en sus sentencias en los asuntos Comisión/Francia³⁵ y Schmidberger.³⁶ Ambos asuntos se apoyan fundamentalmente en el razonamiento de que los actos de los particulares puede poner en peligro los objetivos de las disposiciones sobre libre circulación. Por lo tanto, el Tribunal de Justicia declaró que no se puede permitir a los particulares actuar sin tener en cuenta adecuadamente los derechos que se derivan para los demás particulares de las normas sobre libre circulación. En el asunto Comisión/Francia, el resultado de los violentos actos de protesta de los agricultores franceses consistió en negar a otros la libertad de vender o importar frutas y verduras de otros Estados miembros. En el asunto Schmidberger, los obstáculos a la libre circulación no fueron tan graves. Sin embargo, es de crucial importancia el hecho de que el Tribunal de Justicia ponderó el derecho a la libertad de expresión de un grupo de manifestantes con el derecho de una empresa de transporte a transportar libremente mercancías de un Estado miembro a otro y, en este sentido, aplicó horizontalmente el principio fundamental de libre circulación.

39. Podría señalarse que el asunto Schmidberger se refería a una acción interpuesta por

un particular contra el Estado. Este tipo de procedimiento es común en muchos, sino en todos, los sistemas jurídicos nacionales, en los que no puede invocarse una disposición constitucional como base autónoma en un procedimiento civil. Se trata de una forma alternativa de provocar el efecto horizontal de los derechos constitucionales, concretamente, haciendo derivar de estos derechos una obligación del Estado de intervenir en situaciones en que los derechos constitucionales de un particular se ven amenazados por la actuación de otro.³⁷ Resultado de ello y también una forma común de conferir fuerza normativa a los derechos constitucionales en las relaciones horizontales es considerarlos vinculantes para el juez a la hora de resolver un asunto entre particulares. Ya sea al interpretar una cláusula contractual, al pronunciarse en una reclamación por daños y perjuicios o al resolver una solicitud de medidas cautelares, el órgano jurisdiccional, como órgano del Estado, está obligado a dictar una sentencia que respete los derechos constitucionales de las partes.³⁸ La delimitación de los derechos individuales de esta forma se conoce como «mittelbare Drittwir-

37 — Véanse, por ejemplo, TEDH, sentencias Evans c. Reino Unido de 10 de abril de 2007, aún no publicada en la Recopilación, § 75, y X & Y c. Países Bajos, de 26 de marzo de 1985, §§ 23 a 27. Sobre el efecto horizontal de las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos, véase Spielmann, D.: *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruylant, Bruselas, 1995; Besson, S.: «Comment humaniser le droit privé sans commodifier les droits de l'homme», *Droit civil et Convention européenne des droits de l'homme*, Zürich, Schulthess, 2006, pp. 1 a 51.

38 — Un ejemplo de una sentencia en la que el Tribunal de Justicia interpretó de esta forma el efecto horizontal es la sentencia de 8 de abril de 1976, Defrenne (43/75, Rec. p. 455), apartados 35 a 37 y 40. Véase también la sentencia de 22 de enero de 1981, Dansk Supermarked (58/80, Rec. p. 181), apartado 12. La jurisprudencia nacional abunda en ejemplos, de los que sólo citaré algunos de forma aleatoria. Reino Unido: Campbell c. Mirror Group Newspapers [2005] 1 WLR 3394, apartados 17 y 18 (*per* Lord Nicholls); A. c. B [2003] QB 195. Alemania: BverfG 7, 198 (Lüth); BverfG 81, 242 (agente comercial); BverfG 89, 214 (garantía); BverfG, 1 BvR 12/92 de 6.2.2001 (capitulaciones matrimoniales). Países Bajos: Hoge Raad, 15 de abril de 1994, Valkenhorst, NJ 1994, 608. República Checa: I. ÚS 326/99 (véase: Bulletin of Constitutional Case-Law, 2000, p. 240). Chipre: The Ship «Panayia Myrtdiotissa» c. Sidiropoulou y otros (1993), I. I.S. C 991. Son ejemplos clásicos en Estados Unidos USSC Shelley c. Kraemer, 334 U.S. 1 (1948), y USSC New York Times Co. c. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

35 — Sentencia de 9 de diciembre de 1997, Comisión/Francia (C-265/95, Rec. p. I-6959).

36 — Citada en la nota 10 anterior.

kung», o efecto horizontal *indirecto*. El resultado es que las normas constitucionales dirigidas al Estado se transforman en normas jurídicas que se aplican entre particulares, ilustrando que «el gobierno es el tercero en todo litigio entre particulares y lo es a través de la propia Ley y del juez que la aplica». ³⁹

40. En lo que se refiere a la delimitación de los respectivos ámbitos de derechos, el efecto horizontal indirecto puede diferir del efecto horizontal directo en la forma; sin embargo, en lo esencial no hay ninguna diferencia. ⁴⁰ Esto explica por qué se considera que la sentencia Defrenne reconoció un «efecto directo horizontal» al artículo 141 CE, a pesar de que el Tribunal de Justicia interpretó el efecto horizontal de esta disposición como un deber de los órganos jurisdiccionales nacionales. ⁴¹ Esto también explica por qué la alegación, formulada por la Comisión en la vista, de que el Tribunal de Justicia debía rechazar un efecto horizontal directo, porque las disposiciones sobre libre circulación y sus excepciones no estaban concebidas para ser aplicadas a los particulares, ya ha sido rebatida por la jurisprudencia. Si el asunto Schmidberger hubiera debido resolverse como un litigio entre particulares, a

saber, la empresa de transporte y los manifestantes, el Tribunal de Justicia también debería haber sopesado el derecho a la libre circulación de la primera frente al derecho a manifestarse de los segundos. ⁴² Ciertamente, el presente asunto podría, en teoría, haber llegado al Tribunal de Justicia en el marco de un procedimiento contra las autoridades finlandesas por no haber puesto límites a la acción colectiva contra Viking. Esto no habría afectado a la esencia del problema: ¿cómo conciliar los derechos a la libre circulación de Viking Line con los derechos de asociación y de huelga del FSU y la ITF? ⁴³

¿A qué tipo de actuaciones de los particulares se aplican las normas sobre libre circulación?

41. Sin embargo, esto no significa que las normas sobre libre circulación puedan invocarse siempre en un litigio contra un particular. La competencia normativa y socioeconómica inherente a las autoridades del Estado implica que estas autoridades tienen, por definición, una considerable capacidad para interferir en el correcto funcionamiento del mercado común. Esta circunstancia se agrava por el hecho de que, con independencia de la cuestión de si, desde un punto de vista formal, tienen un carácter

39 — Shapiro, M., y Stone Sweet, A.: *On Law, Politics & Judicialization*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 35. Véase también Sunstein, C.: «State Action is Always Present», 3 *Chicago Journal of International Law* 465 (2002). Véase también la sentencia Defrenne, citada en la nota 38 anterior, apartado 35.

40 — Alexy, R.: *A theory of constitutional rights*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 363; Kumm, M.: «Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law», *German Law Journal*, vol. 7, n° 4 (2006), pp. 341 a 369, especialmente p. 352; Tushnet, M.: «The issue of state action/horizontal effect in comparative constitutional law», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, n° 1 (2003), pp. 79 a 98, especialmente p. 98; Sunstein, *op. cit.* en la nota 39 anterior, pp. 467 y 468.

41 — Sentencia Defrenne, citada en la nota 38 anterior, apartados 35 a 37 y 40.

42 — En este mismo sentido: Kumm, M., y Ferreres Comella, V.: «What is so special about constitutional rights in private litigation? A comparative analysis of the function of state action requirements and indirect horizontal effect», *The Constitution in Private Relations*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2005, pp. 241 a 286, especialmente p. 253.

43 — De ahí la observación de que «el efecto horizontal, en última instancia, siempre será directo» (Leisner, W.: *Grundrechte und Privatrecht*, Beck, Munich, 1960, p. 378).

general, las acciones de las autoridades del Estado nunca son verdaderamente independientes. Denotan decisiones políticas más amplias y, por lo tanto, producen un impacto sobre cualquiera que desee ejercer sus derechos a la libre circulación en su ámbito territorial. Además, las autoridades estatales tienen menos posibilidades que los operadores económicos privados de adaptar su actuación en respuesta a incentivos comerciales que garantizan el funcionamiento normal del mercado.⁴⁴ En consecuencia, el ámbito de aplicación de las normas sobre libre circulación se extiende a toda acción u omisión del Estado capaz de impedir o de hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades de circulación.⁴⁵

42. Por el contrario, en muchas ocasiones, los sujetos privados simplemente no ejercen suficiente influencia como para lograr impedir a otros disfrutar de sus derechos a circular libremente. Un comerciante individual que se niegue a adquirir bienes procedentes otros Estados miembros no tiene muchas posibilidades de obstaculizar el funcionamiento del mercado común, porque los proveedores de otros Estados miembros siempre podrían comercializar sus bienes a través de canales alternativos. Además, el comerciante, con toda probabilidad, sufriría la competencia de los minoristas que tuvieran menos reparos para comprar productos extranjeros y que, en consecuencia, podrían ofrecer precios más bajos y una gama más

amplia de productos a los consumidores. Probablemente, esta perspectiva bastaría, por sí misma, para disuadir de un comportamiento de este tipo. Por lo tanto, el mercado «se ocupará de ello». En estas circunstancias, no hay ninguna razón para que intervenga la legislación comunitaria.

43. La consecuencia es que las normas sobre libre circulación se aplican directamente a toda actuación de un particular que pueda impedir de forma eficaz a otros ejercer su derecho a circular libremente. Pero, ¿cómo debe determinarse si éste es el caso? No parece que exista una respuesta sencilla a esta cuestión. El Tribunal de Justicia, en su jurisprudencia, ha actuado con cautela al reconocer la aplicación horizontal directa de las normas sobre libre circulación en casos específicos.

44. Algunos de esos casos se han referido al ejercicio de los derechos de propiedad intelectual.⁴⁶ Los titulares de estos derechos tienen un legítimo interés comercial en ejercer sus derechos de la manera que prefieran.⁴⁷ Sin embargo, estos intereses deben ponderarse con el principio de la libre

44 — Para una discusión más detallada sobre este tema, véase el punto 25 de mis conclusiones en los asuntos Federconsumatori y otros (C-463/04 y C-464/04, pendientes actualmente ante el Tribunal de Justicia).

45 — Véanse también mis conclusiones en el asunto Marks & Spencer, citado en la nota 29 anterior, puntos 37 a 40.

46 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 31 de octubre de 1974, Centrafarm (15/74, Rec. p. 1147), apartados 11 y 12; de 31 de octubre de 1974, Centrafarm (16/74, Rec. p. 1183), apartados 11 y 12, y de 22 de junio de 1976, Terrapin (119/75, Rec. p. 1039).

47 — Véanse, por ejemplo, las sentencias Centrafarm, citadas en la nota 46 anterior, apartado 9 (en ambos casos); de 17 de octubre de 1990, HAG GF (C-10/89, Rec. p. I-3711), apartados 13 y 14, y de 17 de mayo de 1988, Warner Brothers y Metronome Video (158/86, Rec. p. 2605).

circulación de mercancías.⁴⁸ En caso contrario, los titulares de derechos de propiedad intelectual «[tendrían] la posibilidad de compartimentar los mercados nacionales, dando lugar con ello a una restricción en el comercio entre los Estados miembros».⁴⁹

45. De forma similar, el Tribunal de Justicia aplicó las normas sobre libre circulación a asociaciones deportivas profesionales nacionales e internacionales.⁵⁰ El motivo es fácil de comprender. Las asociaciones en cuestión tienen influencia en la organización de los deportes profesionales como actividad económica transfronteriza. Pueden elaborar reglamentos que sean efectivamente vinculantes para prácticamente cualquiera que quiera ejercer esa actividad. Tal como declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia *Deliège*, «la eliminación, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de personas y a la libre prestación de servicios correría peligro si la supresión de las barreras de origen estatal pudiera ser neutralizada con obstáculos derivados del ejercicio de su autonomía jurídica por asociaciones y organismos que no están sometidos al Derecho público».⁵¹

46. La aplicación de las disposiciones sobre libre circulación a las acciones de los particulares reviste una particular importancia en el ámbito de las condiciones laborales y el acceso al empleo.⁵² El Tribunal de Justicia lo ha reconocido en la sentencia *Angonese*, cuando aplicó el artículo 39 CE a un banco privado de Bolzano.⁵³ El Sr. Angonese deseaba participar en una oposición para un puesto en ese banco. Sin embargo, la participación en la oposición estaba condicionada a la posesión de un certificado de bilingüismo que expedían las autoridades de Bolzano y sólo podía obtenerse en esa provincia. Tal condición reproducía un requisito que existía en el pasado para el acceso a la función pública y, en este sentido, prolongaba una práctica consolidada. Tal como señaló el Tribunal de Justicia en su sentencia, los residentes en Bolzano normalmente obtenían el certificado en previsión de tener que presentarlo al buscar empleo y lo consideraban «una etapa prácticamente obligatoria en el proceso normal de formación».⁵⁴ Aunque el Sr. Angonese no poseía el certificado, era perfectamente bilingüe y tenía otros diplomas que daban fe de ello. Sin embargo, se le denegó el acceso a la oposición.

47. Los trabajadores no pueden cambiar sus cualificaciones profesionales u obtener un trabajo alternativo con la misma facilidad con que los comerciantes pueden alterar sus

48 — Véanse, por ejemplo, las sentencias *HAG GE*, citada en la nota 47 anterior, apartados 15 a 20, y de 22 de junio de 1994, *IHT Internationale Heiztechnik* (C-9/93, Rec. p. I-2789), apartados 41 a 60.

49 — Sentencia 15/74 *Centrafarm*, citada en la nota 46 anterior, apartado 12.

50 — Sentencia de 12 de diciembre de 1974, *Walrave y Koch* (36/74, Rec. p. 1405); sentencia de 14 de julio de 1976, *Donà* (13/76, Rec. p. 1333); sentencia de 15 de diciembre de 1995, *Bosman* (C-415/93, Rec. p. I-4921); sentencia de 11 de abril de 2000, *Deliège* (C-51/96 y C-191/97, Rec. p. I-2549); sentencia *Meca Medina y Majcen/Comisión*, citada en la nota 21 anterior, y sentencia de 13 de abril de 2000, *Lehtonen y Castors Braine* (C-176/96, Rec. p. I-2681).

51 — Sentencia *Deliège*, citada en la nota 50 anterior, apartado 47; sentencia *Meca Medina y Majcen/Comisión*, citada en la nota 21 anterior, apartado 24, y sentencia *Lehtonen y Castors Braine*, citada en la nota 50 anterior, apartado 35.

52 — Sentencia de 8 de mayo de 2003, *Deutscher Handballbund* (C-438/00, Rec. p. I-4135), apartado 32, confirmada por la sentencia de 12 de abril de 2005, *Simutenkov* (C-265/03, Rec. p. I-2579), apartado 33.

53 — Sentencia de 6 de junio de 2000, *Angonese* (C-281/98, Rec. p. I-4139). Véase *Ragnemalm*, H.: «Fundamental freedoms and private action: a new horizon for EU citizens?», *EG-domstolen inifrån*, Jure Förlag AB, 2006, p. 177.

54 — Sentencia *Angonese*, citada en la nota 53 anterior, apartado 7.

productos o encontrar modos alternativos de comercializarlos. En consecuencia, unos requisitos de contratación como los que eran objeto del asunto Angonese son perjudiciales para el funcionamiento del mercado común aunque estén impuestos por un banco privado como parte de una práctica regional consolidada. La posibilidad de que, a la larga, los incentivos económicos debiliten tales prácticas de contratación discriminatorias es un consuelo muy limitado para el individuo que busca empleo hoy. El dicho de que «el mercado puede seguir siendo irracional más tiempo del que tú puedes seguir siendo solvente»⁵⁵ es quizá más cierto en el ámbito de la libre circulación de los trabajadores que en cualquier otro.

48. Resulta de todo lo anterior que las disposiciones sobre libre circulación se aplican a las actuaciones de los particulares que, debido a su efecto general sobre los titulares de derechos a la libre circulación, pueden restringirles el ejercicio de estos derechos, creando obstáculos que no puedan eludir razonablemente.

Efecto horizontal de las disposiciones sobre libre circulación y respeto de la autonomía privada tal como la protege el Derecho nacional

49. Por supuesto, la conclusión de que determinados sujetos privados están sometidos

a las normas sobre libre circulación no supone el fin de su autonomía privada. Tampoco significa necesariamente que estén sometidos exactamente a los mismos estándares que las autoridades estatales. El Tribunal de Justicia puede aplicar distintos baremos en su análisis, dependiendo de la procedencia y de la gravedad del obstáculo al ejercicio del derecho a la libre circulación, y de la fuerza y validez de las contrapuestas reivindicaciones de autonomía privada. En otras palabras, los sujetos privados pueden todavía seguir haciendo a menudo cosas que las autoridades públicas no pueden.⁵⁶

50. El Tribunal de Justicia también ha reconocido que los Estados miembros disponen de una facultad de apreciación a la hora de evitar los obstáculos a la libre circulación que tienen su origen en la actuación de los sujetos privados.⁵⁷ A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que «no corresponde a las instituciones comunitarias sustituir a los Estados miembros para dictarles las medidas que deben adoptar y aplicar efectivamente para garantizar» el ejercicio del derecho a la libre circulación.⁵⁸ De ahí que las disposiciones sobre libre circulación no siempre ofrezcan una solución específica para cada caso, sino que simplemente fijen unos límites dentro de los cuales puede resolverse un conflicto entre dos sujetos privados.⁵⁹

56 — Kumm, M., *op. cit.* en la nota 40 anterior, pp. 352 y 362 a 364. Véase también, en este sentido: Sunstein, C., *op. cit.* en la nota 39 anterior.

57 — Sentencia Schmidberger, citada en la nota 10 anterior, apartados 82, 89 y 93.

58 — Sentencia Comisión/Francia, citada en la nota 35 anterior, apartado 34.

59 — Sin embargo, hay situaciones en las que el Derecho comunitario deja poco o ningún margen de libertad, como en el asunto Angonese, citado en la nota 53 anterior (que se refería a una discriminación manifiesta sin el menor atisbo de un motivo razonable).

55 — Atribuido a John Maynard Keynes.

51. Esto tiene una consecuencia importante: incluso en los casos que entran dentro de su ámbito de aplicación, las disposiciones sobre libre de circulación no sustituyen al Derecho nacional como marco jurídico pertinente para la evaluación de los conflictos entre sujetos privados. Por el contrario, los Estados miembros tienen libertad para regular la conducta privada siempre que respeten los límites establecidos por el Derecho comunitario.

52. Este grado de libertad de los Estados miembros tiene implicaciones procesales. Aunque las normas del proceso civil varían de un sistema jurídico nacional a otro, un rasgo común es que las partes de los procedimientos son las principales responsables de determinar el contenido y el ámbito del litigio. Si se permitiese a esas partes iniciar un procedimiento ante un órgano jurisdiccional nacional amparándose simplemente en las normas sobre libre circulación del Tratado aplicables, existiría el riesgo de que las normas nacionales aplicables no se tuvieran en consideración. Para que esto no suceda, los Estados miembros pueden exigir, de conformidad con el principio de autonomía procesal, que las demandas contra un particular, basadas en la vulneración del derecho a la libre circulación, se interpongan dentro del marco jurídico nacional, conforme a una acción de Derecho interno, por ejemplo, responsabilidad extracontractual o incumplimiento contractual.

53. Al resolver el litigio del que conoce, el órgano jurisdiccional nacional debe aplicar el Derecho nacional de conformidad con las normas sobre libre circulación del Tratado.⁶⁰ Si esto no es posible, y el Derecho nacional entra en conflicto con las normas sobre libre circulación, entonces prevalecerán éstas.⁶¹ Si no existe una vía de recurso judicial, porque el Derecho nacional no contempla ninguna acción a través de la cual recurrir contra una vulneración del derecho a la libre circulación, entonces, conforme al principio de efectividad, la demanda podrá basarse directamente en la disposición pertinente del Tratado.⁶²

54. Por lo tanto, el Derecho nacional, que se basa en los valores del ordenamiento jurídico nacional, conserva su propio lugar en el marco normativo que regula los conflictos entre particulares. Al mismo tiempo, se garantiza la efectividad del Derecho comunitario.

Análisis del presente asunto

55. Se desprende de los hechos, tal como están descritos en la resolución de remisión, que el efecto práctico de las acciones

60 — Sentencia Defrenne, citada en la nota 38 anterior, apartados 24 a 26.

61 — Sentencia de 15 de julio de 1964, Costa (6/64, Rec. p. 585), y sentencia de 9 de marzo de 1978, Simmenthal (106/77, Rec. p. 629).

62 — Véanse, por analogía, las sentencias de 5 de marzo de 1996, Brasserie du Pêcheur y Factortame (C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-1029), apartado 22; de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros (C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357), y Courage y Crehan, citada en la nota 31 anterior.

coordinadas del FSU y de la ITF, en particular cuando impiden las negociaciones con los sindicatos afiliados a la ITF en Estonia, es someter el ejercicio del derecho a la libertad de establecimiento, por parte de Viking Line, al consentimiento del FSU. Unidas, las acciones del FSU y de la ITF son capaces de restringir efectivamente el ejercicio del derecho a la libertad de establecimiento de una empresa como Viking.

empresas utilizar los recursos productivos disponibles en un país o región concretos, se dificultaría el desarrollo económico de esa región así como el de las regiones donde los recursos requeridos fueran más fácilmente disponibles. Por lo tanto, el ejercicio del derecho a la libertad de establecimiento es decisivo para el crecimiento del bienestar económico de todos los Estados miembros.⁶³

56. Por lo tanto, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a la segunda cuestión prejudicial formulada por el órgano jurisdiccional nacional: «El artículo 43 CE y el artículo 1, apartado 1, del Reglamento n° 4055/86 producen efecto horizontal en un procedimiento judicial nacional entre una empresa y un sindicato o una asociación de sindicatos en circunstancias como las que son objeto del litigio principal.»

58. Sin embargo, a pesar de que el derecho a la libertad de establecimiento genera ventajas en general, a menudo también tiene consecuencias dolorosas, en particular para los trabajadores de las empresas que deciden trasladarse. Inevitablemente, la consecución del progreso económico a través del comercio intracomunitario lleva implícito el riesgo de que los trabajadores de la Comunidad experimenten cambios en sus condiciones laborales o, incluso, sufran la pérdida de sus empleos. Fue precisamente este riesgo, cuando se materializó para la tripulación del Rosella, lo que provocó las acciones del FSU y de la ITF.

D. Equilibrio entre el derecho a la libertad de establecimiento y el derecho de acción colectiva

57. Por motivos empresariales evidentes, Viking pretende por encima de todo ejercer su derecho a la libertad de establecimiento. El Tratado protege este derecho, porque la posibilidad para una empresa de trasladarse a un Estado miembro en el que sus costes de funcionamiento sean más bajos es crucial en la consecución de un comercio intracomunitario efectivo. Si sólo se permitiera a las

59. Aunque el Tratado establece el mercado común, no da la espalda a los trabajadores que se ven perjudicados por sus aspectos negativos. Por el contrario, el ordenamiento económico europeo está firmemente anclado en un contrato social: los trabajadores de

63 — Véase, por ejemplo, Corden, M.W.: «The Normative Theory of International Trade», *The Handbook of International Economics*, vol. 1, Elsevier, Amsterdam, 1984, pp. 63 a 130; Kenen, P.: *The International Economy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000; Molle: *The Economics of European Integration: Theory, Practice and Policy*, Ashgate, Aldershot, 2006.

toda Europa deben aceptar las consecuencias negativas recurrentes que son inherentes a la creación de una prosperidad creciente por el mercado común, a cambio de lo cual la sociedad debe comprometerse a la mejora general de sus condiciones de vida y de trabajo, y a la prestación de apoyo económico a aquellos trabajadores que se encuentran en dificultades como consecuencia del mecanismo del mercado.⁶⁴ Tal como demuestra su exposición de motivos, este contrato está incorporado en el Tratado.

60. El derecho de asociación y el derecho de acción colectiva son instrumentos esenciales para que los trabajadores expresen su voz y para hacer que los gobiernos y los empresarios cumplan su parte del contrato social. Estos instrumentos proporcionan los medios para poner énfasis en el hecho de que el traslado de las empresas a otro país, a pesar de ser, en última instancia, beneficioso para la sociedad, conlleva unos costes para los trabajadores que serán desplazados, y que estos costes no deberían ser soportados únicamente por los trabajadores. En consecuencia, los derechos de asociación y de acción colectiva tienen un papel fundamental en el ordenamiento jurídico comunitario, tal como reitera la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.⁶⁵ Sin

embargo, la cuestión clave que subyace en el presente asunto es con qué fines puede utilizarse la acción colectiva y hasta dónde puede llegar. Esta cuestión alude a un desafío importante para la Comunidad y sus Estados miembros: proteger a aquellos trabajadores que han sido perjudicados a causa del funcionamiento del mercado común garantizando, al mismo tiempo, los beneficios globales del comercio intracomunitario.

61. El órgano jurisdiccional remitente pregunta si las acciones anunciadas por la ITF y el FSU «alcanzan un justo equilibrio entre el derecho social fundamental a ejercer una acción colectiva, por un lado, y la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, por otro». Una vez situada esta cuestión en su contexto más amplio, es ahora posible examinar más de cerca la forma y el objetivo de la acción colectiva de que se trata.

62. Una política coordinada de acción colectiva entre sindicatos constituye normalmente un medio legítimo de proteger los salarios y las condiciones laborales de los marinos. Sin embargo, una acción colectiva que produjera el efecto de compartimentar el mercado laboral e impidiera que se contratase a marinos procedentes de determinados Estados miembros para proteger los empleos de los marinos de otro Estado miembro sería directamente contraria al principio de no discriminación en que se basa el mercado común.

64 — Véase, para una observación similar, Elwell, C.K.: *Foreign Outsourcing: Economic Implications and Policy Responses*, CRS Report for Congress, 2005, disponible en: http://ec.europa.eu/employment_social/restructuring/facts_en.htm.

65 — Artículos 12 y 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Véase también el punto 48 de mis conclusiones en el asunto *Ordre des barreaux francophones et germanophones* y otros (C-305/05, pendiente actualmente ante el Tribunal de Justicia).

63. Para determinar si la política coordinada de acción colectiva que es objeto de examen produce el efecto de compartimentar el mercado laboral, contraviniendo el principio de no discriminación, es útil distinguir entre dos tipos de acciones colectivas de los que puede tratar el presente asunto: una acción colectiva para persuadir a Viking Line de que mantenga los empleos y las condiciones laborales de su tripulación actual y una acción colectiva para mejorar el régimen laboral de los marinos a nivel comunitario.

Acción colectiva a favor de los empleos y condiciones laborales de la tripulación actual

64. Un primer motivo para que la ITF y el FSU utilicen una acción colectiva puede ser paliar cualquier efecto adverso que el rebanderamiento del Rosella pueda tener sobre su tripulación actual. En consecuencia, la acción colectiva coordinada puede servir, por ejemplo, para garantizar sus salarios y condiciones laborales, evitar despidos, o conseguir una indemnización equitativa.

65. Habida cuenta del margen de discrecionalidad que el Derecho comunitario deja a los Estados miembros, corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar, a la luz de las normas nacionales aplicables relativas al ejercicio del derecho de acción

colectiva, si la acción examinada excede de lo que el Derecho nacional considera conforme a Derecho para proteger los intereses de la tripulación actual. Sin embargo, al realizar esta apreciación, los órganos jurisdiccionales nacionales tienen el deber, que les impone el Derecho comunitario, de garantizar que los casos de traslados de empresas en el interior de la Comunidad no reciban un trato menos favorable que los traslados de empresas que tienen lugar dentro del territorio nacional.

66. Por lo tanto, en principio, el Derecho comunitario no excluye que los sindicatos promuevan una acción colectiva que produzca el efecto de restringir el derecho de establecimiento de una empresa que pretende trasladarse a otro Estado miembro, con objeto de proteger a los trabajadores de esta empresa.

67. Sin embargo, una acción colectiva dirigida a persuadir a una empresa de que conserve sus actuales empleos no debe confundirse con una acción colectiva dirigida a impedir que una empresa pueda prestar sus servicios una vez que se ha trasladado al extranjero. El primer tipo de acción colectiva representa una forma legítima de que los trabajadores protejan sus derechos y se corresponde con lo que sucedería normalmente si el traslado de la empresa tuviera lugar dentro de un Estado miembro. Sin embargo, no puede decirse lo mismo de una acción colectiva que simplemente pretenda impedir que una empresa que se ha trasladado a otro lugar preste sus servicios conforme a Derecho en el Estado miembro en el que estaba establecida con anterioridad.

68. Impedir, o amenazar con impedir, a través de una acción colectiva, que una empresa legalmente establecida en un Estado miembro preste sus servicios conforme a Derecho en otro Estado miembro es, esencialmente, el tipo de obstáculo a los intercambios comerciales que el Tribunal de Justicia declaró incompatible con el Tratado en la sentencia Comisión/Francia,⁶⁶ ya que es directamente contrario a la razón de ser del mercado común. Además, permitir este tipo de acciones conllevaría el riesgo de crear una atmósfera de continuos enfrentamientos entre grupos sociales en distintos Estados miembros, que amenazaría gravemente al mercado común y al espíritu de solidaridad que es parte integrante del mismo.

necesario y proporcionado para prestar un nivel de protección equivalente a los trabajadores desplazados y a los del Estado miembro de acogida.⁶⁸ Así, esta línea jurisprudencial obedece, principalmente, a una preocupación por la igualdad de trato y la cohesión social entre los trabajadores. El propósito de la jurisprudencia sobre los trabajadores desplazados no es permitir que se impongan a las empresas establecidas en otro Estado miembro las condiciones laborales y los salarios nacionales —aunque hasta cierto punto, pueda producir este efecto—, sino garantizar que los trabajadores que están destinados temporalmente en el territorio de un Estado miembro disfruten de un nivel equivalente de protección laboral al de sus colegas del Estado miembro de acogida, junto a quienes deberán realizar con frecuencia su trabajo. Este tema simplemente no se plantea en el presente asunto.

69. A diferencia de lo que afirman la ITF y el FSU, no desvirtúa en absoluto esta conclusión la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre los trabajadores desplazados. En el contexto específico de los trabajadores desplazados, el Tribunal de Justicia ha declarado que las disposiciones sobre libre circulación no se oponen a que los Estados miembros extiendan su legislación nacional sobre condiciones laborales y salarios mínimos a los trabajadores desplazados que trabajan en su territorio con carácter temporal.⁶⁷ Los Estados miembros están facultados para aplicar su normativa nacional sobre protección de los trabajadores a los trabajadores desplazados, en la medida en que sea

Acción colectiva para mejorar el régimen laboral de los marinos a nivel comunitario

70. Naturalmente, el FSU puede, junto con la ITF y otros sindicatos, adoptar una acción colectiva coordinada para mejorar el régimen laboral de los marinos a nivel comunitario. Una política dirigida a coordinar a los sindicatos nacionales con objeto de promover un determinado nivel de derechos para los marinos es coherente con su derecho de acción colectiva. En principio, constituye una forma razonable de contrarrestar las accio-

66 — Citada en la nota 35 anterior.

67 — Véanse por ejemplo, las sentencias de 23 de noviembre de 1999, *Arblade* y otros (C-369/96 y C-376/96, Rec. p. I-8453), apartados 41 y 42; de 15 de marzo de 2001, *Mazzoleni e ISA* (C-165/98, Rec. p. I-2189), apartado 29, y de 12 de octubre de 2004, *Wolff & Müller* (C-60/03, Rec. p. I-9553), apartado 36.

68 — Sentencias de 21 de septiembre de 2006, *Comisión/Austria* (C-168/04, Rec. p. I-9041), apartado 47; *Arblade* y otros, citada en la nota 67 anterior, apartado 53; *Finalarte* y otros, citada en la nota 14 anterior, apartado 41, y *Mazzoleni e ISA*, citada en la nota 67 anterior, apartado 35.

nes de las empresas que pretenden reducir sus gastos de personal ejerciendo su derecho a la libre circulación. A este respecto, no puede ignorarse el hecho de que los trabajadores tienen un grado de movilidad más reducido que el capital y las empresas. Cuando no pueden dejar su empleo, los trabajadores deben actuar en coalición. Por lo tanto, el reconocimiento de su derecho a actuar colectivamente a nivel europeo es una mera transposición, al ámbito europeo, de la lógica de las acciones colectivas nacionales. Sin embargo, así como existen límites al derecho de acción colectiva cuando se ejercita a nivel nacional, también existen límites a este derecho cuando se ejercita a nivel europeo.

71. Es fácil abusar, de forma discriminatoria, de una política coordinada de acción colectiva si se lleva a cabo obligando a todos los sindicatos nacionales a apoyar la acción colectiva de cualquiera de los demás sindi-

catos. Esta política permitiría a cualquier sindicato nacional solicitar la ayuda de otros sindicatos para condicionar el traslado de una empresa a otro Estado miembro a la aplicación de las normas sobre protección de los trabajadores elegidas por ese sindicato, incluso después de que hubiera tenido lugar el traslado. Por lo tanto, efectivamente, esta política protegería el poder de negociación colectiva de algunos sindicatos nacionales a expensas de los intereses de otros, y compartimentaría el mercado laboral, infringiendo las normas sobre libre circulación.

72. Por el contrario, si los demás sindicatos fueran efectivamente libres de decidir, en una situación determinada, si participar o no en una acción colectiva, entonces se evitaría el riesgo de un abuso discriminatorio de una política coordinada. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar si éste es el caso en las circunstancias del presente asunto.

III. Conclusión

73. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales formuladas por la Court of Appeal:

«1) Una acción colectiva adoptada por un sindicato o asociación de sindicatos con el fin de promover los objetivos de la política social comunitaria no queda, por

esta única razón, fuera del ámbito de aplicación del artículo 43 CE y del Reglamento (CEE) nº 4055/86 del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativo a la aplicación del principio de libre prestación de servicios al transporte marítimo entre Estados miembros y entre Estados miembros y países terceros.

- 2) El artículo 43 CE y el artículo 1, apartado 1, del Reglamento nº 4055/86 producen efecto horizontal en un procedimiento judicial nacional entre una empresa y un sindicato o una asociación de sindicatos en circunstancias como las que son objeto del litigio principal.
- 3) El artículo 43 CE no excluye que un sindicato o una asociación de sindicatos adopten una acción colectiva que produzca el efecto de restringir el derecho de establecimiento de una empresa que pretende trasladarse a otro Estado miembro, con objeto de proteger a los trabajadores de esta empresa. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si tal acción es conforme a Derecho a la luz de las normas nacionales aplicables relativas al ejercicio del derecho de acción colectiva, a condición de que los casos de traslados de empresas en el interior de la Comunidad no reciban un trato menos favorable que los traslados de empresas que tienen lugar dentro del territorio nacional.
- 4) El artículo 43 CE excluye una política coordinada de acción colectiva adoptada por un sindicato o una asociación de sindicatos que, al restringir el derecho a la libertad de establecimiento, produce el efecto de compartimentar el mercado laboral e impide que se contrate a trabajadores procedentes de determinados Estados miembros para proteger los empleos de los trabajadores de otros Estados miembros.»