

EL EFECTO HORIZONTAL DE LAS LIBERTADES DE CIRCULACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

Daniel SARMIENTO*

Resumen

Las libertades de circulación de la Unión Europea son prerrogativas de los particulares frente al poder público estatal, dirigidas a impedir el fraccionamiento del mercado interior. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha admitido la posibilidad de invocar las libertades frente a particulares en casos muy específicos, pero cada vez más extensos.

Asimismo, las normas de competencia han sido interpretadas de modo que admiten supuestos en los que el poder público queda sujeto al Derecho anti-trust. Esta tendencia inversa, reveladora de la maleabilidad de las normas de la Constitución Económica Europea, son objeto de estudio en este artículo.

Palabras clave

Libre circulación, mercado interior, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, competencia, efecto horizontal, derechos fundamentales

Abstract

The rules on free movement of the European Union are prerogatives in the hand of individuals vis-à-vis national public authorities, with the aim to preclude the fragmentation of the internal market. However, the case-law of the Court of Justice has admitted the possibility of invoking free movement rules against private parties in specific cases that are, however, growingly frequent. Likewise, the rules on competition have been interpreted in such a way that they can be put public authorities subject to anti-trust law. This inverse tendency, revealing of the maleable nature of the rules of the European Economic Constitution, is the subject of the present article.

* Universidad Complutense de Madrid/Uría Menéndez.

Key words

Free movement, internal market, Court of Justice of the European Union, competition, horizontal effect, fundamental rights

SUMARIO: I. Estructura normativa de las libertades y consecuencias sobre la horizontalidad; II. El efecto horizontal y las libertades: 1. El origen de la categoría del efecto horizontal: Defrenne II; 2. La doctrina de las «situaciones equivalentes» y su evolución; 3. La sentencia Angonese y el reconocimiento de una horizontalidad estricta, pero matizada, de las libertades; 4. Otros desarrollos de la horizontalidad de las libertades; III. El reverso de la aplicación horizontal de las libertades: la estatalización del derecho de la competencia: 1. Derechos exclusivos y derechos especiales; 2. La empresa pública y las empresas privadas beneficiarias de los derechos; 3. La obligación que se deriva del artículo 106.1 TFUE; IV. Libertades de circulación y derechos fundamentales; V. Conclusión.

LAS libertades de circulación son una parte fundamental de las reglas que rigen el mercado interior europeo. Su desarrollo jurisprudencial y legislativo constituyen uno de los procesos más relevantes de integración a través del Derecho, tanto en Europa como en el mundo. El éxito de esta construcción reside, entre otras razones, en la interpretación expansiva que ha hecho de las libertades el Tribunal de Justicia. Esta lectura amplia ha permitido que las libertades se proyecten sobre una amplísima gama de actuaciones de los Estados miembros con finalidad o consecuencias proteccionistas. Uno de los extremos que ha permitido expandir las libertades más allá de su territorio originario es el llamado «efecto horizontal», el cual permite aplicar las libertades a las relaciones entre particulares. Como se mostrará en este trabajo, el efecto horizontal de las libertades es un desarrollo jurisprudencial aún en construcción y expuesto a diversos problemas conceptuales, normativos y prácticos.

I. ESTRUCTURA NORMATIVA DE LAS LIBERTADES Y CONSECUENCIAS SOBRE LA HORIZONTALIDAD

Las libertades de circulación se encuentran recogidas en el Título II de la Segunda Parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Forman parte del reducido club de normas de Derecho originario que no han recibido modificación alguna desde la adopción del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero. En su definición actual, las libertades de circulación afectan al tráfico de mercancías, al movimiento de trabajadores y de capital, y a la prestación de servicios y el establecimiento de empresas. A las cinco libertades clásicas se sumó en

1992 la libre circulación de personas, dirigida a garantizar el flujo irrestricto de personas físicas que no realizan actividades económicas (1).

Para comprender mejor la problemática del efecto horizontal de las libertades, es necesario detenerse previamente en la estructura normativa de estas prerrogativas.

En efecto, las libertades tienen una estructura muy similar a la de los derechos fundamentales, pues son norma dirigidas exclusivamente a los Estados miembros (2). Por tanto, la obligación de adoptar medidas restrictivas de la libre circulación tiene como destinatario a los Estados miembros, en todas sus manifestaciones y personificaciones: legislador, administración, gobierno central, regional, local, sociedades públicas y cualesquiera otras entidades a través de las cuales se exterioriza la acción del poder público estatal. Esta construcción es coherente con la finalidad de las libertades, pues el objetivo de estas normas es impedir la aparición de barreras territoriales que dificulten la circulación de los factores de producción en el mercado interior. Los sospechosos habituales de erigir dichas barreras son los Estados miembros. Por tanto, no es de extrañar que las libertades vayan dirigidas a ellos.

El lector es también consciente de que las barreras a la libre circulación no son únicamente obra del poder público, pues los particulares y, en particular, las empresas, pueden ser igualmente responsables de erigir obstáculos territoriales mediante acuerdos exclusivos de distribución o acuerdos de reparto de mercados. Sin embargo, para este tipo de conductas nocivas para el mercado interior, la normativa relevante no son las libertades de circulación, sino las normas de competencia, contempladas en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (3). Estas disposiciones prohíben la concertación entre empresas, sea para fijar precios o repartir mercados, así como el abuso de posiciones de dominio en el mercado. Estas conductas empresariales son nocivas para el mercado interior, en la medida en que falsean el normal funcionamiento de aquél y contribuyen a erigir barreras artificiales que en ocasiones pueden ser equivalentes o incluso más destructivas que las adoptadas por el poder público estatal.

Las libertades de circulación no son normas absolutas, pero su modulación en la resolución del caso concreto se rige por unas normas particularmente estrictas y expresamente contempladas en los Tratados. Por tanto, una práctica restrictiva de la libre circulación puede ser compatible con ésta, si se trata de una medida justificada por alguno de los motivos enumerados en los Tratados (orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial) (4). Además, para que una medida esté justificada sobre la base de uno de los motivos que se acaban de enumerar, debe resultar proporcionada a los objetivos que persigue (5). Por tanto, la compatibilidad de una restricción queda limitada a una serie

(1) BARNARD, C., *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford University Press, 2010, pp. 223 y ss.

(2) BAQUERO CRUZ, J., *Entre competencia y libre circulación. El Derecho constitucional económico de la Comunidad Europea*, Civitas, p. 161.

(3) MONTI, G., *EC Competition Law*, Cambridge University Press, pp. 89 y ss.

(4) Arts. 36, 45.3, 52 y 62 TFUE.

(5) Por todas, véase la sentencia dictada en el asunto Gouda (C-288/89, EU:C:1991:323), apartado 15.

de materias y a una determinada intensidad de la medida. En la práctica, los asuntos de libre circulación no se disputan tanto en el nivel de la restricción, como en el de las justificaciones y la proporcionalidad de la medida recurrida, donde suelen concentrarse la mayoría de las discusiones sobre la cuestión (6).

Las normas de libre circulación disponen de efecto directo y, por tanto, pueden ser invocadas por los particulares en litigios contra el Estado. El efecto directo es una característica del Derecho de la Unión, pero no de la totalidad de sus normas. Sin embargo, desde un momento muy temprano el Tribunal de Justicia atribuyó a las libertades la cualidad del efecto directo, al destacar su carácter incondicional, claro y preciso. Además, al tratarse de normas dirigidas a los Estados, el efecto directo se despliega sobre estos destinatarios, los Estados, de modo que el particular que pretenda invocar una libertad ante los tribunales, deberá hacerlo en un litigio contra el Estado.

Las libertades de circulación pueden ser objeto de desarrollo normativo. De hecho, algunos de los preceptos del Tratado que rigen las libertades se remiten expresamente al Derecho derivado para explicar el contenido de algún aspecto específico de una libertad [véase, por ejemplo, el caso del transporte (7)]. Esta práctica no constituye la regla general para todas las libertades, pero los casos de desarrollo normativo son frecuentes en algunos sectores, como el Derecho de sociedades (8) o el régimen de la seguridad social (9). Incluso existe un supuesto, el de la libre prestación de servicios, que ha sido objeto de armonización general por un acto de Derecho derivado, la llamada «Directiva servicios» (10). Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando el legislador desarrolla una libertad mediante un acto de Derecho derivado, los tribunales deben dar prioridad en la aplicación al acto de desarrollo (11). Por tanto, en un conflicto donde se invoca una libertad de circulación y su Reglamento de desarrollo, la norma aplicable será esta última.

Todos los rasgos recién expuestos ofrecen el trasfondo necesario para explicar las dificultades y los retos que supone el llamado «efecto horizontal» de las libertades de circulación. Al tratarse de normas dirigidas a los Estados miembros, parece inevitable que los particulares no puedan fundamentarse en estas disposiciones a la hora de demandar a otros particulares. En la medida en que las libertades no rigen la conducta de los particulares, sino únicamente de los Estados, difícilmente puede exigirse a una empresa que se adecue a lo dispuesto por una libertad de circulación. Además, si las libertades únicamente tienen efecto directo respecto de sus destinatarios, la lógica de esta doctrina impediría a un particular invocar la libertad frente a un sujeto que no es destinatario de la norma. Estas limitaciones encontrarían su justificación en el hecho de que el Derecho de la Unión ya prevé otras normas para dar respuesta a estas circunstancias, principalmente las normas de competencia.

(6) BARNARD, C., *op. cit.*, pp. 516 y ss.

(7) Arts. 58 y 90 a 100 TFUE.

(8) Arts. 54 y 55 TFUE.

(9) Arts. 21.3 y 48 TFUE.

(10) Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

(11) Véanse, entre otras, las sentencias *Denkavit Nederland* (15/83, EU:C:1984:183), apartado 15; de 9 de agosto de 1994, *Meyhui* (C-51/93, EU:C:1994:312), apartado 11, y de 25 de junio de 1997, *Kieffer y Thill* (C-114/96, EU:C:1997:316), apartado 27.

Por tanto, el «efecto horizontal» de las libertades, la capacidad de que éstas ejerzan un poder de irradiación que influya sobre las relaciones jurídico-privadas, quedaría, en principio descartado.

Sin embargo, como a continuación se expondrá, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha reconocido la existencia de un efecto horizontal, o, mejor dicho, de unos *efectos horizontales*, de las libertades de circulación. Ello quiere decir que existen espacios abiertos a la proyección *inter-privatos* de las normas de libre circulación, pero en circunstancias específicas y supuestos concretos. Hasta la fecha, no puede afirmarse que el Derecho de la Unión reconozca, como regla general, el efecto horizontal de las libertades, pero sí puede admitirse la existencia de una doctrina del efecto horizontal en las libertades, aunque circunscrita a los casos que a continuación se expondrán. Se trata de una doctrina evolutiva que ha ido avanzando con el paso del tiempo con cierta inseguridad y con propósitos principalmente pragmáticos, dirigidos a remediar situaciones específicas particularmente nocivas para el mercado interior. No parece existir una teoría articulada del efecto horizontal de las libertades en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, pero, a estas alturas, tras varias décadas de evolución, es incuestionable que el efecto horizontal de las libertades existe y forma parte del contenido básico del régimen de libre circulación previsto en los Tratados.

II. EL EFECTO HORIZONTAL Y LAS LIBERTADES

1. EL ORIGEN DE LA CATEGORÍA DEL EFECTO HORIZONTAL: DEFRENNE II

Aunque la doctrina del efecto horizontal ha tenido un incontestable éxito en el terreno de las Directivas, particularmente al definir el efecto directo de las mismas, también lo ha tenido en un terreno diferente: el de la aplicabilidad de determinadas normas de los Tratados. Aunque existe una clara relación de conceptos entre las dos variantes del efecto horizontal, conviene no confundir el desarrollo que ha tenido en el terreno de las Directivas (con sentencias tan emblemáticas con Van Duyn, Marshall o Foster) de la evolución vivida en el ámbito de las libertades y la política social. La segunda afecta exclusivamente a disposiciones de los Tratados constitutivos, concretamente a normas contenidas en el TFUE, y es precisamente la línea jurisprudencial que a continuación se expondrá.

La doctrina del efecto horizontal de las libertades tiene su origen en una resolución judicial del Tribunal de Justicia ajena a las libertades, pero dotada de una fuerza inspiradora importante. La sentencia dictada en el asunto Defrenne II (12) confirmó por vez primera que una norma del Tratado, aunque vaya dirigida expresamente a un Estado, puede ejercer un efecto irradiador sobre las relaciones *inter-privatos*, hasta el punto de obligar a un juez que conoce de un litigio entre particulares a aplicar directamente la norma del Tratado.

(12) Defrenne/Sabena (43/75, EU:C:1976:56).

Este planteamiento, en el que entran en combinación el efecto irradiación y el principio de vinculación del juez a la ley, se planteó al hilo del entonces artículo 119 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (hoy artículo 157 TFUE). Dicho precepto exige a los Estados miembros «garantiza[r] la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor». Como se puede observar del enunciado citado, la norma no impone una prohibición de discriminación dirigida a los Estados, sino una obligación de garantizar la igualdad retributiva entre hombres y mujeres. Sin embargo, en Defrenne II el Tribunal de Justicia consideró que el precepto era lo suficientemente rotundo como para deducir una obligación clara y precisa del Tratado. En consecuencia,

«al tener el artículo 119 un carácter imperativo, la prohibición de discriminaciones entre trabajadores masculinos y femeninos se impone no únicamente a la actividad de las autoridades públicas, sino que se extiende asimismo a todos los convenios que tienen por objeto regular, de forma colectiva, el trabajo por cuenta ajena, así como a los contratos entre particulares» (13).

Para llegar a esta conclusión, el Tribunal de Justicia se basó, en primer lugar, en el carácter imperativo del precepto. En segundo lugar, el Tribunal de Justicia destacó que la referencia expresa a los «Estados miembros» no excluye de la misma a los tribunales nacionales y, en particular, a las obligaciones de los tribunales nacionales de aplicar directamente el Tratado. En tercer lugar, el Tribunal de Justicia privó de toda relevancia al hecho de que las partes contractuales hubieran renunciado a la protección dispensada por el Tratado. De todo ello se desprende el efecto irradiación (14) y la obligación de los tribunales nacionales a aplicar lo dispuesto en el Tratado. (15)

La sentencia Defrenne constituye la primera ocasión en la que el Tribunal de Justicia declara formalmente que una disposición del Tratado, aunque vaya dirigida a un Estado miembro, genera también derechos en favor de los particulares, invocables frente a otros particulares. En el caso concreto del antiguo artículo 119 TFUEE, se trataba de derechos de naturaleza laboral de las trabajadoras, víctimas de discriminación salarial por razón de sexo, invocados frente a los empleadores.

Aunque la sentencia Defrenne no tenía, en principio, un vínculo estrecho con las libertades de circulación, lo cierto es que la resolución suscitó un animado debate sobre su aplicabilidad a las libertades (16). El potencial de esta extensión era formidable, pues el Tribunal de Justicia ya había declarado a esas alturas que las libertades generaban efecto directo y, en consecuencia, podían ser invocadas por los particulares en litigios ante los tribunales nacionales. Sin embargo, en el

(13) *Ibidem*, apartado. 39.

(14) «[...] al tener el artículo 119 un carácter imperativo, la prohibición de discriminaciones entre trabajadores masculinos y femeninos se impone no únicamente a la actividad de las autoridades públicas, sino que se extiende asimismo a todos los convenios que tienen por objeto regular, de forma colectiva, el trabajo por cuenta ajena, así como a los contratos entre particulares» (apartado 39).

(15) «[...] el principio de la igualdad de retribución del artículo 119 puede ser invocado ante los órganos jurisdiccionales nacionales y que éstos tienen el deber de garantizar la protección de los derechos que tal precepto confiere a los justiciables...» (apartado 40).

(16) Véanse los comentarios a la sentencia Defrenne II de D. SYMON y E. SHARPSTON en Poaires MADURO, M. y AZOULAI, L. *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing.

momento de dictarse la sentencia Defrenne ya existían precedentes de aplicación horizontal de las libertades. Se trataba de un planteamiento distinto al utilizado en Defrenne, pero un resultado que, a fin de cuentas, permitía a un particular invocar una libertad frente a otro particular. Esta es la segunda línea jurisprudencial sobre la horizontalidad de las libertades, a la que nos referiremos a continuación.

2. LA DOCTRINA DE LAS «SITUACIONES EQUIVALENTES» Y SU EVOLUCIÓN

El efecto horizontal de las libertades de circulación hizo aparición en el año 1974 en el asunto Walrave (17), una cuestión prejudicial relativa a la interpretación de las normas sobre la libre circulación de trabajadores y su aplicabilidad a un reglamento privado, aprobado por la Unión Ciclista Internacional. El asunto suscitaba la cuestión de la horizontalidad porque la libre circulación de trabajadores, como todas las libertades, es una disposición dirigida a los Estados miembros y no a los operadores privados. En la medida en que la Unión Ciclista Internacional, una asociación privada sin ánimo de lucro y ajena al poder público, era la autora de una normativa deportiva que exigía que la nacionalidad del entrenador fuera la misma que la del corredor, la cuestión previa a resolver era la de la aplicabilidad de la libertad de circulación de trabajadores al caso concreto.

El Tribunal de Justicia respondió de forma afirmativa y destacó que las libertades, en la medida en que contienen un mandato de no discriminación,

«no sólo se impone[n] a la actuación de las autoridades públicas, sino que se extiende[n] asimismo a normativas de otra naturaleza que tengan por finalidad regular colectivamente el trabajo por cuenta ajena y las prestaciones de servicios» (18).

En consecuencia, el Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que la libre circulación de trabajadores se aplica también *«a los convenios y a los reglamentos que no emanan de las autoridades públicas»* (19).

La sentencia Walrave abrió la puerta a un entendimiento del efecto horizontal diferente al de la sentencia Defrenne. El planteamiento de la sentencia Walrave no se refiere ni a la irradiación de las libertades ni a la obligación del juez nacional de aplicarlas, sino al carácter semipúblico de la normativa cuestionada. Por tanto, se trata de apreciar si el objeto enjuiciado, aunque haya sido fruto de una actividad privada, puede equipararse a una actuación del poder público. En el caso suscitado en Walrave, el Tribunal de Justicia se ocupó de subrayar que las condiciones de trabajo se rigen, en los distintos Estados miembros, por disposiciones legislativas y reglamentarias, pero también por actos celebrados o adoptados por personas privadas. Por tanto, existía un «riesgo» de crear desigualdades de aplicación en función de la norma enjuiciada, dejando a los trabajadores expuestos a sufrir discriminaciones en el ámbito convencional, pero no en el ámbito legislativo.

(17) Walrave y Koch (36/74, EU:C:1974:140).

(18) *Ibidem*, apartado 17.

(19) *Ibidem*, apartado 21.

La adopción de normas privadas, especialmente cuando el Derecho interno remite a aquéllas o les atribuye un especial valor en el sistema de fuentes, las convierte en normas relevantes a los efectos de la aplicación de la libre circulación. Aunque las primeras resoluciones en este sentido se referían a la libre circulación de trabajadores, en el año 2002 el Tribunal de Justicia confirmó su aplicabilidad a la libre prestación de servicios y a la libertad de establecimiento, en un asunto relativo a las normas de un Colegio profesional (20). En todo caso, el planteamiento era aplicable al enjuiciamiento de *normas*, no de prácticas privadas.

La extensión de la doctrina Walrave a *prácticas* de entidades privadas apareció en un momento más tardío, en los asuntos Viking y Laval (21). En ambos casos el Tribunal de Justicia debía pronunciarse sobre la incidencia en las libertades, concretamente la libre prestación de servicios, de una acción colectiva organizada por un sindicato de trabajadores portuarios. El asunto obligaba al Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre la aplicación de la jurisprudencia Walrave, tradicionalmente ceñida al enjuiciamiento de normas privadas, a una *actuación concreta organizada* por una entidad privada: un sindicato. Aunque la sentencia destaca el vínculo entre la regulación colectiva y las medidas de acción colectiva, como último recurso dirigido a lograr el cumplimiento de dicha normativa, lo cierto es que una huelga es una actuación privada y no una reglamentación. Se trata de una actuación algo particular, caracterizada por un elevado grado de participación y organización previa, pero es una actuación y no una normativa. Nada de esto impidió la Tribunal de Justicia reconocer que una acción colectiva encaminada a restringir la libre prestación de servicios constituía una restricción en el ámbito de aplicación de la libertad.

La doctrina de las situaciones equivalentes constituye una suerte de corrección de la regulación de las libertades en los Tratados. La expresión «Estados miembros», como destinatarios de las libertades, es susceptible de interpretación y puede tener que aplicarse en circunstancias de difícil definición. La problemática no es ajena a otras áreas del Derecho de la Unión y se ha planteado, por ejemplo, en el terreno del efecto directo de las Directivas, donde es necesario contar con una relación vertical entre un particular y un «Estado miembro». El Tribunal de Justicia ha proporcionado una interpretación muy amplia del término, permitiendo así el efecto directo de Directivas en relaciones con sociedades anónimas de titularidad pública, o incluso con sociedades anónimas de titularidad privada, pero sujetas a obligaciones de servicios público impuestas por el poder público (22). Esta es la misma evolución que han vivido las libertades de circulación a través de la jurisprudencia Walrave, de modo que no es únicamente el Estado en sentido estricto el destinatario de las libertades, sino también todas aquellas personificaciones, públicas o privadas, que ejercen actividades equivalentes a las del poder público.

Por tanto, puede afirmarse que la doctrina de las situaciones equivalentes no es un supuesto, en sentido estricto, de efecto horizontal de las libertades. Al menos no

(20) Wouters y otros (C-309/99, EU:C:2002:98).

(21) Laval un Partneri (C-341/05, EU:C:2007:809) y International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union, «Viking Line» (C-438/05, EU:C:2007:772).

(22) Foster y otros (C-188/89, EU:C:1990:313), apartado 20; Collino y Chiappero (C-343/98, EU:C:2000:441), apartado 23, y Rieser Internationale Transporte (C-157/02, EU:C:2004:76), apartado 24.

lo es en términos parejos a los empleados por la sentencia Defrenne II, cuyo planteamiento responde a las características típicas del efecto horizontal (efecto irradiación, vinculación del juez a la ley).

La horizontalidad en sentido estricto, aplicada a las libertades de circulación, no llegó hasta la sentencia Angonese. E incluso este pronunciamiento, como ahora se expondrá, tampoco responde estrictamente a los criterios de la horizontalidad, pero es la manifestación más próxima que encontraremos en la jurisprudencia hasta la fecha.

3. LA SENTENCIA ANGONESE Y EL RECONOCIMIENTO DE UNA HORIZONTALIDAD ESTRICTA, PERO MATIZADA, DE LAS LIBERTADES

En el asunto Angonese (23), el Tribunal de Justicia dio respuesta a una cuestión prejudicial de un tribunal de la provincia de Bolzano, que le interrogaba sobre una práctica de una entidad bancaria privada, consistente en exigir a los candidatos a puestos de trabajo del banco un examen de lenguas realizado por una entidad de la provincia. El Sr. Angonese era un candidato a un puesto de trabajo del banco, pero no contaba con el examen de lenguas expedido por la entidad local, sino que acreditaba su conocimiento de idiomas por el hecho de haber estudiado en el extranjero y ser perfectamente bilingüe en las lenguas exigidas para el expuesto. Aún así, el banco rechazó la candidatura del Sr. Angonese y lo excluyó de la lista de admitidos.

Como se puede comprobar, los hechos del asunto Angonese distan mucho de los supuestos características de la doctrina de las «situaciones equivalentes». La entidad demandada era una empresa privada. La exigencia de cumplir con un examen determinado no tenía su origen en una normativa pública. Ni siquiera se encontraba reflejada en un convenio colectivo, el cual, en el caso de la entidad demandada, permitía que ésta optara por los medios de prueba de conocimientos lingüísticos que considerara oportunos. Por tanto, y puesto que la jurisprudencia Walrave no era aplicable al caso, el Tribunal de Justicia optó por extrapolar la jurisprudencia Defrenne II al terreno de la libre circulación de trabajadores.

En palabras del propio Tribunal de Justicia:

«[...] el Tribunal de Justicia ha mantenido que el hecho de que determinados preceptos del Tratado estén formalmente dirigidos a los Estados miembros no excluye que ciertos derechos puedan, al mismo tiempo, otorgarse a cualquier particular interesado en la observancia de las obligaciones así definidas (véase la sentencia de 8 de abril de 1976, Defrenne, 43/75, Rec. p. 455, apartado 31). Este Tribunal concluyó, en relación con una disposición del Tratado de carácter imperativo, que la prohibición de discriminación también se extiende a todos los convenios destinados a regular colectivamente el trabajo por cuenta ajena, así como a los contratos entre particulares (véase la sentencia Defrenne, antes citada, apartado 39).

Tal consideración es aplicable, a fortiori, al artículo [45 TFUE] del Tratado, que enuncia una libertad fundamental y que constituye una aplicación

(23) Angonese (C-281/98, EU:C:2000:296).

específica de la prohibición general de discriminación contenida en el artículo [18 TFUE]. A este respecto, dicho artículo, al igual que el artículo [15 TFUE], tiene por objeto garantizar un trato no discriminatorio en el mercado de trabajo.

En tales circunstancias, hay que considerar que la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad, enunciada en el artículo [45] del Tratado, se aplica igualmente a los particulares» (24).

La sentencia Angonese insta por primera vez una doctrina, digamos, «clásica» del efecto horizontal en el ámbito de las libertades de circulación. Y lo hace partiendo de una concepción novedosa, consistente en destacar dos aspectos de las normas de libre circulación. En primer lugar, la inexistencia de una referencia explícita a «los Estados miembros» en las normas de libre circulación previstas en los Tratados, lo cual permite realizar interpretaciones extensivas de las libertades hasta acercarlas a situaciones entre particulares. Y en segundo lugar, resaltando el carácter de *lex specialis* de las normas de libre circulación respecto del principio de no discriminación por razón de nacionalidad, contemplado en el artículo 12 TFUE.

Bien es verdad que la sentencia Angonese resuelve un asunto sobre libre circulación de trabajadores. En ese caso, ¿podría extenderse la doctrina a supuestos que no afectan a personas físicas, sino a personas jurídicas o incluso a mercancías? La respuesta debe ser afirmativa, pues el principio de no discriminación por razón de nacionalidad ha sido aplicado a personas jurídicas en el pasado y nada justifica un tratamiento distinto en función de la personificación perjudicada por el trato discriminatorio.

La sentencia Angonese constituye una proclamación rotunda y principal, en una sentencia del Pleno del Tribunal de Justicia, del efecto horizontal de las libertades de circulación, en tanto que expresiones específicas de un principio general de no discriminación por razón de nacionalidad. Y aunque la sentencia no se refiera ni al efecto irradiación ni a la vinculación del juez a la ley, la *ratio decidendi* se remite a la sentencia Defrenne II y a los apartados en los que ambas características aparecen claramente delimitadas. Por tanto, puede afirmarse con certeza que la sentencia Angonese extiende la doctrina Defrenne II y un planteamiento «clásico» de la horizontalidad al terreno de las libertades, al permitir la invocación de estas normas en conflictos entre particulares.

Sin embargo, la rotundidad con la que se pronunció el Tribunal de Justicia ha venido seguida de una sorprendente ausencia de desarrollo y de cuestiones prejudiciales sobre la materia. Una resolución como la dictada en el asunto Angonese debía haberse visto sucedida de una cascada de procedimientos, pero eso nunca sucedió. Al contrario, la sentencia Angonese fue seguida de un silencio rotundo y una ausencia de preguntas prejudiciales procedentes de los tribunales nacionales. Hasta la fecha, la jurisprudencia Angonese ha tenido un desarrollo modesto y su aparición en las sentencias del Tribunal de Justicia ha servido para dar apoyo a resoluciones sobre cuestiones ajenas al efecto horizontal o aspectos puntuales de desarrollo. A continuación expondremos algunos de esos desarrollos, pero, como se verá, ninguno de ellos prueba que el efecto horizontal de las libertades haya trastocado los pilares de estas disposiciones.

(24) *Ibidem*, apartados 34 a 36.

4. OTROS DESARROLLOS DE LA HORIZONTALIDAD DE LAS LIBERTADES

4.1 ¿Quién actúa «en nombre» del Estado miembro?

Las actuaciones de los funcionarios de un Estado miembro pueden plantear dudas sobre la imputación final de una determinada conducta. Si un funcionario realiza un acto constitutivo de una restricción de la libre circulación, ¿cómo sabemos si dicha restricción es imputable al funcionario o al Estado? Y en caso de imputarse al funcionario, ¿pueden invocarse las normas de libre circulación frente al funcionario? La cuestión no es menor, pues permite abrir una puerta más a los supuestos de efecto horizontal descritos hasta ahora.

La respuesta a esta cuestión la proporcionó el Tribunal de Justicia en el asunto A.G.M.-COS.MET (25), en el cual un funcionario realizó unas declaraciones a un medio de comunicación local, destacando los problemas de seguridad que planteaban unas plataformas elevadoras importadas en Finlandia desde otro Estado miembro. A raíz de las declaraciones del funcionario, se propagó la información en otros medios hasta provocar una notable reducción del negocio de las empresas importadoras. En el marco de un litigio sobre daños, los importadores reclamaron una indemnización tanto del Estado como del funcionario, como responsables solidarios. Al surgir dudas sobre la imputabilidad de la conducta al Estado, el Tribunal de Justicia tuvo ocasión de pronunciarse en el marco de un proceso prejudicial y confirmó que las declaraciones de un funcionario pueden imputarse al Estado, siempre y cuando, «por su forma y circunstancias, crean en los destinatarios la impresión de que se trata de posición oficial del Estado, y no de opiniones personales del funcionario» (26). Además, el Tribunal de Justicia añadió que el elemento determinantes para que unas declaraciones se imputen al Estado reside en si los destinatarios «pueden razonablemente suponer, en el contexto dado, que se trata de posiciones que el funcionario adopta en virtud de la autoridad del cargo» (27).

Por tanto, el Tribunal de Justicia optó por una fórmula amplia de imputación de la responsabilidad al Estado, pues es suficiente que la impresión generada por el funcionario suscite una duda razonable. No es necesario acreditar que el funcionario seguía instrucciones escritas de su superior, sino constatar que la impresión generada en el destinatario del mensaje permitía entender razonablemente que el funcionario actuaba en nombre del Estado y no en nombre propio. En consecuencia, en vez de prever un cauce específico de responsabilidad horizontal frente al funcionario que actúa a título propio, el Tribunal de Justicia optó por facilitar las reclamaciones de daños frente al Estado, incluso cuando sus actos no eran propios, sino de un funcionario que generó razonablemente la impresión de actuar en nombre del Estado.

(25) C-470/03, EU:C:2007:213.

(26) *Ibidem*, apartado 66.

(27) *Ibidem*.

4.2 La omisión de los Estados miembros: ¿efecto vertical u horizontal? Fresas españolas

Otro desarrollo notable aparece en los supuestos de omisiones estatales constitutivas de una infracción de las libertades y, en particular, cuando esa omisión facilita la actuación de particulares. En estos casos el Estado no infringe activamente, sino que deja que los particulares sean los que infrinjan la norma de libre circulación. Se trata, por tanto, de un supuesto en el que la víctima sufre la infracción cometida por otro particular. Se suscita, por tanto, la duda de si el Estado puede ser responsable por su omisión y actitud tolerante hacia las infracciones cometidas por privados.

El Tribunal de Justicia se enfrentó a este problema en el asunto Comisión/Francia (28), un procedimiento por incumplimiento contra el Estado francés por haber permitido que los agricultores locales asaltaran y boicotearan el tránsito de camiones españoles de transporte de fresas, a su paso por la frontera francesa. Constaba que las autoridades galas, en especial los gendarmes responsables de la seguridad y el orden público, observaron con pasividad los asaltos y destrucción de las mercancías españolas. Esta pasividad llevó al Tribunal de Justicia a declarar que

«el hecho de que un Estado miembro se abstenga de actuar o, en su caso, siga sin adoptar medidas suficientes para impedir determinados obstáculos a la libre circulación de mercancías, creados especialmente por acciones de particulares en su territorio contra productos originarios de otros Estados miembros, puede obstaculizar los intercambios intracomunitarios tanto como un acto positivo» (29).

Esta solución refuerza considerablemente el deber de actuación de los Estados miembros frente a conductas de particulares que puedan constituir restricciones a la libre circulación. Ello no implica que el Derecho de la Unión imponga las medidas específicas que debe asumir el Estado, y de ello se ocupó el Tribunal de Justicia, al recordar que «los Estados miembros siguen siendo los únicos competentes para el mantenimiento del orden público y la protección de la seguridad interior [y] gozan ciertamente de un margen de apreciación para determinar cuáles son, en una situación dada, las medidas más idóneas para eliminar los obstáculos» (30). Sin embargo, es evidente que el particular que sufre los daños de una conducta continuada de otro particular, limitativa de la libre circulación, cuenta asimismo con los mecanismos de tutela de las libertades frente al Estado que permite el desarrollo de las conductas infractoras. No se trata de un supuesto de efecto horizontal, pero sí de un caso que complementa el arsenal de herramientas dirigidas a combatir infracciones de particulares a las normas de libre circulación.

III. EL REVERSO DE LA APLICACIÓN HORIZONTAL DE LAS LIBERTADES: LA ESTATALIZACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

El retrato general de la aplicación horizontal de las libertades no estaría completo si no hiciéramos una referencia a las normas que complementan el régimen

(28) C-265/95, EU:C:1997:595.

(29) *Ibidem*, apartado 31.

(30) *Ibidem*, apartado 33.

de libre circulación: las normas de competencia. El régimen jurídico del mercado interior se compone de dos grandes bloques, las libertades y la competencia, y puede decirse que el principal criterio que distingue entre ambas es precisamente el carácter vertical de las libertades y el carácter horizontal de las normas de competencia. Dicho en otros términos, las libertades son normas dirigidas a los Estados y quienes las invocan lo hacen frente al poder público, mientras que las normas de competencia son normas dirigidas a las empresas, y quienes las invocan suelen ser poderes públicos, pero también empresas o consumidores, frente a las empresas infractoras. Esta sencilla distinción entre ambos bloques ha perdurado durante varias décadas, hasta que en los años noventa se comenzó a desdibujar.

Uno de los síntomas que contribuyen a desdibujar la distinción entre normas de libre circulación y normas de competencia es el que hemos apuntado en la sección II de este estudio. La creciente tendencia a aplicar normas de libre circulación a organizaciones privadas sin ánimo de lucro, pero también a empresas e incluso a Estados por no intervenir en la actuación de las empresas, genera cierta confusión entre la aplicación de las libertades y las normas de competencia. Un colegio profesional puede acordar normas que caen, por un lado, bajo la influencia de las libertades (en caso de aplicarse la jurisprudencia Walrave) pero también bajo las normas de competencia, por tratarse de acuerdos horizontales nocivos para el mercado.

El siguiente motivo que contribuye al solapamiento normativo se plantea al hilo del proceso de liberalización de sectores estratégicos, principalmente los sectores que operan en red. La liberalización de los transportes, las telecomunicaciones, la energía y los servicios postales produjo un inmenso trasvase de actividad industrial y de servicios hacia el sector privado, pero en sectores enormemente sensibles y estratégicos para los intereses nacionales. El proceso de liberalización se realizó imponiendo obligaciones de servicios público, obligaciones de compartición de infraestructuras, fijaciones tarifarias por el poder público y un extenso abanico de medidas adicionales dirigidas a que el mercado de estos sectores actuara correctamente, pero sin comprometer los intereses estratégicos de los Estados miembros. El proceso de liberalización se aprobó con la finalidad de facilitar la construcción del mercado interior, y por tanto la finalidad última de la iniciativa consistía en facilitar la libre circulación de mercancías, servicios, trabajadores, establecimiento e inversiones en estos sectores a lo largo y ancho del mercado interior.

El precepto que ejemplifica con mayor claridad el solapamiento entre normas de competencia y de libre circulación es el artículo 106 TFUE. Este precepto impone obligaciones a las empresas titulares de «derechos exclusivos» y/o «especiales», sean enteramente públicas, semipúblicas o privadas pero titulares de dichos derechos. El artículo 106 TFUE permaneció relativamente oculto durante varias décadas, hasta que en los años noventa, durante los procesos de liberalización de sectores estratégicos, cobró una relevancia inusitada. A partir de este momento comienza una evolución muy relevante de la jurisprudencia, volcada en la aplicación de las normas de competencia a empresas públicas, o a empresas privadas pero con obligaciones de servicio público. Quienes invocaban el artículo 106 TFUE eran otras empresas, generalmente competidoras, en conflictos que mayoritariamente se dilucidaban entre particulares. Es así como surge otra variante del efecto horizontal, pero en un contexto claramente singular, el de la actua-

ción del poder público en el mercado como operador económico, o mediante empresas privadas a las que se confieren derechos exclusivos o especiales en razón del interés general del servicio.

1. DERECHOS EXCLUSIVOS Y DERECHOS ESPECIALES

Según Buendía Sierra, un derecho exclusivo es una medida adoptada por un Estado miembro en el ejercicio de sus funciones como autoridad pública, conferida a través de un acto jurídico en favor de una empresa individual, pública o privada, a fin de que ejercite una actividad económica en un territorio específico y por un periodo determinado (31).

Pueden desprenderse una serie de conclusiones a partir de esta definición, todas ellas en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En primer lugar, la exclusividad implica la existencia de un solo operador en el mercado, ya sea porque se prohíbe expresamente en la ley (32), o porque, pudiendo autorizar el titular de la exclusividad accesos puntuales, se niega a darlos (33). En segundo lugar, aunque el legislador nacional no haya sustraído del mercado a un sector de forma clara, también puede encontrarse sometido al artículo 106 TFUE. Téngase en cuenta que el Estado miembro puede sucumbir a la tentación de otorgar un régimen bicéfalo a operadores privilegiados, sometiéndoles a las normas generales del Tratado por un lado, pero salvándoles de ciertas cargas mediante la invocación de las disposiciones de los artículos 37 y 106 TFUE. El Tribunal de Justicia ha sido muy flexible al afrontar este tipo de casos, centrándose en la sustancia y no en la forma con la que se encubre el estatus jurídico del titular de la exclusividad. Así, en el asunto La Crespelle (34) el Tribunal de Justicia consideró que un centro de inseminación de animales de especie bovina, cuya puesta en marcha requería autorización administrativa, ejercía derechos exclusivos. Según el Tribunal,

«[...] al someter la explotación de centros de inseminación a la correspondiente autorización y al prever que cada centro atienda a una zona determinada con carácter exclusivo, la legislación nacional les ha concedido derechos exclusivos. De este modo, al establecer en favor de dichas empresas una yuxtaposición de monopolios, territorialmente limitados, pero que en su conjunto abarcan todo el territorio del Estado miembro, las referidas disposiciones nacionales crean una posición dominante en una parte sustancial del mercado común, a efectos del artículo 86 del Tratado.»

En tercer lugar, la exclusividad puede derivarse no sólo de un único texto o disposición legal, sino de una pluralidad de normas que, como resultado de una

(31) BUENDÍA SIERRA, J.L., *Exclusive Rights and State Monopolies Under EC Law. Article 86 (former article 90) of the EC Treaty*, Oxford University Press, 1999, p. 4.

(32) Sentencia USSL n. 47 di Biella (C-134/95, EU:C:1997:16).

(33) Así sucedía en el asunto ERT (C-260/89, EU:C:1991:254) donde un monopolista del sector audiovisual estaba habilitado por la ley que acometía la *publicatio* a autorizar la entrada de otros operadores en el mercado. Jamás invocó dicha cláusula para dar paso a otra empresa, sino más bien lo contrario: demandó a una sociedad que inició actividades audiovisuales sin solicitar la preceptiva autorización.

(34) Sentencia Centre d'insémination de la Crespelle (C-323/93, EU:C:1994:368).

interpretación sistemática, conducen a confirmar la existencia de un derecho exclusivo (35). En cuarto lugar, la situación de privilegio puede que no se deduzca de norma alguna, sino de una resolución administrativa o una situación creada *de facto* con apoyo de la administración (36).

A pesar de las obvias similitudes entre ambos conceptos, la jurisprudencia se ha cuidado de no asociar los «derechos exclusivos» *ex* artículo 106 TFUE con las «posiciones de dominio» del artículo 102 TFUE. Son, conceptualmente, dos realidades diferentes, residiendo su criterio diferenciador en el carácter económico del primero y fáctico del segundo. Esta aclaración tiene importantes consecuencias prácticas, pues no todo derecho exclusivo, por el hecho de ubicarse bajo el artículo 106 TFUE, incumple automáticamente el artículo 102 TFUE. No obstante, como se expondrá en el apartado 3, es perfectamente posible, y de hecho así ha sucedido, que como consecuencia de la creación de un derecho especial se esté formando artificialmente un mercado en el que subsista de forma hegemónica un solo operador. En estos caso, habrá una infracción del artículo 106 TFUE en relación con el artículo 102 TFUE.

El derecho exclusivo debe haber sido otorgado por el poder público del Estado miembro en el ejercicio de sus funciones como autoridad. Por tanto, el derecho exclusivo debe ser resultado de *una conducta del poder público* y no del operador. En este segundo caso se produciría una actuación contraria al artículo 102 TFUE, sin mediar el artículo 106 TFUE. Además, no siempre es fácil determinar cuándo hay una actuación pública, especialmente cuando el Estado ha conferido derechos a una empresa pública y ésta, a su vez, atribuye derechos a una empresa privada. En tal caso resulta tentador apelar a la forma en que se confiere el derecho: si se realiza a través de un contrato privado, podría argumentarse que se trata de un acuerdo *ex* artículo 101 TFUE y por tanto exento de las normas relativas a servicios públicos. Esta tesis tiene la ventaja de aportar un considerable grado de seguridad jurídica, si bien permite instrumentalizar las reglas del Tratado mediante la simple elección del acto jurídico empleado. Así, no extraña que el Tribunal de Justicia haya optado por un enfoque funcional al escrutar la manera en que se confiere el derecho exclusivo, sin descartar, como elemento accesorio, el empleo del enfoque formal (37).

El otorgamiento de estos derechos puede efectuarse, además, desde cualquier nivel territorial o funcional del Estado. Es decir, pueden encontrarse sujetas a las previsiones del artículo 106 TFUE tanto las administraciones regionales como locales, pero también aquellas entidades dotadas de independencia pero que tienen por misión velar por el interés general. No obstante, debe tenerse en cuenta que a medida que se reduce la incidencia del derecho en el espacio territorial, se reducen las posibilidades de que la medida tenga una dimensión suficiente como para afectar a las normas comunitarias. A fin de cuentas, las prohibiciones de los artículos 101, 102 y 106 TFUE se plantean en escenarios de dimensión europea.

(35) Decisión de la Comisión 97/606, relativa a derechos exclusivos de retransmisión publicitaria televisiva en Flandes.

(36) Sentencia Comisión c. Francia (161/82, EU:C:1983:176).

(37) Sentencias Italia/Comisión (41/83, EU:C:1985:120), apartados 19 y 20; GB-Inno-BM (C-18/88, EU:C:1991:474), apartado 25 a 28; Banchemo (C-387/93, EU:C:1995:439), apartado p 49; y Almelo (C-393/92, EU:C:1994:171), apartado 30.

Cuando el Estado miembro actúa de puertas adentro, puede activar la aplicación de estas disposiciones cuando sus medidas obstaculicen, real o potencialmente, el comercio intracomunitario. Como prueba de ello, el Tribunal de Justicia ha declarado que los derechos exclusivos conferidos por entidades locales, como sucedió en los asuntos *Bodson* (38), *Almelo* (39) y *Altmark* (40), pueden tener semejante dimensión.

En contraposición a los «derechos exclusivos», el artículo 106 TFUE se refiere expresamente a los «derechos especiales». En un primer momento se defendió que ambas categorías aludían a una misma realidad, pero el Tribunal de Justicia lo entendió de forma diferente y forzó a la Comisión a desarrollar un concepto operativo de «derechos especiales», que ahora puede resumirse de la siguiente manera: aquéllos derechos otorgados por un Estado a un número limitado de empresas mediante un acto jurídico, en un espacio territorial definido (41). Esta definición emplea, como criterio diferenciador respecto de los «derechos exclusivos», *al número de empresas beneficiarias*. Por tanto, cuando el receptor del derecho sea un solo operador, estaremos ante un derecho exclusivo, que quedará desvirtuado y transformado en derecho especial en el momento en que el poder público dé entrada a otro operador privado en el mismo segmento de mercado. El criterio, no obstante, puede desembocar en situaciones difíciles de resolver. Así, el Tribunal de Justicia ha reconocido que son derechos exclusivos aquellos que afectan a más de una empresa, pero cuando cada una actúa en territorios diferenciados (42). Lo mismo ha sucedido respecto de las cuotas de producción o de los controles a la importación, donde el Tribunal de Justicia ha reconocido la existencia de derechos exclusivos cuando la fragmentación no es territorial, sino fáctica (43).

2. LA EMPRESA PÚBLICA Y LAS EMPRESAS PRIVADAS BENEFICIARIAS DE LOS DERECHOS

El artículo 106 TFUE inicia su enunciado fijándose en un sujeto muy concreto: «las empresas». Ellas son las destinatarias de las obligaciones, pero también de los derechos exclusivos o especiales que prevé el citado precepto. Además, la norma distingue entre las empresas, sin más, y las «empresas públicas». En la medida en que estos sujetos son los receptores de los derechos potencialmente obstructivos de la competencia, es importante mostrar la dimensión precisa del concepto.

La definición de «empresa» entraña considerables problemas jurídicos. El Derecho mercantil español, por ejemplo, ha renunciado a definir el término en las reglas del ordenamiento. En cambio, la relevancia del concepto en el artículo 106 TFUE, así como las consecuencias que entraña el mismo para el derecho del mercado inte-

(38) *Bodson* (30/87, EU:C:1988:225), apartado 24.

(39) Cit. *supra*.

(40) Cit. *supra*.

(41) BUENDÍA SIERRA, *op. cit.*, pp. 64 a 70.

(42) Sentencia *Bodson*, *op. cit. supra*; *Amélioration de l'élevage* (271/81, EU:C:1983:175), y *La Crespelle*, cit. *supra*.

(43), Comisión/Grecia (C-347/88, EU:C:1990:470).

rior (44), ha obligado al Tribunal de Justicia a ofrecer una definición pretoriana de ambas modalidades organizativas: la «empresa» y la «empresa pública».

A los efectos del artículo 106 TFUE, es una empresa toda aquella entidad que desempeña actividades económicas, con independencia de su estatuto jurídico y de sus fuentes de financiación (45). Como ya se ha expuesto con anterioridad, el concepto de «actividad económica» también tiene un carácter autónomo y comunitario, definiéndose como «cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado» (46). Salta a la vista que la definición es un tanto circular, en tanto es necesario apelar a la naturaleza económica de una actividad para, a continuación, apreciar si la entidad constituye una empresa. Sin embargo, hay tres ideas básicas a destacar: en primer lugar, la forma en la que se personifique la empresa es indiferente para el derecho comunitario; en segundo lugar, debe desempeñar una actividad con carácter comercial, donde se vislumbre un intercambio de bienes y/o servicios; en tercer lugar, este intercambio debe producirse en el mercado, de manera que ha de haber un *input* de la empresa en los medios de que dispone el mercado para ser real y operativo (47). Como resultado de estos criterios, el Tribunal de Justicia, en la sentencia Albany (48), ha descartado a aquellas entidades encargadas de la gestión de determinados regímenes obligatorios de Seguridad Social basados en el principio de solidaridad.

Mayores dudas suscita la «empresa pública», principalmente porque el Tribunal de Justicia ha negado que estas entidades deban tener personalidad jurídica diferenciada para poder aplicarles el artículo 106 TFUE. Es decir: si la empresa pública, sea cual sea su forma jurídica, goza de autonomía respecto de la autoridad que confiere los derechos exclusivos o especiales, le será de aplicación el artículo 106 TFUE. Y con él las normas de competencia previstas en los Tratados. En cambio, si la empresa pública en cuestión es parte integrante del Estado (sujeto que confiere el derecho especial), no será de aplicación el precepto, debiendo entender que la empresa pública forma parte del poder público, y por tanto sólo se le aplicarán las libertades comunitarias, pero no las reglas de competencia. Esta consecuencia práctica es la que justifica el interés por dar una definición propia del concepto de «empresa pública».

En primer lugar, el concepto de «empresa pública» empleado por el artículo 106 TFUE tiene un carácter autónomo, y no puede dejarse en manos de la interpretación que realice cada ordenamiento nacional (49). En segundo lugar, el Tribunal de Justicia emplea nuevamente un enfoque antiformalista que le evita ligarse a

(44) Téngase en cuenta que el término no sólo aparece en el artículo 86 TFUE, sino que aparece igualmente en los artículos 81, 82, 86, 87 y 88 TFUE.

(45) Sentencia Höfner, cit. *supra*, apartado 21. En esta concepción amplia, no es necesario, por tanto, que la empresa tenga ánimo de lucro (Aéroports de Paris/Comisión, C-82/01 P, EU:C:2002:617, apartado 74 y MOTOE, C-49/07, EU:C:2008:376, apartado 259).

(46) Comisión/Italia (118/85, EU:C:1987:283), apartado 7 y Comisión/Italia (C-35/96, EU:C:1998:303), apartado 36.

(47) BUENDÍA SIERRA, J.L., *op. cit.*, p. 32.

(48) C-159/91 y C-160/91, EU:C:1993:63, apartado 78. Sobre el concepto de empresa y la previsión social, cfr. Poucet y Pistre (C-159/91 y C-160/91, EU:C:1993:63). Asimismo, las conclusiones del Abogado General Mazák en el asunto Kattner Stahlbau (C-350/07, EU:C:2009:127), presentadas el 18 de noviembre de 2008.

(49) Conclusiones del AG Reischl, en los asuntos Francia, Italia y Reino Unido/Comisión (188/80 a 190/80, EU:C:1982:257), punto 9.

cuestiones como la personalidad jurídica (50), el carácter público o privado de la entidad (51), el carácter público o privado de la ley aplicable a varias o todas sus operaciones (52), o su naturaleza nacional o internacional (53). En tercer lugar, la definición es evolutiva y maleable, sin quedar circunscrita a modelos organizativos permanentes. En cuarto lugar, el criterio sobre el cual se asienta el Tribunal de Justicia es el de la influencia que pueden ejercer los poderes públicos en las decisiones comerciales de las empresas públicas. Estas claves se derivan de la jurisprudencia del TJUE dictada hasta la fecha, cuyo *leading case* es el asunto *Francia, Italia y Reino Unido c. Comisión* (54).

En dicho caso, el Tribunal de Justicia resolvió si la definición de «empresa pública» adoptada por la Comisión en la Directiva 80/723 (55) era compatible con los Tratados. La sentencia avaló la definición de la Comisión, y hasta ahora ha sido empleada como una versión corriente para desarrollar el concepto, lo que no significa que sea la única posibilidad en manos del derecho comunitario. En los apartados 25 y 26 de la citada sentencia, el Tribunal de Justicia asentó las bases centrales para definir a las empresas públicas a efectos del artículo 106 TFUE:

«A tenor del artículo 2 de la Directiva, se entenderá por empresa pública cualquiera en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante. En virtud del párrafo segundo, se presume que hay influencia dominante cuando los poderes públicos, directa o indirectamente, poseen la mayoría del capital suscrito, disponen de la mayoría de los votos o pueden designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa.

Como este Tribunal ya ha indicado anteriormente, la razón por la que se introdujo el artículo [106] en el Tratado es precisamente la influencia que pueden ejercer los poderes públicos en las decisiones comerciales de las empresas públicas. Esta influencia puede ejercerse apoyada, bien en una participación financiera, bien en las normas reguladoras de la gestión de la empresa. Al optar por estos mismos criterios en la determinación de las relaciones financieras sobre las que debe poder obtener información de cara al cumplimiento de su deber de vigilancia que le impone el apartado del artículo [106], la Comisión ha permanecido dentro de los límites de la facultad de apreciación que le reconoce la citada disposición (56)».

3. LA OBLIGACIÓN QUE SE DERIVA DEL ARTÍCULO 106.1 TFUE

En virtud del artículo 106 TFUE, los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas titulares de derechos exclusivos o especiales, medidas contrarias a las normas del Tratado. A continuación, el precepto apunta directamente a las disposiciones previstas entre los artículos 101 a 109 TFUE

(50) Comisión/Italia, 118/85, EU:C:1987:283, apartados. 22 a 26.

(51) Banco Exterior de España (C-387/92, EU:C:1994:100), apartado 5.

(52) *Ibid.*

(53) SAT Fluggesellschaft (C-364/92, EU:C:1994:7), apartado 30.

(54) Francia, Italia y Reino Unido/Comisión, *cit.*

(55) Directiva 80/723/CEE relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas.

(56) Cursiva añadida.

(competencia), así como el artículo 18 TFUE (no discriminación por razón de nacionalidad). Por tanto, ha sido una opinión muy extendida que el artículo 106 TFUE sólo es susceptible de infracción cuando se incumplen otras reglas del Tratado. No obstante, esta limitación no se reduce exclusivamente a los artículos que enumera el artículo 106 TFUE, pues pueden producirse infracciones con relación a otros preceptos, como el artículo 28 TFUE. Sin embargo, la realidad muestra que la relación más habitual entre disposiciones afectadas es la que vincula al artículo 106 TFUE con los artículos 101 y 102 TFUE, el primero relativo a los acuerdos entre empresas contrarios a la competencia, y el segundo atinente a los abusos de posición dominante.

3.1 La relación entre el artículo 106 TFUE y el artículo 101 TFUE

El *leading case* en esta materia es el asunto Van Eycke (57). La duda que se suscitaba por un juez de paz belga concernía a la compatibilidad con los Tratados de unas normas nacionales que reservaban el beneficio de una exención fiscal prevista, en materia de Impuesto sobre la Renta, en favor de la retribución obtenida de una determinada categoría de depósitos de ahorro, únicamente a los depósitos respecto de los cuales se respetaban los tipos de interés y las primas máximas fijados por vía reglamentaria. El Tribunal de Justicia, a fin de reforzar las obligaciones de los Estados miembros, recordó que el artículo 4 TUE reconoce el principio de cooperación leal. A continuación, la sentencia destaca que los Estados, de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados, no pueden adoptar medidas que terminen por anular la eficacia de las normas sobre la competencia aplicable a las empresas. A partir de estos enunciados, el TJUE estableció un triple *test* según el cual, con independencia del carácter público de la medida, una decisión estatal infringiría el artículo 106 TFUE, en relación con el artículo 101 TFUE. Así, se producirá este resultado cuando la decisión estatal:

- o bien impone o favorece prácticas colusorias contrarias al artículo 101.
- o refuerza los efectos de tales prácticas colusorias.
- o bien retira el carácter estatal a su propia normativa, delegando en operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica.

El *test* inaugurado en la sentencia Van Eycke es acumulativo, aunque aparezca expresado con la alternativa «o» en sus enunciados. En el caso concreto, la normativa belga fue declarada compatible con el Tratado. Se cumplía el primer escalón porque el Tribunal de Justicia estimó que el derecho belga *no exigía, ni pretendía favorecer*, la adopción de acuerdos restrictivos o la aplicación de nuevas prácticas restrictivas. Respecto del segundo escalón, la sentencia no percibió que las medidas públicas supusieran mayores garantías de cara a la ejecución de acuerdos restrictivos previos. El Tribunal de Justicia era consciente de la dificultad de apreciar con acierto este extremo, y delegó en el juez nacional la responsabilidad de investigar los efectos en el mercado de la normativa enjuiciada. Finalmente, la resolución dio el tercer escalón por cumplido y confirmó que las disposiciones no renun-

(57) Van Eycke (267/86, EU:C:1988:427).

ciaban a su carácter estatal, pues las autoridades se reservaban la facultad de fijar los umbrales máximos aplicables a los depósitos, y no delegaba responsabilidad en actores económicos privados.

El análisis de la sentencia Van Eycke no surgió de la nada. Al contrario, es el resultado de un largo proceso evolutivo, a través del cual el Tribunal de Justicia reconoció gradualmente que la infracción de las normas de competencia podían ser inducidas por el Estado, y no sólo por particulares. Al dar entrada a la actuación de los poderes públicos en el artículo 106 Tribunal de Justicia, esta disposición actúa como un puente entre las actividades privadas y las actividades públicas anticompetitivas. La primera ocasión en la que el Tribunal de Justicia reconoció esta posibilidad fue con ocasión de la sentencia Vlaamse Reisbureaus (58), confirmando que cuando el poder público induce o refuerza la creación de un acuerdo privado contrario al artículo 101 TFUE, habrá una infracción de dicho precepto, en relación con el artículo 106 TFUE. Lógicamente, la imputación va dirigida a las medidas públicas que formalizan esa inducción o refuerzo, y por tanto se tratará de una actuación del Estado contraria a las normas de competencia. Este enfoque, aunque se haya discutido si realmente tiene su origen en la sentencia Vlaamse Reisbureaus (59), se afianzó poco después en el asunto Clair (60), hasta encontrar su máxima formalización en la citada sentencia Van Eycke, que perdura, a día de hoy, como derecho constante.

A pesar de su vigencia, el triple *test* Van Eycke ha recibido numerosas críticas. Su primer escalón ha sido definido como «superfluo». En opinión de Gyselen (61), una medida pública que fomenta la adopción de un acuerdo contrario al artículo 101 TFUE no necesita estar sometida a las normas de competencia, porque, eventualmente, su resultado es la formación de un pacto privado que infringe el citado artículo del Tratado. Por tanto, la imputación siempre puede dirigirse al acuerdo privado, algo que resulta más lógico desde la óptica de las disposiciones de competencia. Igualmente, se ha criticado que el segundo escalón no tiene coherencia lógica con el primero: si el primero es la causa del acuerdo anticompetitivo, el segundo se cumpliría siempre, pues el origen del pacto privado es, asimismo, una manera de reforzar su validez (62). Este formalismo ha llevado a Buendía Sierra a afirmar que la doctrina Van Eycke «roza el infantilismo de puro formalista» (63), hasta el punto de convertir su aplicación en una operación de difícil, por no decir imposible, cumplimiento.

El Tribunal de Justicia ha desoído estas críticas y mantiene el triple *test* de la sentencia Van Eycke como estándar en la medición de prácticas estatales contrarias

(58) Vlaamse Reisbureaus (311/85, EU:C:1987:418), dictada tan sólo un año antes que Van Eycke.

(59) NEERGARD, U., *Competition and Competences. The Tension Between European Competition Law and Anti-Competitive Measures By the Member States*, Copenhagen, DJOF, 1998, p. 62, esgrime que el enfoque ya estaba presente en la sentencia Asjes y otros (asuntos acumulados 209/84 a 213/84, EU:C:1986:188).

(60) BNIC/Clair (123/83, EU:C:1985:33).

(61) GYSELEN, L., *State Action and the Effectiveness of the EEC Treaty's Competition Provisions*, 1989, CMLREV, 26, p. 36.

(62) SZYSZCZAK, E., *The Regulation of the State in Competitive Markets in the EU*, Hart, 2005, p. 72.

(63) BUENDÍA SIERRA, J.L., *op. cit.*, p. 265.

al artículo 101 TFUE. En la sentencia Meng (64), dictada en 1993, la formación plenaria del Tribunal de Justicia optó por avalar la doctrina Van Eycke al estudiar la legalidad de una normativa alemana que prohibía a los corredores de seguros imputar su comisión en el precio final cargado al consumidor. De los hechos aportados al proceso, el Tribunal de Justicia no detectó elemento alguno que supusiera la lesión de las normas comunitarias de competencia. Igualmente, en Reiff (65), un pleito sobre la fijación de tarifas de transportes por carretera, el Tribunal de Justicia aplicó el primer y segundo *test* y llegó a la conclusión de que no había infracción del artículo 101 TFUE, en relación con el artículo 106 TFUE. En Ohra (66), una prohibición neerlandesa a las entidades aseguradoras de conceder devoluciones a sus asegurados, fue declarada igualmente compatible con ambos preceptos, en aplicación del *test* Van Eycke.

Todas las decisiones citadas desembocaron en la absolución de las medidas en liza, y el Tribunal de Justicia no ha endurecido a día de hoy su enfoque. La única excepción puede encontrarse en el asunto Comisión c. Italia (67), un recurso de incumplimiento cuyo objeto era una ley que obligaba al Consiglio Nazionale degli Spedizioneri Doganali (Consejo Nacional de Agentes de Aduanas), mediante la atribución de la correspondiente facultad decisoria, a adoptar una decisión de asociación de empresas consistente en fijar una tarifa obligatoria para todos los agentes de aduanas. El Tribunal de Justicia apreció el cumplimiento de todos los requisitos de la doctrina Van Eycke y declaró que la República Italiana había incurrido en una infracción del artículo 101 TFUE, en relación con el artículo 106 TFUE. Sin embargo, esta medida aparece como una decisión aislada en un panorama inmensamente más favorable al enfoque laxo y flexible, tal como lo constatan los asuntos Albany (68), Arduino (69) y Doulamis (70).

3.2 La relación entre el artículo 106 TFUE y el artículo 102 TFUE.

La invocación del artículo 102 TFUE a fin de impugnar medidas estatales es un fenómeno aún más incipiente que el estudiado en el caso anterior. Este precepto se centra en las conductas constitutivas de un abuso por parte de un solo operador en el mercado. A diferencia de las actuaciones prohibidas en el artículo 101 TFUE, que conciernen a dos o más operadores, el artículo 102 TFUE se vuelca en aquellas conductas individuales con efectos anticompetitivos. Asimismo, como excepción, el precepto admite abusos que son el resultado de una posición de dominio conjunta. La Comisión ha sido cauta al afrontar este tipo de situaciones, pues se producen en mercados con una clara tendencia al oligopolio, donde la competencia total puede ser imposible de alcanzar.

El Tribunal de Justicia ha sido también prudente al estudiar medidas nacionales con impacto en el artículo 102 TFUE. En un primer momento, la jurisprudencia

(64) Meng (C-2/91, EU:C:1993:885).

(65) Reiff, (C-185/91, EU:C:1993:886).

(66) Ohra Schadeverzekeringen (C-245/91, EU:C:1993:887).

(67) Comisión/Italia (C-35/96, EU:C:1998:303).

(68) Albano (C-67/96, EU:C:1999:430).

(69) Arduino (C-35/99, EU:C:2002:97).

(70) Doulaïms (C-446/05, EU:C:2008:157).

reconoció la posibilidad de que un Estado miembro incurriera en la infracción del precepto, unido al artículo 106 TFUE. Así sucedió en fechas tan tempranas como el año 1977, en el asunto GB-Inno-BM (71), pero se reiteró sucesivamente en Francia c. Comisión (72), RTT (73), Bodson (74), Höfner (75) y Job Centre (76). En todos estos casos se muestra una clara voluntad del Tribunal de Justicia por abrir segmentos de mercado, cuya monopolización por el Estado encuentra una difícil justificación. Por ejemplo, respecto de los servicios públicos de colocación, ambos en liza en los asuntos Höfner y Job Centre, el Tribunal de Justicia apreció la existencia de un mercado abierto y sin tendencia oligopolística. En estas condiciones, la sentencia apreció que

«el mercado de las prestaciones relativas a la colocación de trabajadores es, por una parte, muy amplio y, por otra, altamente diversificado. La demanda y la oferta de trabajo en este mercado engloban a todos los sectores productivos y comprenden una gama de empleos que van desde la mano de obra no cualificada hasta las capacitaciones profesionales más elevadas y menos representadas. En un mercado tan vasto y diferenciado, que, por añadidura, está sujeto a grandes cambios debidos al desarrollo económico y social, las oficinas públicas de empleo pueden no ser capaces de satisfacer una parte significativa de la totalidad de las demandas de prestaciones.»

Esta disponibilidad del Tribunal de Justicia a acometer un análisis de mercado, que se estudiará más adelante al abordar el contenido del artículo 106.2 TFUE, fue matizada a partir el asunto Spediporto (77), donde se discutían las tarifas italianas aplicables al transporte de mercancías por carretera. Importando el *test* que el Tribunal de Justicia aplica a la conducta de empresas privadas, estimó que un Estado miembro puede incurrir en la infracción del artículo 102 TFUE «únicamente en el supuesto de que se demostrara que [la medida estatal] coloca a una empresa en una situación de poder económico que le permita impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de que se trate, confiriéndole la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores» (78). Por tanto, es necesario que exista *una relación entre la conducta pública y la generación de una posición tendente al abuso*, en línea con lo sucedido en la sentencia Van Eycke. Esta causalidad, como ya se ha expuesto, no está exenta de problemas y puede conducir a cierto formalismo a la hora de su aplicación. Sin embargo, el Tribunal de Justicia se ha mostrado flexible al manejar su propia doctrina, tal como demuestran los asuntos más recientes en los que se ha enjuiciado la aplicación conjunta de los artículos 102 TFUE y 106 TFUE, que pasamos a exponer.

Por un lado, el carácter formal del *test* permite al Tribunal de Justicia inadmitir aquellas cuestiones prejudiciales que no delimitan los hechos relevantes, prin-

(71) GB-Inno-BM (13/77, EU:C:1977:185).

(72) Francia/Comisión (C-202/88, EU:C:1991:120).

(73) GB-Inno-BM, citada.

(74) Bodson (30/87, EU:C:1988:225).

(75) Höfner y Elser (C-41/90, EU:C:1991:161).

(76) Job Centre (C-55/96, EU:C:1997:603).

(77) Centro Servizi Spediporto (C-96/94, EU:C:1995:308).

(78) *Ibid.*, apartado 31.

cialmente en lo tocante a la estructura del mercado afectado. Este ha sido el desenlace de los asuntos Centro Europa 7 (79) y Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (80). Por otro lado, cuando se han dado las condiciones para efectuar el análisis, el TJUE ha aplicado un estándar difícil de cumplir por las empresas recurrentes. Así, en Sodemare (81) se enjuiciaba la restricción que efectuaba la legislación italiana a la entrada de empresas con ánimo de lucro en el sector de los servicios sociales sanitarios. El Tribunal de Justicia no apreció relación de causalidad alguna entre la medida estatal impugnada y la conducta anticompetitiva (82).

Sin embargo, más recientemente la jurisprudencia ha flexibilizado el *test* para ampliarlo a medidas *potenciales*, pero que aún no han desembocado en conductas reales anticompetitivas. Así, en el asunto MOTOE (83) se resolvió el conflicto con los artículos 102 y 106 TFUE suscitado por una asociación griega sin ánimo de lucro, cuyas funciones consistían en tomar parte en las resoluciones administrativas que autorizan la organización de competiciones de motocicletas y organizar ella misma tales competiciones. Dicha asociación tenía conferida, por ley, la facultad de emitir un dictamen conforme sobre las solicitudes de autorización presentadas para organizar dichas competiciones, sin que tal facultad estuviera sometida a límites, obligaciones ni control. Tras considerar que la asociación no formaba parte del poder público y que, por tanto, era una «empresa» a los efectos del artículo 106 TFUE, el Tribunal de Justicia destacó que, en el análisis de las conductas abusivas, cobra una especial importancia la salvaguarda de la igualdad entre operadores. Así, el poder que le confiere la ley a la asociación de emitir un dictamen, puede llevar a la empresa «a impedir el acceso de los demás operadores al mercado afectado». Esta situación de desigualdad de condiciones competitivas se veía, además, subrayada por el hecho de que cuando organizaba o participaba en la organización de competiciones de motocicletas, no estaba obligada a recabar ningún dictamen conforme para que la administración competente le concediera la autorización requerida.

IV. LIBERTADES DE CIRCULACIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

La evolución de la jurisprudencia expuesta hasta ahora se suscita dentro de unos parámetros relativamente previsibles. A fin de cuentas, la expansión controlada de la aplicabilidad de las libertades hacia las relaciones *inter privatos* es una evolución medida que persigue unos objetivos coherentes con la finalidad de las normas de libre circulación. Por otra parte, la aplicación de las normas de competencia a la actividad de servicio público, o a las actividades basadas en derechos exclusivos o especiales, es el resultado de un proceso de liberalización de la econo-

(79) Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59).

(80) Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C-451/03, EU:C:2006:208).

(81) Sodemare y otros (C-70/95, EU:C:1997:301).

(82) *Ibid.*, apartado 47.

(83) MOTOE, citada.

mía en sectores especialmente sensibles, en el que está justificado alcanzar un equilibrio entre la libre competencia y los objetivos de servicio público.

Lo que resultaba más imprevisible es que las normas de libre circulación terminaran colisionando con otras libertades, generándose así un conflicto horizontal, pero entre dos libertades distintas y con dos actores diferentes. Este es el caso de las situaciones en las que un particular reclama la aplicación de una libertad de circulación a un Estado miembro, con el fin de que la libertad impida el ejercicio de otra libertad por otro particular. La situación más frecuente la suscitan los conflictos entre las libertades de circulación y los derechos fundamentales. Se trata de un supuesto adicional de horizontalidad, donde el Estado juega un papel de intermediario en la defensa de dos libertades diferentes en un contexto entre particulares.

Aunque este tipo de conflictos habían aparecido a lo largo de la jurisprudencia sobre libre circulación, el primer asunto relevante en el que afloró el problema fue ERT (84), una cuestión prejudicial en la que se discutía la conformidad con la libertad de establecimiento de una normativa griega que restringía el otorgamiento de licencias de emisión audiovisual. El tribunal remitente se preguntaba si un Estado miembro podía justificar una restricción a la libertad de establecimiento con el argumento de garantizar la pluralidad informativa. El Tribunal de Justicia contestó afirmativamente, pero destacó que los Estados miembros deben respetar los derechos fundamentales cuando introduzcan limitaciones a las libertades de circulación. Dicho en otros términos, los Estados miembros pueden restringir justificadamente las libertades de circulación, pero cuando lo hagan deben respetar un determinado nivel de protección de los derechos fundamentales:

«En particular, cuando un Estado Miembro invoca los artículos 56 y 66 para justificar una normativa que puede obstaculizar el ejercicio de la libre prestación de servicios, esta justificación, prevista por el Derecho comunitario, debe interpretarse a la luz de los principios generales del Derecho y especialmente de los derechos fundamentales. De este modo la normativa nacional de que se trata no podrá acogerse a las excepciones establecidas por los artículos 56 y 66 más que si es conforme a los derechos fundamentales cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia» (85).

La sentencia ERT suponía una novedad importante, pues se introducía así un nivel adicional de control sobre la actividad restrictiva de los Estados miembros. Por tanto, al controlar si una medida que constituye una restricción a la libre circulación se encuentra justificada por alguna razón de orden público, hay que sumar también un control de derechos fundamentales con arreglo al nivel de protección previsto en el Derecho de la Unión.

La sentencia ERT suscitó asimismo varias críticas, especialmente debido a su incisividad en un terreno, los derechos fundamentales, donde la Unión ejerce una competencia limitada. Al tolerar un control de derechos fundamentales respecto de las justificaciones a las restricciones de las libertades, se otorgaba al Tribunal de Justicia una competencia cuasi-ilimitada para pronunciarse sobre el cumplimiento por los Estados miembros de los derechos fundamentales. A fin de cuentas, los

(84) 260/89, EU:C:1991:254.

(85) *Ibidem*, apartado 43.

Estados pueden invocar justificaciones en una batería inabarcable de materias, a las que ahora habría que sumar su conformidad con todos los derechos fundamentales.

A pesar de las críticas recibidas, la doctrina ERT fue consolidándose en la jurisprudencia hasta convertirse en un precedente sólido y ampliamente consolidado. El siguiente paso en la evolución jurisprudencial se planteó en el asunto Schmidberger (86), una cuestión prejudicial en la que el conflicto entre libre circulación y derechos fundamentales se planteaba en términos más evidentes.

Como consecuencia de los altos niveles de contaminación provocados por el tráfico rodado de mercancías en el paso del Brenner, que une a Austria con Italia, una organización medioambiental organizó una manifestación que provocó la paralización del tráfico durante varias horas. Varias organizaciones de transporte recurrieron la decisión de las autoridades austriacas autorizando la manifestación, provocando así el planteamiento de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. La pregunta planteaba el problema en unos términos distintos a los de ERT, pues la duda del tribunal austriaco se refería a si la protección de los derechos fundamentales constituye una exigencia imperativa de interés general, suficiente para justificar una restricción a la libre circulación. Por tanto, no se trataba de resolver si una restricción, que está justificada, debe también cumplir con los derechos fundamentales. Lo que se decidió en Schmidberger es si los derechos fundamentales pueden ser, en sí mismos, una justificación a la restricción de las libertades de circulación.

La respuesta del Tribunal de Justicia fue afirmativa a la cuestión de principio. Sin embargo, el control que realizó el Tribunal de Justicia sobre la decisión del Estado miembro demuestra que éstos disponen de un amplio margen de actuación llegado el momento de proteger los derechos fundamentales. Al apreciar la decisión de las autoridades austriacas, el Tribunal de Justicia destacó el carácter proporcionado de la medida, su carácter temporal y la conciliación razonable que habían buscado las autoridades entre la libre circulación y el derechos fundamental de reunión. En definitiva, el tribunal de Justicia resolvió la cuestión de principio con rotundidad, pero compensó el impacto de la decisión reconociendo un amplio margen de actuación a los Estados miembros. Esta aproximación al problema resulta muy palpable en el asunto Omega (87), donde se planteaba un conflicto entre la libre prestación de servicios y la dignidad de la persona. El Tribunal de Justicia debía apreciar si Alemania podía restringir una actividad económica lúdica, dirigida principalmente a jóvenes, al considerar que atentaba contra la dignidad de la persona en la medida en que el objetivo del juego era disparar y simular el homicidio de los demás jugadores. El Tribunal de Justicia admitió que la protección de la dignidad humana constituía una justificación a la restricción de la libre prestación de servicios y, en el caso concreto, aceptó que Alemania limitara esta actividad como una medida protectora de los derechos fundamentales.

El planteamiento de la sentencia Schmidberger sigue siendo el canon jurisprudencial aplicable actualmente. Sin embargo, los casos que ha tenido que resolver el Tribunal de Justicia no siempre han sido tan sencillos de resolver, especialmente cuando las magnitudes en juego resultaban más difíciles de equilibrar. Ese era el caso de los asuntos Viking y Laval, dos cuestiones prejudiciales que planteaban un conflicto entre la libre prestación de servicios y el derecho fundamental a la acción

(86) 112/00, EU:C:2003:333

(87) 36/02, EU:C:2004:614.

colectiva (88). En el caso de Laval, un grupo de trabajadores desplazados desde Letonia a Suecia se encontraron con una acción colectiva promovida por un sindicato sueco que impidió la ejecución de la obra que debía prestar la empresa letona empleadora. La empresa demandó a los sindicatos ante los tribunales suecos y promovió el planteamiento de una cuestión prejudicial que fue finalmente resuelta por el Tribunal de Justicia en términos desestimatorios. El Tribunal de Justicia admitió que las medidas de acción colectiva, como manifestación de un derecho fundamental, podían justificar una restricción a una libertad de circulación. Sin embargo, la sentencia destacó el carácter desproporcionado de la acción colectiva, especialmente al haber impedido de forma unilateral y sin alternativa alguna la realización de las actividades de la empresa.

Los casos de conflictos entre libertades fundamentales y derechos fundamentales se han ido consolidando en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Sin embargo, merece llamar la atención sobre el modo en que se ha producido esta evolución, de forma un tanto modesta en el asunto ERT, confirmándose en el asunto Schmidberger, hasta llegar a los casos difíciles, como los suscitados en los asuntos Viking y Laval. Además, esta evolución se ha producido al mismo tiempo que la doctrina sobre derechos fundamentales en la Unión ha avanzado, hasta consolidarse con la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Este doble tránsito ha culminado en asuntos en los que un conflicto horizontal ha terminado resolviéndose mediante una ponderación entre los intereses de la libre circulación y los de los derechos fundamentales. Para un jurista formado en el Derecho estatal, esta ponderación puede resultar sorprendente, pero para el Derecho de la Unión no lo es tanto. Las libertades de circulación son una parte fundamental de la Constitución económica de la Unión. Su ponderación con los derechos fundamentales no es más que una consecuencia normal de la posición que ocupan las libertades de circulación en la sistemática de los Tratados. El esfuerzo del Tribunal de Justicia por deferir en favor de los derechos fundamentales es la confirmación de una especial sensibilidad hacia el papel de los derechos fundamentales en el Estado constitucional. Sin embargo, la ponderación entre las dos magnitudes en juego, el mercado interior y los derechos fundamentales, es algo inherente a los Tratados.

V. CONCLUSIÓN

El Derecho de la Unión ha incorporado a su acervo la noción del efecto horizontal y la obligación de los particulares de dar cumplimiento a las libertades públicas. Sin embargo, la horizontalidad de las libertades europeas responde a una lógica propia, profundamente condicionada por el papel del mercado interior y el diseño de éste en los Tratados. Por tanto, no es sorprendente que el modo en que el Tribunal de Justicia haya abordado la cuestión de la horizontalidad responda a peculiaridades propias.

A estas alturas, la evolución de la jurisprudencia que se ha expuesto parece razonablemente consolidada. Sin embargo, los equilibrios a los que ha llegado el

(88) VIKING y LAVAL, asuntos citados.

Tribunal de Justicia son el resultado de un largo periodo de tiempo en el que el mercado interior ha sido el objetivo primordial del proyecto de integración europea. No sabemos si en los años venideros, si en el futuro se opera una reforma profunda de los Tratados constitutivos, el equilibrio observado hasta la fecha se mantendrá. A medida que la Unión avanza hacia una organización políticamente más integrada, es razonable que el papel de los derechos fundamentales y la relevancia del individuo incrementen y alteren el equilibrio alcanzado hasta la fecha.

Por otro lado, las libertades de circulación constituyen un medio de integración negativa, un modo de impedir determinadas acciones de los Estados. La Unión opera igualmente mediante integración positiva, es decir, mediante actos y normas generales, conducentes a la aproximación o unificación de legislaciones. La creciente presencia de legislación europea y su conflicto con los derechos fundamentales puede ser el siguiente paso en la evolución expuesta en este artículo. Hasta la fecha, el Tribunal de Justicia ha optado por la interpretación conforme del Derecho derivado a la luz de los derechos fundamentales y sólo en muy contadas ocasiones ha decidido anular actos de Derecho derivado. Sin embargo, nada excluye que en los años venideros, a medida que el Tribunal de Justicia consolida su interpretación de la Carta, se intensifique el control de derechos fundamentales sobre el Derecho derivado de la Unión.

En definitiva, el efecto horizontal de las libertades ha vivido una evolución cambiante, pero el futuro no garantiza en modo alguno que se haya alcanzado el punto de llegada. Los próximos años, a medida que la Unión se adentra en terrenos y en políticas cada vez más sensibles y cercanas a los derechos fundamentales, la obligación de los particulares de respetar las libertades de la Unión seguirá avanzando, en términos que aún desconocemos.