

II. DERECHO EUROPEO

LA INCIDENCIA DE LA CARTA (DFUE) EN LA CONFLUENCIA DE LA EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA INEFICACIA HORIZONTAL DE LAS DIRECTIVAS: DE *KÜÇÜKDEVECİ* A *DANSK INDUSTRI*

Pedro CRUZ VILLALÓN*

Resumen

Este trabajo pretende clarificar el impacto de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en la garantía de protección de los derechos fundamentales y, más en particular, en la eficacia de los mismos entre particulares. Para el autor, la Carta añade a la protección de los derechos fundamentales un plus valor: es, ante todo, un sistema, que concede a la protección de los derechos fundamentales una estructura y una lógica interna. El autor afirma que, a partir de la Carta, puede predicarse de los derechos fundamentales de la Unión: 1) están integrados en el conjunto del ordenamiento de la Unión, dando al sistema coherencia; 2) se impone para ellos una interpretación sistemática, no aislada para algunos casos puntuales; 3) los derechos fundamentales discurrirán por una dogmática constitucional. En consecuencia, la Carta no da una respuesta única a la cuestión de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

Palabras clave

Derechos fundamentales; Unión Europea; eficacia horizontal.

Abstract

The aim of this paper is to clarify the impact of the Charter of Fundamental Rights of the European Union on guaranteeing the protection of fundamental rights and, more particularly, on their effectiveness between individuals. For the author, the Charter gives to the protection of fundamental rights as an added value and it is, above all, a system which gives the protection of fundamental rights a structure and an internal logic. The author states

* Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad Autónoma de Madrid.

that, from the Charter, the fundamental rights of the Union can be predicated the following: 1) they are integrated throughout the European legal system, giving the system coherence; 2) there is a systematic interpretation which is imposed on; 3) fundamental rights must be governed by a constitutional dynamic. Consequently, the Charter does not provide a single answer to the question of the horizontal effectiveness of fundamental rights.

Key words

Fundamental rights; European Union; horizontal effectiveness.

SUMARIO: I. De cómo el Abogado General invita al Tribunal de Justicia a encarar cierto problema: las conclusiones en *Kücükdeveci*. II. Primer intento de respuesta: las conclusiones en *Dominiguez*. III. Segundo intento de respuesta: las conclusiones en *Association de Médiation Sociale*. IV. *Dansk Industri*: La confirmación de las aprensiones del Abogado General en *Kücükdeveci*. V. Consideraciones finales.

LA determinación del *impacto* (1) de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, «CDF» o «la Carta») en la garantía de los derechos fundamentales en el ordenamiento de la Unión no es tarea fácil, se entiende desde que ésta ingresó en el Derecho de la Unión con rango equiparado a los Tratados. Si es complicado sostener que la CDF sea *la misma* antes y después de ese momento, otra cosa sucede cuando se trata de precisar en qué ha cambiado exactamente la protección de los derechos fundamentales en la UE desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (2).

Una vez más, en efecto, se pone de manifiesto la falta de precedentes que caracteriza a los procesos jurídicos de construcción de la integración europea. En esta ocasión es con la atribución de valor jurídico a la CDF, a una Carta que, sin embargo, ya existía de una determinada manera, como se asiste al espectáculo, verdaderamente inédito, de la «cohabitación» de un precedente modelo basado en la deducción jurisprudencial de los derechos fundamentales *sub specie* principios generales del respectivo ordenamiento jurídico con otro basado en la *escritura* de los mismos, valga la expresión: o, acaso, al de un proceso de transición del primero al segundo de los modelos, con todos los interrogantes del caso.

En estos términos, la atención a la cuestión más puntual relativa a la incidencia de la Carta en la problemática de la eficacia de los derechos fundamentales en las

(1) Planteándose los sentidos del término, J. GARCÍA ROCA/H. NOGUEIRA ALCALÁ, «El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante», en: J. GARCÍA ROCA/E. CARMONA CUENCA, «¿Hacia una globalización de los derechos?», Cizur Menor, Thompson, 2017, 73-76.

(2) Es interesante cómo la perspectiva y los primeros pasos del *Brexit* están ofreciendo valoraciones diversas de esta cuestión. *Vid.* P. EECKHOUT, <https://ukconstitutionallaw.org/2016/05/06/piet-eekhout-the-real-record-of-the-eu-charter-of-fundamental-rights/>; D. Sarmiento, <https://despiteourdifferencesblog.wordpress.com/2017/03/31/the-great-repeal-bill-and-the-charter-of-fundamental-rights-not-a-promising-start/>.

relaciones entre particulares (en adelante, alternativamente, *Drittwirkung*), si bien puede ofrecer un campo acotado en el que medir el impacto al que antes se hacía referencia, no hace las cosas más simples. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales es, como se sabe, una noción esencialmente poliédrica, en el sentido de que remite a un número no precisamente corto de categorías de la *iusfundamentalidad*, si se me permite la expresión. Y es que, por citar un solo ejemplo, invocados frente a otros particulares, los derechos fundamentales se ven opuestos con enorme frecuencia, por no decir que sistemáticamente, a otros derechos fundamentales, y ello de una forma que, invocados frente a los poderes públicos, apenas ocurre.

Pero, con independencia de lo anterior, es claro que el problema específico de la horizontalidad de los derechos de la CDF está planteado ya de forma autónoma, primero por su presencia implícita en la jurisprudencia y segundo como consecuencia de las diversas tomas de posesión de los abogados generales en el TJUE (3) junto con los tratamientos doctrinales más recientes (4).

Así las cosas, la señalada doble complejidad del tema propuesto sólo puede dulcificarse mediante la adopción de un modelo de análisis basado en un concreto contexto litigioso, tal como resulta de una serie de casos relativamente homogéneos. Recurriendo a la expresión del abogado general Yves Bot, este contexto es el de «las directivas que contribuyen a garantizar los derechos fundamentales» (5). Un contexto, el de las directivas, cabe añadir, que tiene la particularidad de venir acompañado de su propia versión de *Drittwirkung* o, más exactamente, de la ausencia de principio de la misma, ausencia derivada de la propia configuración de este particular instrumento de creación y soporte del Derecho de la Unión.

¿En qué variante de *Drittwirkung* se sitúa esta serie de casos? Los términos eficacia directa/eficacia indirecta se utilizan en distintos sentidos, que en todo caso no son imprescindibles a los efectos de la cuestión aquí planteada (6). Más importante es saber de qué se trata exactamente en estos casos. En este sentido, la cuestión que se plantea es la de apreciar si, en un contexto de relaciones laborales, un

(3) *Vid. infra* apartados 2 y 3.»

(4) N. CARIAT, L'invocation de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union européenne dans les litiges horizontaux: État des lieux après l'arrêt Association de Médiation Sociale», *Cahiers de Droit Européen*, 50 (2014), 305-336; Editorial Comments, Horizontal Direct Effect-A Law of Diminishing Coherence? *CMLR*, 2006, 43, 1, 1-8; ENGLE, Eric, «Third Party Effect of Fundamental Rights (*Drittwirkung*)», *European Law/Europarecht*, 2009, 165-173. D. LECZYKIEWICZ, «Horizontal Application of the Charter of Fundamental Rights», *European Law Review*, 38 (2013), 479-497; MENDE, Janne, «Die Bedeutung und Legitimität nichtstaatlicher Akteure im Menschenrecht. Einleitung in den Schwerpunkt», *Kritische Justiz*, 49 (2016), 4, 431-438; C.C. MURPHY, «Using the EU Charter of Fundamental Rights Against Private Parties after Association de Médiation Sociale», en *European Human Rights Review*, 19 (2014), pp. 170-178; S. PERNER, «Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht», Tubinga, Mohr-Siebeck, 2013. SEIFERT, Achim, «L'effet horizontal des droits fondamentaux. Quelques réflexions de droit européen et de droit comparé», *RTD eur*, 48 (2012), 801-826; E. SPAVENTA, «The Horizontal Application of Fundamental Rights as General Principles of Union Law», en: Antony Arnall, Catherine Barnard, Michael Dougan, E. Spaventa (eds.), *A Constitutional Order of States. Essays in Honour of Alan Dashwood*. Oxford, Hart, 2011, pp. 199-218; J.I. UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, «La eficacia entre particulares de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», *Teoría y realidad constitucional*, 39 (2017), 349-374; S. WALKILA, «Horizontal Effect of Fundamental Rights in EU Law», Groninga, *European Law Publishing*, 2016.

(5) Asunto *Seda Küçükdeveci* (C-555/07), punto 90, de 5 de julio de 2009.

(6) Cfr. E. ENGLE, D. LECZYKIEWICZ, cit. n. 4.

particular puede invocar con éxito frente a otro particular un determinado derecho fundamental reconocido en el ordenamiento de la UE (sea la prohibición de discriminación por razón de edad, sea el derecho a las vacaciones anuales, sea el derecho a la información y consulta en la empresa), pero no así en el ordenamiento del Estado miembro, sabiendo que la falta de correspondencia entre ambos ordenamientos se sitúa típicamente en el punto de conexión entre una directiva y su transposición a nivel nacional.

En esta situación de confluencia de una determinada eficacia horizontal de los derechos fundamentales, por una parte, y de una *ineficacia* horizontal, de principio, de las directivas deficientemente atendidas por los Estados miembros, por otra, se plantea la cuestión de hasta qué punto la CDF ha podido venir a incidir en esta atormentada cuestión, tal como está resultando (7).

El espacio temporal en el que se desarrolla este relato está marcado por el citado asunto *Küçükdeveci*, en la estela del asunto *Mangold* (8), en su inicio, y por la sentencia *de vuelta* del Tribunal Supremo danés de 6 de diciembre de 2016, en *Dansk Industri* (9), en su final, siempre dejando claro que ni todo arranca del primero ni esta última sentencia va a dejar cerrado este episodio. Por lo que hace al *dramatis personae*, en lo que sigue se dejará hablar de forma particular a los abogados generales, singularmente presentes en esta ocasión (10).

I. DE CÓMO EL ABOGADO GENERAL INVITA AL TRIBUNAL DE JUSTICIA A ENCARAR CIERTO PROBLEMA: LAS CONCLUSIONES EN *KÜÇÜKDEVECİ*

En julio de 2009, por tanto pocos meses antes de la entrada en vigor de la CDF, el abogado general Yves Bot daba fin a sus conclusiones en el citado asunto *Küçükdeveci* con un largo párrafo que resulta imprescindible citar por entero, pues resume mejor que nada el problema específico al que se ha enfrentado el TJUE en esta materia. Dice así:

«Para concluir, y visto cómo el Derecho Comunitario se ve involucrado de manera creciente en las relaciones entre particulares, me parece necesario advertir que el Tribunal de Justicia, a mi juicio y de manera inevitable, habrá de enfrentarse a otros supuestos que susciten igualmente la cuestión de la invocabilidad, en el caso de litigios entre particulares, de aquellas Directivas

(7) «La cuestión clave es, pues, saber si esa identificación o conexión entre *Derechos* de la Carta y *Directivas* conexas permite o no constatar su eficacia horizontal, o mejor dicho, permite «fortalecer su invocabilidad», cuando, se insiste, las Directivas no pueden desarrollarla como tales», J.I. Ugartemendía, cit. n. 4.

(8) Asunto *Werner Mangold y Rüdiger Helm* (C-144/04), sentencia de 22 de noviembre de 2005.

(9) Sentencia del Tribunal Supremo de Dinamarca (Caso 15/2014), de 6 de diciembre de 2016. <http://www.supremecourt.dk/supremecourt/nyheder/pressemdelelser/Pages/TheRelationshipbetweenEULawandDanishLawinacaseconcerningasalariedemployee.aspx>

(10) Ello implica, de forma inevitable, dar la palabra al autor de estas páginas en su condición de autor de una de las conclusiones aludidas. No ha sido un ejercicio fácil el de proyectar una mirada distanciada sobre ese texto, al cabo de cuatro años, en la medida en que la situación lo requería.

que contribuyen a garantizar derechos fundamentales. Dichos supuestos aumentarán previsiblemente si la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea adquiere en el futuro fuerza jurídica vinculante, ya que, entre los derechos fundamentales que se mencionan en la referida Carta, algunos figuran en el acervo comunitario en forma de Directivas. Desde esta perspectiva, y siempre a mi juicio, el Tribunal de Justicia debería ya comenzar a reflexionar acerca de si la identificación de derechos que constituyen derechos fundamentales, garantizados por Directivas, permite, o no, potenciar la invocabilidad de éstas en el referido supuesto de litigios entre particulares. El presente asunto ofrece al Tribunal de Justicia la oportunidad de formular la respuesta que proceda a esta importante cuestión.» (11).

Apenas hace falta recordar que, en sustancia, aquellas conclusiones, en la este-la del sonado asunto *Mangold*, proponían dar de nuevo aplicación directa al principio general de igualdad de trato de los trabajadores por razón de edad en una situación de *Drittwirkung*, con entera independencia de la concreción de este principio en la Directiva 2000/78 (12).

Ahora bien, las conclusiones aludidas no terminaban sin el señalado *caveat*, en el que, como se ha visto, se dan cita las cuatro o cinco categorías que aquí se encuentran concernidas: ahí estaban, en efecto, expresamente mencionadas, aparte la propia CDF, las situaciones de litigio entre particulares, la invocabilidad de los derechos fundamentales en este contexto y, por fin, el caso de las directivas que cumplen una función de concreción y garantía de los derechos fundamentales, con sus propias constricciones en lo que a su invocabilidad directa se refiere.

La compleja cuestión sobre la que, con justificado énfasis, llamaba la atención el abogado general era, pues, la de si, para un futuro ya cercano, el de la entrada en vigor de la CDF, el TJUE podría continuar limitándose a excepcionar la regla general de la no invocabilidad de las Directivas, como en el fondo ocurría, en el caso de las relaciones entre particulares en el sólo supuesto del principio general del Derecho de la Unión relativo a la igualdad de trato sin discriminación por razón de edad en un contexto laboral: Ello era tanto como suscitar a un nivel general la cuestión de la incidencia de los derechos fundamentales de la Carta en las relaciones entre particulares con la vista puesta en las directivas.

Es sabido cómo la sentencia recaída en *Kücükdeveci* declinará la invitación del abogado general, como lo seguirá haciendo frente a similares llamamientos de otros abogados generales, éstos mucho más comprometidos en el sentido posible de la respuesta. Pero el referido punto 90 de las conclusiones en dicho asunto marcan nítidamente el terreno sobre el que la necesaria reflexión debe tener lugar.

(11) Cit. n. 5. En versión ajustada por el autor. El punto 77 de estas conclusiones apunta a una cierta insatisfacción frente a la forma como el TJUE argumentó su jurisprudencia *Mangold*: «Es cierto que el razonamiento del Tribunal de Justicia habría sido más convincente si se hubiera sustentado en dichos elementos (la inclusión de la edad como criterio de discriminación prohibido en el artículo 13 CE, apartado 1, y... la consagración de la prohibición de las discriminaciones por motivos de edad como un derecho fundamental, como se desprende del artículo 21, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), más allá de únicamente los instrumentos internacionales y tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros que, en su mayoría, no determinan ningún principio de prohibición específico de las discriminaciones por motivos de edad».

(12) Directiva 2000/78 del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Y digo que el referido párrafo final se presta idealmente a servir de introducción en esta ocasión porque, por más que el TJUE no hubiera atendido a esa exhortación del abogado general, no obstante, poco tiempo después, otros dos abogados generales, Verica Trstenjak y quien suscribe, en los asuntos *Domínguez* (13) y *Association de médiation sociale* (en adelante, *AMS*) (14) respectivamente, recogerán sucesivamente el guante lanzado por el abogado general francés. Allí, en efecto, al hilo de otras tantas directivas del tipo aludido en las conclusiones en *Küçükdeveci*, estos abogados generales propondrán, de manera muy diferente pero con idéntica falta de éxito, una determinada respuesta a algunos de los retos básicos aludidos en el reiterado párrafo. Si se quiere ver así, la recurrente imagen del diálogo entre tribunales iba a adoptar la variante de un diálogo entre abogados generales.

Las circunstancias pueden resumirse pronto. Apenas producida la entrada en vigor de la CDF, un mismo órgano jurisdiccional nacional, la *Cour de cassation* francesa, con un intervalo de dos años, plantea dos cuestiones prejudiciales con paralelismos llamativos. Ambas tienen por objeto derechos de los trabajadores con propio reflejo en la CDF, el derecho a las vacaciones anuales retribuidas (artículo 31, apartado 2) y el derecho a la información y consulta en el seno de la empresa (art. 27). Ambos derechos habían encontrado además previa concreción en otras tantas directivas, las Directivas 2003/88 (15) y 2002/14 (16), respectivamente. Y en ambos asuntos se daba la circunstancia de que una misma ley nacional, el *code du travail* francés, en el marco de dichas Directivas, había incorporado preceptos que ya habían sido declarados, tanto en uno como en otro caso, contrarios al Derecho de la Unión por parte del TJ (17).

Desde un punto de vista procesal, ambos asuntos serán atribuidos a la Gran Sala, acaso anunciando con ello el TJUE un cierto propósito de abordar la problemática advertida por el abogado general en *Küçükdeveci*. Única diferencia relevante a nuestros efectos, los hechos en el caso *Domínguez* son anteriores a la entrada en vigor de la Carta. Esto no tendrá mayor relevancia o reflejo en el caso de las conclusiones que le preceden, pero sí se reflejará en el tenor de las preguntas de la *Cour de cassation*: Mientras en el primer caso el tribunal supremo francés, de forma comprensible, no hace mención de la Carta, en el segundo constituye el primer canon de referencia.

En suma, esta pareja de conclusiones, tomadas conjuntamente, configura un expresivo ejemplo de discursos *judiciales* en los que la cuestión, innegablemente de principio, acerca de si los derechos fundamentales poseen eficacia en las relaciones privadas encuentra una traducción funcional y unas consecuencias prácticas fácilmente perceptibles.

(13) Asunto *Maribel Domínguez y Centre informatique du Centre Ouest Atlantique* (C-282/10). Conclusiones presentadas el 8 de septiembre de 2011.

(14) Asunto *Association de médiation sociale y Union locale des syndicats CGT* (C-176/12). Conclusiones presentadas el 18 de julio de 2013.

(15) Directiva 2003/88CE del Parlamento europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo de 4 de noviembre de 2003.

(16) Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea.

(17) Asunto *BECTU* (C-173/99), sentencia de 26 de junio de 2001, por lo que hace a la Directiva 2003/88; asunto *Confédération générale du travail y otros* (C-385/05), sentencia de 18 de enero de 2007, por lo que hace a la directiva 2002/14.

II. PRIMER INTENTO DE RESPUESTA: LAS CONCLUSIONES EN DOMINGUEZ

A través de una serie de movimientos, todos finalmente frustrados, como en sucesivos intentos de encontrar la salida de un imaginario laberinto, estas conclusiones van a ir explorando los distintos caminos que podrían permitir tener éxito a la demandante en el proceso principal, es decir, el reconocimiento, frente al empleador, de su derecho a vacaciones anuales desde el primer día trabajado, es decir, sin exigencia alguna relativa a un periodo inicial mínimo de días trabajados en el cómputo de dichas vacaciones.

El punto de partida será el reconocimiento en abstracto del derecho en cuestión reclamado por la trabajadora frente a una legislación que sólo acepta computar la extensión de este derecho a partir de un número de días efectivamente trabajados. Un punto de partida que, como se anticipaba, venía prácticamente impuesto por la jurisprudencia previa. Así, en particular, en *BECTU*, si bien en un contexto *vertical*, se había declarado contrario al artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/104 el que un Estado miembro adopte una normativa nacional con arreglo a la cual un trabajador no comienza a adquirir el derecho a vacaciones anuales retribuidas hasta que haya realizado un período mínimo de trece semanas de empleo ininterrumpido con el mismo empresario (18).

Tampoco es dudoso el resultado en el siguiente punto que consideran las conclusiones: Que, en la medida en que ese derecho está concretado en una directiva, jurisprudencia constante, un particular no podría invocar el referido derecho en un litigio *inter privatos* frente a una legislación nacional de signo opuesto. El único remedio es la instrucción al juez nacional para que, en toda la medida de lo posible, interprete al derecho nacional de conformidad con la directiva.

Las dificultades empiezan a partir de aquí. Pues alcanzada la anterior conclusión la abogada general se pregunta si no habría otras dimensiones a incorporar al razonamiento que, pese a la vigencia de la anterior doctrina, pudieran permitir al órgano jurisdiccional *a quo* satisfacer la pretensión de la trabajadora.

En este sentido, la primera vía alternativa a explorar parte de la observación de que las vacaciones anuales no son un simple derecho con sustento en una directiva. Desde el 1 de diciembre de 2009 se trata además de un derecho *fundamental* incluido en la CDF con el valor que se sabe. Bien es verdad que los hechos son anteriores, pero las conclusiones observan correctamente cómo el TJUE no ha tenido dificultad para utilizar la CDF en su razonamiento, incluso en supuestos de hecho anteriores a esa fecha.

El artículo 31 CDF, en efecto, declara ahora en su apartado segundo que «*todo trabajador*», entre otras cosas, «*tiene derecho a...un periodo de vacaciones anuales retribuidas*». ¿Podría esta circunstancia alterar la anterior conclusión de que el derecho fundamental en cuestión no es invocable en un litigio entre particulares porque se dé la circunstancia de que, en paralelo, está contenido o concretado una directiva? Y ello particularmente en la estela de la jurisprudencia *Mangold/Kücük-deveci*.

(18) Cit. n. 17.

En su respuesta a esta cuestión las conclusiones comienzan afirmando el carácter de «derecho» en el sentido del artículo 51, apartado 1, de la CDF, es decir, en su contraposición con los llamados «principios» en el sentido del mismo precepto. El derecho a las vacaciones anuales retribuidas serían un «derecho fundamental social» (19), «de manera que se puede excluir directamente su pertenencia a los “principios” mencionados en el artículo 51, apartado 1, de la Carta» (20). Y, como tal, no se verá afectado por la debilitada garantía prevista para estos últimos en el apartado 5 del artículo 52 CDF. El derecho del artículo 31 es, como se dice, una auténtica «exigencia individual» (21), un «derecho subjetivo», en suma (22).

Ahora bien, una vez proclamada inequívocamente la entidad del derecho a las vacaciones anuales, las conclusiones introducirán una puntualización fundamental, y es que este «derecho fundamental social» carece de eficacia frente a terceros. Las conclusiones, en efecto, apreciarán que el derecho a las vacaciones anuales no tiene eficacia frente a terceros, y ello no en virtud de una característica específica de este concreto derecho sino porque, como cuestión de principio, en el artículo 51.1 CDF los particulares no figuran entre los sujetos obligados al respeto y observación de los derechos. En efecto, cuando allí se declara que la Carta «se dirige» a los órganos e instituciones de la Unión y, condicionadamente, a los Estados miembros, la CDF estaría excluyendo, siempre según las conclusiones, que se dirija a los particulares. Se dice, literalmente, en este punto, que la CDF revela «una *deliberada* restricción del círculo de los destinatarios» (énfasis propio) (23).

Este enunciado de la CDF, siempre según las conclusiones, revelaría inmediatamente otro dato fundamental, y es que la CDF contiene, como necesaria consecuencia, una opción respecto del sistema de protección de los derechos fundamentales en estos supuestos de horizontalidad, literalmente, el reconocimiento a los particulares de «*un derecho subjetivo que consiste primordialmente en una obligación de protección a cargo de la Unión y de sus Estados miembros*» (24).

Con esto, las conclusiones, en lo que a la garantía de los derechos fundamentales en estas situaciones se refiere, *basculan* decididamente hacia la otra gran categoría dogmática en la materia, la del deber de protección (25). El modelo de la CDF, en lo que a *Drittwirkung* se refiere, habría hecho una determinada opción, a favor concretamente de la imposición de un deber de protección de los derechos fundamentales por parte y a cargo de los poderes públicos, los cuales devienen así los únicos efectiva y directamente obligados. Ello sería además coherente con el modelo seguido por el TEDH y demostraría «que no se precisa necesariamente una

(19) Punto 75.

(20) Punto 76.

(21) Punto 78.

(22) Punto 79.

(23) Punto 80. Y por supuesto no se trataba de una opinión aislada de la abogada general, como ella misma ilustra sobradamente (ver su nota 50). Interesante es también cómo la sentencia del Tribunal supremo danés, ya referida, recoge la escueta respuesta del gobierno danés en la comisión correspondiente del parlamento a la pregunta (n.º 290!), en relación con el Tratado de Lisboa, de si la CDF tendría «obligaciones legales para los particulares»: «No. La Carta se dirige a las instituciones y organismos de la Unión y a los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la unión: Consúltese el artículo 51.1 de la Carta».

(24) Punto 81.

(25) Particularmente importante en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por razones propias a éste, circunstancia que las conclusiones entienden que refuerza su argumento.

vinculación directa de los particulares a los derechos fundamentales... sino que basta que se pueda invocar una obligación de protección a cargo del legislador» (26). En fin, todo ello «hace que resulte superflua la vinculación de los particulares, pues («la dogmática de la obligación de protección») ya ofrece soluciones adecuadas para las cuestiones jurídicas que comúnmente se discuten en materia de eficacia frente a terceros» (27). Pero la conclusión es la misma, desde la perspectiva de la invocabilidad del derecho: más allá del reconocimiento del deber de protección por parte de los poderes públicos, no se altera la conclusión de que los derechos fundamentales «de la Carta» no son invocables en un litigio entre particulares (28).

Podría creerse que, con esto, la cuestión de la invocabilidad del derecho a las vacaciones anuales en un litigio entre particulares está definitivamente resuelto, en sentido negativo, en un litigio entre particulares. No es así en absoluto. Las conclusiones entienden que todavía habrá que explorar otras vías, y en particular la de los principios generales del Derecho de la Unión. Pues no debe olvidarse que el asunto *Domínguez* se sitúa en la estela de una jurisprudencia, ya se ha visto, que ha aplicado directamente un principio general como es la igualdad de trato en las relaciones laborales a un litigio entre particulares sin dar mayor relevancia a la consideración de que ello viene a equivaler, a efectos prácticos, a dar aplicación a la correspondiente directiva en una situación de horizontalidad: «*En resumen, procede declarar que, conforme a dicha jurisprudencia, no se puede descartar en principio la aplicabilidad directa de los derechos fundamentales, en forma de principios generales del Derecho, en las relaciones entre particulares*» (29).

La cuestión que llegados a este punto cabría plantear es la de si es si es posible alcanzar una conclusión distinta respecto de la *Drittwirkung* según que el derecho fundamental en cuestión sea visto como parte de la CDF o *sub specie* principio general del Derecho de la Unión. Las conclusiones, implícita pero claramente, lo consideran posible, y esto es algo que merece aunque sea un mínimo comentario. En efecto, esta tesis sólo parece sostenible si la CDF es concebida como plasmación concreta de una *iusfundamentalidad* subyacente y omnicompreensiva, asentada en los principios generales del Derecho de la Unión. De este modo, la CDF, lejos de cualquier pretensión de sustituir a los principios generales como sede de los derechos fundamentales, sería, valga la contradicción en los términos, esencialmente accidental. A partir de este planteamiento puede sin dificultad sostenerse que la CDF no se dirige a los particulares: Por la sencilla razón de que con ello no se prejuzga en modo alguno la cuestión de la eficacia horizontal última de los derechos fundamentales.

Llevaría muy lejos entrar realmente en este debate, que no es ni siquiera un debate derechos humanos vs. derechos fundamentales, debe advertirse. Baste en esta ocasión dejarlo apuntado. Lo que sí es claro es que, ante la ausencia de jurisprudencia respecto del carácter de principio general del Derecho de la Unión consistente en un derecho a vacaciones anuales, las conclusiones se consideran obligadas a indagar si cabe sostener esta tesis, sin duda en la huella de la proclamación jurisprudencial de esta condición para la interdicción de discriminación por razón de edad en las relaciones laborales.

(26) Punto 84.

(27) Punto 87.

(28) Punto 88.

(29) Punto 126.

Ahora bien, ¿cómo y a través de que procesos racionales es posible determinar que una determinada posición jurídica subjetiva posee la *naturalidad*, pues de eso se trata, de principio general del Derecho de la Unión susceptible de imponerse de forma autónoma y directa? Las conclusiones consideran que esto es algo que exige una argumentación *ad hoc*, en la determinación de cuyas pautas de análisis no cuenta con excesiva ayuda previa. Al final las conclusiones evitan mostrarse categóricas, en un sentido u otro, al respecto.

El problema termina resolviéndose señalando el carácter de derecho incompleto, necesitado de concreción normativa, la que sólo puede darle la directiva, cosa que no ocurriría en *Kücükdeveci*, donde presuntamente sólo se aplicaría el principio de no discriminación, sin necesidad de echar mano de la directiva. En suma, finalmente tampoco como principio general el derecho a las vacaciones anuales sería posible invocarlo en un litigio entre particulares. Pero todavía se puede intentar algo más.

En efecto, llegadas ya a esta fase final, las conclusiones se plantean todavía, por último, si no podría invocarse el derecho a las vacaciones anuales en la medida en que es concretado en la directiva. Las conclusiones no lo descartan, si bien desaconsejan dar este paso, por razones esencialmente de prudencia: Problemas de seguridad jurídica para los particulares, difuminación de la condición de las directivas como normas dirigidas esencialmente a los Estados miembros (30).

En fin: Que no será posible admitir la invocabilidad directa del derecho fundamental a las vacaciones anuales retribuidas, en unas relaciones entre particulares, por ninguna de las vías exploradas (31). Lo único que quedará a la Sra. Domínguez será exigir la responsabilidad del Estado miembro por infracción del Derecho de la Unión.

¿Qué hará el TJUE con estas particularmente documentadas y argumentadas conclusiones? Prácticamente nada. La Sentencia de 24 de enero de 2012 llegará al mismo resultado final: la inviabilidad, en este caso, de una aplicación horizontal del derecho a las vacaciones anuales, supuesto siempre que una interpretación conforme de ésta no resulte posible. Sólo que lo hará evitando los meandros por los que las conclusiones han transcurrido, reafirmando directamente la doctrina consolidada. Tres meses más tarde, el 16 de abril siguiente, entra en el TJUE la segunda de las referidas cuestiones prejudiciales de la *Cour de cassation* y con ello una nueva oportunidad para el tribunal de considerar su doctrina desde la perspectiva de otro derecho de la CDF: Es el ya anunciado asunto *AMS* (32).

III. SEGUNDO INTENTO DE RESPUESTA: LAS CONCLUSIONES EN *ASSOCIATION DE MÉDIATION SOCIALE*

Opuestas en varios sentidos son las conclusiones presentadas en este asunto como segundo intento de respuesta a la cuestión planteada por el abogado general en *Kücükdeveci*. Si hubiera que utilizar un símil para estas conclusiones, habría

(30) Punto 151.

(31) Punto 170.

(32) Cit. n. 12.

que asimilarlas a una verdadera carrera de obstáculos, sin que acaso falte quien las compare con un triple salto mortal. Sobre el papel se muestran con final feliz, aunque a efectos prácticos no terminen teniendo más éxito que las anteriormente comentadas.

Recordemos cómo *AMS* plantea también un problema de oponibilidad de un derecho también contenido en la CDF, esta vez el recogido en su artículo 27, el derecho a la información y consulta de los trabajadores en el seno de la empresa. Se trata de un derecho, como el anterior, con propia existencia también en una directiva, la Directiva 2002/14, cuyo artículo 3 fija el número de trabajadores a partir del cual es obligado contar con una representación de los trabajadores en el seno de la empresa. Como en el caso anterior, el contenido de este precepto había encontrado entrada en el Código francés del trabajo, a través de una disposición (L. 1111-3), que ya había sido objeto de censura por parte del TJUE. En efecto y como ya se ha adelantado, en la sentencia dictada en el asunto *Confédération générale du travail y otros* el TJUE declaró que la directiva no podía interpretarse en el sentido de que cupiera excluir, aunque sólo fuera de manera temporal, a una categoría de trabajadores como la constituida por aquéllos que no hubieran alcanzado una determinada edad. La cuestión venía ahora referida a otra categoría de trabajadores, también excluida por el Derecho nacional (33). Lo que ocurre es que, a diferencia de aquel asunto, ahora se trata de una eficacia horizontal.

Pasando ya a la descripción sucinta del contenido de las conclusiones en este asunto, conviene ante todo advertir que esta vez las preguntas de la *Cour de cassation* comienzan situando expresamente la cuestión en la CDF. Literalmente, la pregunta es si «es invocable en un litigio entre particulares el derecho fundamental relativo a la información y consulta de los trabajadores reconocido en el artículo 27 CDF, precisado por las disposiciones de la directiva 2002/14...» (34).

Las conclusiones comienzan entendiendo, en consecuencia, que esto equivale a preguntar, directamente y antes que otra cosa, por la eficacia de la CDF en las relaciones entre particulares. A su respuesta se dedican los puntos 28 a 41 (35) Dígase resumidamente que el abogado general se posiciona, sin decirlo expresamente, pero de forma no menos clara, frente a la tesis sostenida por parte de la doctrina y asumida en las conclusiones en *Dominguez*. Aquí no cabría razonar con arreglo al criterio *inclusio unius exclusio alterius*, es decir, con el argumento de que, puesto que la CDF declara que los derechos en ella recogidos *se dirigen* a los órganos e instituciones de la Unión y, condicionadamente, a los Estados miembros, la Carta *no* se dirige a los particulares. El sentido del artículo 51.1 CDF sería diferente, sin nada que ver con una toma de posición respecto de la *Drittwirkung*. Sencillamente, se trataría éste de un problema no abordado por la Carta. Como también se dice, «la idea de que los derechos fundamentales de la Carta distintos de las libertades fundamentales o del principio de igualdad pudieran tener un régimen distinto y, por así decir, de peor condición en el conjunto de la Carta, parece enormemente problemática» (36). En definitiva, si las libertades comunitarias fundamentales, que ahora están parcialmente en la CDF, al igual que diversas

(33) Los llamados contratos de trabajo «tutelados».

(34) Punto 41.

(35) «1. La Carta y su eficacia en las relaciones entre particulares.»

(36) Punto 34.

manifestaciones del principio de igualdad, han venido siendo invocables en las relaciones privadas, difícilmente podría decirse algo diferente respecto de otros contenidos sustantivos de la misma. La Carta no podría haberlos hecho «de peor condición». Ciertamente es que los derechos fundamentales se comportarían de manera muy desigual en lo que a esta problemática se refieren, pero la literalidad de un derecho llamado a ejercerse «en la empresa» sería bien expresiva a este respecto. A partir de aquí, y dicho sea de paso, es evidente que las conclusiones no necesitaban pronunciarse de forma general o particular sobre el «deber de protección», como tampoco respecto de la eventual naturaleza de este derecho como principio general del Derecho de la Unión.

Con ello, la segunda cuestión que las conclusiones estiman necesario abordar es la de la categoría a la que corresponde adscribir al derecho de información y consulta en la dicotomía introducida por el artículo 51 de la Carta, por una parte, «derechos» y, por otra, «principios». Aquí también se van a distanciar estas conclusiones de las presentadas en *Dominguez*. La tesis será ahora la que sostenga la condición de «principio», en el sentido de la dicotomía del artículo 51, del derecho a la información y consulta, con las consecuencias especificadas en el apartado 5 del artículo 52.

No es posible entrar en esta ocasión en el detalle de un extremo de estas conclusiones que ha sido suficientemente comentado (37). Base ahora remitir a la advertencia que en ellas se hace acerca del limitado alcance de la adscripción de un determinado contenido de la CDF al grupo de los «principios», en el sentido de que no prejuzga su condición de «derecho fundamental» en el sentido de la propia Carta, en la que todos sus contenidos son «fundamentales» (38).

El propio enunciado del derecho a la información y consulta en la empresa, en su falta de ambición, invitaría ya a su adscripción como principio: «en los casos y condiciones previstos en el Derecho de la Unión y en las legislaciones y prácticas nacionales». Cabría entender que un enunciado de este tipo equivale a privar a este derecho de todo contenido constitucionalmente garantizado. Pero este entendimiento sería contrario a la concepción misma de la Carta. Más sentido tendría un planteamiento consistente en entender que esa completa regulación por remisión implicaba un determinado grado de recepción con eficacia *constitucional* de la misma, con la posibilidad consiguiente de un determinado grado de garantía del contenido del derecho.

Esta estructura del derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa, tal como resulta del enunciado del artículo 27 CDF, permitía al mismo tiempo revelar el sentido más profundo del apartado 5 del artículo 52 CDF, relativo a la garantía, hasta cierto punto debilitada, de los «principios» en el sentido de la apuntada dicotomía. El llamamiento allí contenido a «actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones...de la Unión y por los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión» por medio de los cuales podrían aplicarse «los principios» parecía dar la clave de la eficacia de derechos formulados por la Carta en los términos de, por ejemplo, el derecho a la información y consulta.

(37) D. Gudmundsdóttir, «A renewed emphasis on the Charter's distinction between rights and principles: is a doctrine of judicial restraint more appropriate?», *CMLR* 52 (2015), 685-719.

(38) Punto 44.

Con esta intención, la construcción de las conclusiones se articulaba en dos pasos, arriesgado sin duda cada uno de ellos. El primero consistía en la identificación o aislamiento de normas del Derecho derivado, en este caso una directiva, que, en la expresión literal de las conclusiones, varias veces repetida, dan «concreción esencial e inmediata» al derecho en cuestión. Las disposiciones de Derecho derivado que pudieran ostentar esta característica serían siempre claramente reducidas en número (39) Así, el artículo 3 de la Directiva constituiría un ejemplo paradigmático de este tipo de disposiciones, al especificar a partir de qué número de trabajadores resulta preceptivo articular la representación de los trabajadores en la empresa (40).

El segundo paso consistía en proponer la tesis de que estas normas «de concreción esencial e inmediata» del derecho se prestaban y debían servir de parámetro o canon de enjuiciamiento de los actos dictados en aplicación del principio, en el sentido del apartado 5 del artículo 52. A este respecto, el inciso segundo del apartado contenía adicionales dificultades interpretativas que igualmente intentan despejarse (41).

Ya por último, era necesario superar el obstáculo, dejado para el final, representado por la circunstancia de que la repetida disposición que concretaba esencial e inmediatamente el derecho se hallaba inserta en una directiva, con las conocidas restricciones de su invocabilidad en las relaciones entre particulares. Las conclusiones proponen superar este último escollo a partir de una comprensión muy estricta de las disposiciones que podrían tener el referido carácter, con la referida virtualidad de operar como canon o parámetro. En fin, si hubiera lugar a indemnizar a alguien, ese sería el empleador (42).

El resultado de todo esto debía ser que un precepto como el artículo 3 de la Directiva 2002/14, en cuanto *inyectado* en el núcleo del derecho fundamental, podría ser opuesto con éxito por el sindicato frente a la pretensión del empleador, la Association de médiation sociale, de que dicho sindicato anulase el nombramiento efectuado de un representante de los trabajadores en dicha asociación.

A los efectos del asunto *AMS* poco terminó importando todo esto. En su sentencia de 15 de enero de 2014 el TJUE volvió a repetir el esquema tradicional, como si la directiva en cuestión no estuviera dando efectividad a un derecho de la CDF, como si fuera un asunto más de límites a la invocabilidad de las directivas en las relaciones jurídico-privadas: Si el fundamento de la pretensión del sindicato se encontraba inmediatamente en la directiva, y no en la Carta, la doctrina de los límites a la invocabilidad de éstas en los litigios entre particulares debía aplicarse plenamente.

¿Es esto decir que todo el esfuerzo explicativo contenido en las conclusiones quedó ignorado por completo? No del todo. Hay que fijarse en la explicación que da el TJUE, hacia el final de la Sentencia (43), para no proceder en este caso en los mismos términos que lo hizo en *Küçükdeveci*: ... *las circunstancias del proceso a*

(39) Punto 76.

(40) Art. 3.1: «La presente Directiva será de aplicación, a elección de los Estados miembros: a) a las empresas que empleen al menos 50 trabajadores; o b) a los centros de trabajo que empleen en un Estado miembro al menos a 20 trabajadores.»

(41) Puntos 69 y 70.

(42) Punto 79.

(43) Punto 27.

quo son diferentes a las que dieron lugar a la sentencia Küçükdeveci, anteriormente citada, toda vez que el principio de no discriminación en razón de la edad, que era el concernido en dicho asunto, y que se encuentra consagrado en el artículo 21, apartado 1, de la Carta, se basta a sí mismo para conferir a los particulares un derecho subjetivo invocable por sí mismo».

De esta declaración conviene destacar tres ideas: Primero, la reconducción del principio de no discriminación por razón de edad, considerado en *Küçükdeveci*, directamente a la CDF, concretamente a la que es su sede, el artículo 21, apartado 1, sin alusión a los principios generales.

Segundo, la apreciación de principio, implícita pero clara, de que los contenidos sustantivos de la CDF gozan de eficacia en las relaciones entre particulares, siendo por tanto «invocables» en dicho marco: No se dice literalmente así, se dice que el artículo es suficiente para conferir un derecho subjetivo invocable por sí mismo», pero sólo puede ser entendido en un sentido comprensivo de las relaciones jurídico-privadas (44).

Tercero, que la única condición aparente para que se alcance ese resultado es que el enunciado de ese derecho o principio «se baste a sí mismo» para dicha finalidad, es decir, sin que haya necesidad de incorporar contenido alguno del derecho o principio extraído de una norma diferente a la CDF. Esta es la razón por la cual el derecho a la información y consulta que se opone a la demanda de AMS no es invocable *inter privatos*, porque es un derecho que, tal como está redactado en la Carta, necesita ineludiblemente ser especificado en otro lugar, lo que es tanto como decir que *no* «se basta a sí mismo» para imponerse en las relaciones horizontales: A diferencia de lo que ocurre con la prohibición de discriminación por razón de edad, parece implicarse. En este sentido, el pronunciamiento supone un rechazo patente de la propuesta contenida en las conclusiones de la categoría de las disposiciones que dan «concreción esencial e inmediata» al derecho.

En todo caso y a partir de lo anterior, habría que entender *a contrario sensu* que cada vez que la CDF contiene un derecho o principio que, en los términos de AMS, «se basta a sí mismo», dicho derecho o principio gozará de eficacia en las relaciones entre particulares, sin interferencias originadas en directiva alguna. Y esto no se ceñirá a los supuestos de las discriminaciones ahora vedadas por los artículos 21 y 23 CDF. Cabe poner otros ejemplos. Por ejemplo, el del artículo 32 CDF. Cuando su primer párrafo dispone que «(s)e prohíbe el trabajo infantil» con el añadido de que «la edad mínima de admisión al trabajo no podrá ser inferior a la edad en que concluye el periodo de escolaridad obligatoria», parece claro que se trata de un precepto que, igualmente y en su grado de especificación, «se basta a sí mismo» para ser invocado en las relaciones privadas. Particularmente teniendo en cuenta que la fijación de ese periodo de escolaridad obligatoria no es competencia de la Unión.

Cosa distinta es que el TJUE, con posterioridad, se haya sentido satisfecho con el párrafo en cuestión. En concreto, en el punto 36 de la Sentencia que será objeto del siguiente apartado, *Dansk Industri*, se reitera el contenido del punto 47 de AMS, si bien con matices que pueden ser significativos. «... se desprende del apartado 47 de la sentencia *Association de médiation sociale*... que el principio de no discriminación por razón de edad confiere a los particulares un derecho subjetivo invo-

(44) N. Cariat, cit. n. 4, 305 *passim*, subraya particularmente este extremo, para quien aquí se contiene un reconocimiento indubitado de la *Dritwirkung*.

cable como tal que –aun en los litigios entre particulares– obliga a los órganos jurisdiccionales a abstenerse de aplicar las normas nacionales incompatibles con dicho precepto».

Con ello desaparecen dos precisiones del apartado 47 de AMS: Por una parte, el inciso «y que se encuentra consagrado en el artículo 21, apartado 1, de la Carta». ¿Es eso decir que la excepcional invocabilidad del principio de no discriminación por razón de edad en los litigios entre particulares puede seguir haciendo abstracción de su consagración en la CDF? Por otra parte, desaparece la referida condición expresa de que, a efectos de superar la constrictión propia de las directivas, el derecho «se baste a sí mismo», ¿debe considerarse esta supresión expresiva de la problematicidad de este argumento? En todo caso, de este modo el punto 47 de AMS parece ser haber sido aquí objeto de regreso a posiciones más tradicionales. Podemos dejar esto aquí, para pasar a ocuparse por fin del asunto que da lugar a la sentencia últimamente citada, *Dansk Industri*. En efecto, unos meses más tarde de la sentencia dictada en AMS tiene entrada en el TJUE la cuestión prejudicial que dará lugar a la sentencia que cerrará este relato.

IV. **DANSK INDUSTRI: LA CONFIRMACIÓN DE LAS APRENSIONES DEL ABOGADO GENERAL EN KÜCÜKDEVECI.**

Directamente, *Dansk Industri* (45) tiene poco que ver con la específica incidencia de la Carta en la problemática de la eficacia horizontal de los derechos. Pero se sitúa inequívocamente en la línea jurisprudencial iniciada en *Mangold*, que dio lugar al llamamiento desatendido del abogado general Yves Bot en *Küçükdeveci*, situado al inicio de estas páginas. En este sentido el asunto tiene clara relevancia para la cuestión planteada desde el inicio.

El asunto *Dansk Industri* tiene una serie de características que deben resultar ya familiares para quien todavía no se haya cansado de este relato: De nuevo se trata del principio general, ya plasmado en la CDF, de prohibición de discriminación por razón de edad, con la conocida concreción en la Directiva 2000/78; de nuevo se trata de un problema de compatibilidad de la legislación nacional con el Derecho de la Unión ya resuelto en cuanto al fondo, en sentido negativo, por una jurisprudencia anterior (46), si bien como antes en un contexto *vertical* que permite sin dificultad la aplicación directa de la directiva con desplazamiento de la legislación nacional de signo opuesto (47); de nuevo se trata de qué hacer, en unas circunstancias en las que la vía de escape del mandato de interpretación conforme parece cegada; de nuevo se trata de confirmar el privilegio, si se me permite hablar así, del principio general de prohibición de discriminación por razón de edad; de nuevo se confiará el asunto a la Gran Sala; de nuevo, por fin, se confiarán las conclusiones al abogado general Bot.

(45) C-441/14, de 19 de abril de 2016.

(46) *Ingeniorforeningen i Danmark* (C-499/08), de 19 de abril de 2015.

(47) Como había advertido la abogada general Kokott en el comienzo mismo de las conclusiones en este asunto.

Sólo que ahora es el Tribunal Supremo de Dinamarca, guardián a la vez de la constitucionalidad, quien, con fecha de 24 de septiembre de 2014, plantea la cuestión prejudicial y, sobre todo, lo hace sometiendo a la consideración del Tribunal de Justicia una cuestión ciertamente de peso: Hasta qué punto no habría que someter la doctrina que nos ocupa a un cuidadoso ejercicio de ponderación con otros derechos y valores básicos del orden jurídico de la Unión, en concreto los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima. Al hilo de esto, el tribunal pregunta si la posibilidad de que el trabajador sea indemnizado como consecuencia del incumplimiento del Estado podría tener incidencia en la resolución del caso.

La cuestión, de entre las planteadas, que a nuestros efectos sobre todo importa es sencillamente ésta, la de si el Derecho de la Unión, en nombre de esta prohibición de discriminación, permite obligar a un particular a abonar una indemnización por despido allí donde la ley nacional aplicable le dice nítidamente que tal obligación no tiene. Y ya advierte de que, en este caso, una interpretación conforme de la disposición nacional resulta imposible.

Las conclusiones del abogado general, de 25 de noviembre de 2015, son de nuevo muy dignas de consideración. Y lo son esta vez por cuanto invitan al TJUE a buscar una vía alternativa a la confirmación del trato excepcional de la prohibición de discriminación por razón de edad, reconduciendo la respuesta hacia la doctrina general, y mejor aceptada, del mandato de interpretación conforme con el límite de la interpretación *contra legem*.

El punto de partida de su argumentación es la apreciación de que la vía normal en este contexto litigioso es la general de la interpretación conforme del derecho nacional como medio ordinario dirigido a mantener en toda la medida de lo posible la negativa a reconocer eficacia horizontal a las directivas (48), antes de dar paso a la aplicación directa del principio general, que cabe intuir que el abogado general sigue sin compartir del todo (49). Otorgar excepcionalmente esta eficacia en el caso de la no discriminación por razón de edad debe tener los caracteres de *ultima ratio*: Sólo cuando se hayan agotado todas las posibilidades de la interpretación conforme. Y ello además con una comprensión por así decir extrema de lo que constituya interpretación *contra legem*.

El problema es que esta vía alternativa, como cabe ya se intuye, también tiene indudables riesgos, que no permiten imaginar una reacción posterior del juez nacional más receptiva que la que al final se ha producido. En efecto, este planteamiento lleva al abogado general a proponer al TJUE, prácticamente, «entrar en tromba» en la interpretación que cabe dar a la disposición nacional para hacerla compatible con la directiva (50). Por una parte, señala cómo el Tribunal Supremo danés puede hacer una determinada interpretación de los términos literales de la disposición en cuestión que permitiría seguir aplicándola, aunque interpretada. Por otra parte, propone, como se ha dicho, una interpretación drástica de lo que debe considerarse interpretación *contra legem*: sólo allí donde la literalidad de la dispo-

(48) Punto 66: «el instrumento mejor adaptado para resolver el conflicto entre ese Derecho y el Derecho de la Unión».

(49) Punto 47.

(50) Puntos 58 a 65.

sición en cuestión entre en irreconciliable conflicto con la norma llamada a respetar cabría renunciar a este remedio (51).

En su sentencia de 19 de abril de 2016 el TJUE no sigue este planteamiento alternativo, aceptando dar respuesta, si bien de manera escueta, a las preguntas del Tribunal Supremo, en los términos en los que se le someten. En resumen, el TJUE declara que «debe ponerse de relieve que ese órgano jurisdiccional no puede basarse en dicho principio (de protección de la confianza legítima) para seguir aplicando una regla de Derecho nacional contraria al principio general de no discriminación por razón de edad, tal como lo concreta la Directiva 2000/78» (52). La razón que da para ello es que tal cosa «terminaría limitando los efectos *temporales* de la interpretación adoptada por el Tribunal de Justicia» (53). Por lo que hace a la pregunta de si la posibilidad del trabajador de ser indemnizado no podría inclinar la balanza en el sentido de no dejar sin aplicación la norma nacional en un litigio entre particulares (54), la respuesta del TJUE es que, con independencia de que tal posibilidad sin lugar a dudas siempre exista para unos y para otros, ello no puede alterar la conclusión, para en su lugar hacer prevalecer la protección de la confianza del particular (55), en este caso del empresario.

En conclusión, el tenor de la sentencia indica que «(n)í los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima, ni la posibilidad de que el particular que se considere lesionado por la aplicación de una norma nacional contraria al Derecho de la Unión reclame la responsabilidad del Estado miembro de que se trate por infracción del Derecho de la Unión pueden hacer que se cuestione dicha obligación (de dejar inaplicada la disposición nacional en un litigio entre particulares)».

Hasta aquí la respuesta del TJUE a la cuestión prejudicial del Tribunal Supremo danés, una respuesta que revela la firme determinación de mantener incólume su jurisprudencia relativa a la prohibición de discriminación por razón de edad en las relaciones entre particulares.

El tercer y hasta ahora último episodio de este litigio es la muy sonada, por preocupante, sentencia del Tribunal Supremo danés del pasado 6 de diciembre de 2016 (56). En ella, el citado tribunal, pura y simplemente, declara a la anterior resolución del Tribunal de Justicia como contraria al Tratado de Adhesión de Dinamarca a la Unión Europea (57). La sentencia, dictada en una composición de nueve

(51) Punto 68.

(52) Punto 38.

(53) Punto 39. Énfasis añadido. La precisión de los efectos temporales trae causa de la invocación por el Tribunal supremo de la circunstancia añadida de que los hechos son anteriores a la citada sentencia *Ingeniorforeningen i Danmark*.

(54) De hecho es lo que se había hecho expreso en el tenor de *Domínguez* y en el apartado 50 de *AMS*.

(55) Apartado 42, con invocación de *Franovich* (C-6/90 y C-9/90), *Brasserie du Pêcheur* y *Factortame* (C-46/93 y C-48/93).

(56) Cit. n. 9.

(57) Por citar un par de pasajes entre los más relevantes (en traducción de quien suscribe) «... Una situación como ésta, en la que un principio situado a nivel del Tratado debe tener en el Derecho de la Unión efecto directo (creando así obligaciones) con efecto de primacía sobre el Derecho danés en un litigio entre particulares, sin que tal principio tenga base alguna en una específica provisión del Tratado, no es algo previsto en la Ley de acceso... Además, en su sentencia en *Mangoldt* el Tribunal de Justicia no se había pronunciado acerca de si los principios de seguridad jurídica y de

magistrados, tiene un solo voto particular (58). Interesante a nuestros efectos, es que el tribunal danés cita por entero el punto 77 de las conclusiones del abogado general Bot en *Kücükdeveci*, ya aludido (59), así como las de la abogada general Trstenjak en *Dominguez* (no así las presentadas en *AMS*). Pero, evidentemente, esto no es lo fundamental.

Lo fundamental y lo preocupante, cabe insistir, es la comprobación de una nueva ocasión en la que el tribunal supremo de un Estado miembro se considera desligado de una decisión del TJUE dada en respuesta a una cuestión prejudicial, que en este caso es él mismo quien la ha suscitado (60). Es preocupante también que el tribunal nacional, salvo error, no haya procedido con arreglo al «protocolo K», por llamarlo así: quiere decirse, con arreglo a las pautas que, para circunstancias de este tipo, tiene enunciadas el Tribunal de Karlsruhe (61).

Dicho todo esto, es claro que la cuestión suscitada por el Tribunal Supremo de Dinamarca tiene una enjundia, y una dificultad, que no debió pasar desapercibida en el TJUE. La respuesta que la cuestión recibe, en su laconismo, podría ser entendida en el sentido de que el Tribunal ya tuvo todo esto en cuenta desde que comenzó a emitir esta jurisprudencia. O bien en el sentido de que la posibilidad de que el empleador, ahora, con arreglo a la jurisprudencia *Franovich* obtenga una indemnización por parte del Estado incumplidor, como consecuencia de la obligación que, en virtud de esta jurisprudencia, se le impone supone una compensación suficiente desde la perspectiva de los principios invocados. Pero, si ello es así, la sentencia no lo hace expreso.

V. CONSIDERACIONES FINALES

El episodio que se ha intentado narrar ha debido mostrar una característica esencial de la CDF, que, en particular, permite dar una primera respuesta a la cuestión con la que se daba comienzo a estas páginas, la del eventual *plusvalor* de la Carta:

protección de la confianza legítima podrían, en según qué circunstancias, podrían permitir que el principio de prohibición de discriminación por razón de edad se impusiera a la legislación nacional aplicable en un litigio entre particulares... En suma, declaramos en consecuencia que la Ley de acceso a la UE no es fundamento legal para reconocer primacía al principio de prohibición de discriminación por motivos de edad por encima del párrafo 2.^o(3) de la Ley de contratos laborales en la medida en que esta disposición sea contraria a la referida prohibición... El Tribunal Supremo estaría actuando fuera del ámbito de los poderes que tiene conferidos como autoridad judicial si dejara sin aplicación dicha disposición en las circunstancias del presente caso».

(58) De la magistrada Jytte Scharling: «Considero que no cabe hablar de una situación tan extraordinaria que permita mantener con la requerida certeza que la aplicación de un principio general del Derecho de la Unión por razón de edad en el ámbito laboral excede de la competencia jurisdiccional conferida al Tribunal de Justicia por la Ley de acceso (del Reino de Dinamarca a la UE)».

(59) Cit. n. 11.

(60) Circunstancia que, al menos, no se daba en el asunto *Maria Landtovà* (C-399/09).

(61) Enunciado en la Sentencia *Honeywell* (BVerfGE 126, 286, 303 s.) e inaugurado con ocasión del planteamiento, por auto de 14 de enero de 2014, de la cuestión prejudicial en el asunto OMT (C-62/14). En similares términos parece estar planteada la cuestión prejudicial del Tribunal constitucional italiano, en su auto 24/2017, en el pendiente asunto *Taricco*. Cfr. D. Paris, Carrot and Stick. The Italian Constitutional Court's Preliminary Reference in the Case *Taricco*, *QIL* 37 (2017) 5-20, 6; G. Ruge, *Bundesverfassungsgericht e Corte di giustizia dell'UE: quale futuro per il dialogo sul rispetto dell'identità nazionale?*, *Il Diritto Europeo*, 4 (2016), 789-812, 807 ss.

La CDF, en efecto, es, antes que cualquier otra cosa, *sistema*. Allí donde, con anterioridad a ella, los derechos fundamentales, como en el Génesis, fluctuaban en un espacio impreciso en el que la jurisprudencia, con limitadas reservas, reinaba soberana, la Carta ha venido a separar el día de la noche, los cielos de la tierra, introduciendo un orden en los mismos y, en definitiva, un sistema: Esto no es singular en la Carta como documento de declaración de derechos y libertades, pero esta vez ello ocurre con todas las peculiaridades que caracterizan al espacio legal europeo.

La Carta *disciplina*, pues, este decisivo capítulo del Derecho de la Unión, en el sentido de que le confiere una estructura y una lógica interna. Por tanto, no es simplemente que la CDF *codifique*, o incluso que de *expresión verbal* a cada uno de los derechos, lo que no es poco. En virtud de la Carta, y más allá de todas sus admitidas deficiencias, los derechos fundamentales aparecen integrados en un conjunto que se quiere coherente. Ello es compatible con su condición alejada de toda idea de normación cerrada en sí misma, *autorreferencial*. Por el contrario, la técnica de la remisión a otros horizontes iusfundamentales, añade un factor adicional de complejidad a la hora de entender la Carta, pero a fin de cuentas no es sino otra característica de este, si se quiere, particular modelo.

Mirando atrás, cabe ver las conclusiones en *AMS* como deudoras de esta convicción: El sistema de la Carta impulsa a enlazar la eficacia horizontal de sus derechos sociales con la dicotomía derechos/principios y a su vez con la diferenciada garantía de unos y otros. Ello es tanto como decir que con la CDF la interpretación sistemática refuerza necesariamente su protagonismo, que aparece como algo prácticamente impuesto. Y a su vez implica que la CDF debe ser capaz de mostrar una posición coherente en materia de *horizontalidad*, lo que es tanto como decir que, en ausencia de proclamaciones expresas, la Carta está postulando una dogmática articulada, tanto en términos generales como en la materia ahora concernida.

Dicho de otra manera, la llegada de la Carta supone incorpora un *mandato de sistema*, también en este punto. Y es que la CDF dificulta extraordinariamente la contemplación aislada del caso de la prohibición discriminación por razón de edad. El punto 90 de las conclusiones en *Kücükdeveci* lo ponen nítidamente de manifiesto. Sin la CDF acaso esta singularidad hubiera quedado mucho menos de manifiesto (62).

De manera más general, se puede decir que la Carta *libera* a los derechos fundamentales de su condición de «principios generales del Derecho de la Unión». Expresada así, esta tesis puede acaso suscitar perplejidad. Pero no parece discutible que, con la CDF, los derechos fundamentales dejan de serlo, es decir, fundamentales, *porque* son principios generales del Derecho de la Unión, o *porque* han sido extraídos, sea del Convenio Europeo de Derecho Humanos, sea de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros. Por más que, ciertamente, se de esta coincidencia. Por decirlo directamente, y más allá de postulados de otra naturaleza, los derechos fundamentales de la Unión lo son, ante todo y en primer lugar, *porque* así lo quiere el Tratado UE, asumiendo la proclamación conjunta de la Carta realizada en su día por los órganos de la Unión.

(62) Al cabo de cuatro años, la seguridad con la que el punto 78 de las conclusiones en *AMS* se manifestaban respecto de la consolidación y delimitación «con el paso del tiempo» de la justiciabilidad de los «principios» de la Carta, se antoja por desgracia optimista en exceso.

A partir de lo anterior se hace posible una dogmática dotada de superior autonomía por lo que a los derechos fundamentales se refiere, una dogmática que, simplificada pero sin dificultad, puede calificarse de constitucional y en la que entra con mucha mayor naturalidad la problemática de la *Drittwirkung*. Dicho de otro modo, el discurso de la *iusfundamentalidad* se desliza mucho más fácilmente hacia lo constitucional, con todas las exigencias y las oportunidades que ello implica.

Mangoldt y todo lo que vino después, más lo que pudiendo venir no lo hizo, plantean el formidable problema de si las restricciones consustanciales a la invocabilidad horizontal de las directivas pueden, llegado el caso, levantarse en función de consideraciones superiores, como es la afirmación de los derechos fundamentales, cualquiera que sea su asiento.

La cuestión prejudicial del Tribunal Supremo danés en *Danski Industri* contenía una invitación a incorporar, también en esta jurisprudencia, la ponderación entre derechos y principios constitucionales básicos. Visto con la ventaja de la retrospectiva, esta invitación lo era en cierto modo a proseguir un camino ya iniciado: después de todo, en la opción por la eficacia directa de un determinado derecho fundamental más allá de los condicionantes de una directiva, que no dejaba de estar presente, subyacía un evidente ejercicio de ponderación. Todo lo cual no supone endorso alguno a la reacción de este tribunal en su sentencia *de vuelta*. Por lo demás, los asuntos que se han comentado ponen de manifiesto cómo la introducción de un ejercicio de ponderación, plus proporcionalidad, hubieran podido enriquecer el debate, añadiendo algún argumento complementario en un sentido u otro.

Por último: La Carta no puede dar una respuesta única a la cuestión de la eficacia horizontal, apenas hace falta decirlo: Esta es una cuestión que no sólo debe recibir respuestas diferentes, incluso radicalmente diferentes, derecho por derecho. Incluso dentro y respecto de cada derecho las respuestas han de ser diferentes. El casuismo se impone, en cierto modo como parte del código genético de la *Drittwirkung*. Y con ello, inevitablemente, los ejercicios de ponderación y de proporcionalidad. Por eso mismo, lo que sí pide la Carta es que sus operadores proporcionen, o *comuniquen* en el sentido fuerte de la expresión, los criterios con base en los cuales, y en qué circunstancias, se le puede exigir a un particular que se guíe y se oriente directamente por los mandatos de unos derechos fundamentales dotados de una primacía no cuestionable.