

**APROXIMACIÓN AL PROCEDER HERMENÉUTICO DEL TJUE:
LIBERTAD DE EMPRESA, LIBRE COMPETENCIA Y CONSTITUCIÓN
DEL TRABAJO**

***ECJ HERMENEUTIC APPROACH TO BUSINESS FREEDOM: FREE
COMPETITION AND LABOR CONSTITUTION***

MIREIA LLOBERA-VILA

*Profesora Contratada Doctora
Universidad de Valencia*

Artículo recibido el 10 de diciembre de 2016
Artículo aceptado el 22 de diciembre de 2016

RESUMEN

La primacía de los derechos fundamentales constituye uno de los logros normativos de la postguerra. En contraste, la conquista jurídica del Derecho de la Unión ha consistido en someter a los parlamentos estatales a la primacía de las libertades de mercado, incluso en detrimento de los llamados derechos humanos “clásicos”. Las libertades comunitarias efectúan una concreción de la libertad de empresa en sus respectivos ámbitos materiales. Sin embargo, éstas incorporan un contenido diferenciado del atribuido al contenido esencial de la libertad de empresa reconocido en el nivel nacional. El proceso de mutación constitucional en

el ámbito europeo se dirige así hacia una confluencia con el modelo constitucional estadounidense, incorporando, además, una nueva dimensión de la libertad de empresa, en su vertiente internacional de libre comercio y de libre acceso a los mercados. A partir de estas tesis, el avance social se logra a partir de los beneficios que como consumidores los ciudadanos europeos pueden derivar de una producción más eficiente y de una competencia más intensa, acuñando una nueva ciudadanía del consumo fundada en el mercado, que no en un contrato social con el Estado. En este sentido, sea o no demostrable la relación causa-efecto entre liberalización de los mercados e interés común, la liberalización económica, que instrumentan las cuatro libertades comunitarias, se ha integrado en la categoría de interés general de naturaleza “federal”, frente a las opciones legislativas de los Estados. Un status que no tiene parangón en ningún otro modelo de integración regional.

PALABRAS CLAVE: libertad de empresa, libre competencia, Constitución del Trabajo, Constitución socio-económica, Barreras No Arancelarias (BNA), Estado Social, libertades comunitarias, libre circulación, derechos fundamentales, derechos sociales.

ABSTRACT

The primacy of fundamental human rights is one of the normative achievements of the postwar period. In contrast, the legal conquest of Union Law has been to submit State parliaments to the primacy of market freedoms, even to the detriment of so-called "classical" human rights. European Union freedoms carry out the realization of business freedom in their respective material areas. However, they incorporate a different legal content from that attributed at national level. Thus, the process of constitutional mutation at European level is directed towards a confluence with the American constitutional model, incorporating a new dimension: free trade and free access to markets. From this perspective, social progress is achieved on the basis of the benefits that consumers can derive from a more efficient production and a more intense competition, coining a new citizenship of consumption based on the market, not on a social contract with the State. As a consequence, economic liberalization, which implements the four Community freedoms, has been integrated into a “general interest category” of a federal nature, vis-à-vis legislative options of States. A status that is unparalleled in any other model of regional integration.

KEYWORDS: Business freedom, free competition, Labor Constitution, Socio-economic Constitution, Non-tariff measures, Social State, European Union freedoms, free movement, fundamental rights, social rights.

SUMARIO

1. *Introducción: ¿Las libertades del mercado interior son derechos fundamentales?*
2. *Libertades comunitarias, libertad de empresa y mercado de servicios.*
3. *Conclusiones: ventaja competitiva, libre comercio y progreso social.*

1. Introducción: ¿Las libertades del mercado interior son derechos fundamentales?

Como es conocido, las libertades comunitarias delimitan el mercado interior como un espacio sin fronteras, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales está garantizada. De modo que al interrogarse sobre la razón por la cual esas libertades económicas son fundamentales puede sostenerse que lo son porque constituyen los cuatro pilares en los que se funda la Unión, es decir, la Constitución económica de la Unión Europea. Así, las cuatro libertades fundamentales comunitarias constituyen la esencia misma del mercado interior, han demostrado ser extremadamente útiles para el progreso de integración económica comunitaria, y sin ellas los logros liberalizadores de las últimas décadas hubieran sido impensables¹.

Originariamente, las libertades fundamentales no tuvieron la finalidad de atribuir a los operadores transnacionales derechos subjetivos protegidos al mismo nivel que los derechos fundamentales. Tal atribución se ha producido posteriormente, como medio para alcanzar el fin último del Tratado de la Unión Europea, esto es, la integración, cuya proyección a futuro adquiere, en el ordenamiento comunitario, el carácter de bien común. Con todo, la doctrina científica entiende que el vínculo económico resulta incompatible con la categoría constitucional atribuida a las libertades comunitarias de mercado, pues dicho vínculo económico se contrapone a la función de los derechos fundamentales en el constitucionalismo democrático contemporáneo. Considera así Maestro Buelga que “[resulta] peligroso confundir categorías, en este caso, principios generales (ahora ya constitucionalizados) no es equivalente a derechos fundamentales

1 Vid. RODRÍGUEZ- PIÑERO BRAVO-FERRER, M. (2007), “¿Un modelo social europeo o varios? Europa social y competitividad”, *Relaciones Laborales* n. 2/2007, [pp. 97-107].

como categoría constitucional. Si eso puede afirmarse de los derechos constitucionales, sus efectos se intensifican en relación con los derechos sociales. Su especial conexión con el ámbito económico los hace más acusadamente sensibles a una subordinación como la que materializa el derechos comunitario”².

Ciertamente, la constitucionalización del Derecho de la Unión obedece a una lógica sustancialmente distinta a la de las Constituciones nacionales, siendo posiblemente uno de los objetivos de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea el de elevar las libertades comunitarias a la categoría de derecho fundamental en un texto codificado. Pero las libertades de mercado tienen un encaje difícil, desde una perspectiva científica, en la noción jurídica de derechos fundamentales y libertades públicas que, como es sabido, son la esencia y fundamento indispensable de cualquier ordenamiento jurídico que esté basado en el Estado de Derecho. Los derechos fundamentales son, a la vez, derechos subjetivos reconocidos y elementos esenciales marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de la Constitución Española (artículo 1.1). Una doble naturaleza de los derechos fundamentales —reconocida en el derecho comparado y, en el plano internacional³— que ha quedado cristalizada en el artículo 10.1 de la Constitución, a tenor del cual la dignidad de la persona, los derechos inviolables que les son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

Esta doble naturaleza ha tratado de emularse por las libertades comunitarias, pues las normas sobre libre circulación contenidas en el Tratado, de un lado, confieren genuinos derechos subjetivos individuales⁴ a los operadores económicos que actúan a nivel transnacional, y de otro, son el sustrato sobre el que se funda el mercado interior —cuya finalidad liberalizadora e integradora asume la posición de valor jurídico protegido como ratio última y suprema del Tratado. En este marco lógico, el fin mediato de las libertades comunitarias viene integrado por el interés general comunitario, si bien los operadores transnacionales son los destinatarios inmediatos, en tanto que titulares de los derechos subjetivos por ellas conferidos.

En el estudio de Emberland intitulado “Los derechos humanos de las empresas”⁵ se describe cómo en los distintos ordenamientos jurídicos las empresas reciben, en alguna medida, la protección de los derechos fundamentales dirigida a las personas

2 MAESTRO BUELGA, G. (2000), “Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea”, *Revista de derecho comunitario europeo* n. 7 /2000, [pp. 123 y ss].

3 La misma idea se expresa en la Declaración universal de los derechos humanos (preámbulo, párrafo 1.º) y en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales del Consejo de Europa (preámbulo, párrafo 4.º)

4 GARDEÑES SANTIAGO, M. (1999), *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Madrid, Eurolex, [p. 51]

5 EMBERLAND, M. (2006), *The human rights of companies. Exploring the structure of ECHR protection*, Oxford, Oxford University Press, [p. 2 y ss].

físicas. También el derecho internacional confiere determinados derechos fundamentales a los operadores transnacionales, como el de no discriminación, el derecho a la propiedad o el derecho a la tutela judicial efectiva. De modo que los catálogos de derechos originariamente diseñados para su aplicación a las personas físicas, en consideración a su dignidad como seres humanos, a menudo se aplican, por extensión, a las personas jurídicas. Es notorio, en este sentido, el modo en que las corporaciones se sirven de tales derechos en la jurisdicción estadounidense para someter a escrutinio el ejercicio del poder estatal en materia económica⁶, siendo el derecho de la Unión otro ejemplo en el que los derechos fundamentales tienen como principales actores a las empresas.

Los derechos fundamentales como derechos de protección de las actividades económicas de los operadores transnacionales sitúan por tanto a éstos últimos en una posición de paridad jurídica con las personas físicas en situaciones de desprotección. Una posición que, a nivel material, en ocasiones se encuentra contradicha por una posición de poder *de facto* que en ocasiones llega a superar el poder político detentado por los Estados⁷. El derecho internacional de comercio y el derecho de la Unión pueden considerarse así una eficaz réplica a los intentos, en el ámbito de la OIT o de la OCDE, de sujetar a las empresas multinacionales a determinados estándares sociales o medioambientales en el desarrollo de sus actividades económicas a través de las fronteras⁸.

En el ámbito comunitario, si bien la jurisprudencia ya había conferido a las libertades comunitarias un estatus funcional asimilable a un derecho fundamental, su codificación en el artículo 15 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión (en adelante, CDFU) ha supuesto un salto cualitativo muy importante. Así, de acuerdo con las Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales⁹, el apartado 2 del artículo 15 CDFU incorpora las tres libertades garantizadas por los artículos 45, 49 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), es decir, la libre circulación de trabajadores, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios. Cabe apuntar, en este sentido, que la interpretación que del concepto “persona” o “ciudadano” contenido en la CDFU, de conformidad con la CEDH (artículo 52.3 CDFU)¹⁰, permite dar cabida en dicho concepto a las personas jurídicas, es decir, a los operadores económicos¹¹.

6 Ibid.

7 WEDDERBURN OF CHARLTON, *Labour Law and Freedom*, Lawrence & Wishart, London, [p. 237].

8 Sobre tales intentos de normativización vid. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, J.J. (2005), “Marcos de las relaciones laborales en las empresas multinacionales: las directrices de la OCDE”, *Cuadernos de derecho judicial* n. 17/2005, [pp. 15-212].

9 Explicaciones sobre Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. 14/12/2007, (DOUE C 303/02).

10 El contenido derechos reconocidos en la Carta que corresponden al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) se establecen con el mismo alcance y sentido al allí establecido,

Como ha puesto de relieve nuestro Tribunal Constitucional, el problema de si los operadores económicos son sujetos de derechos fundamentales (o “derechos humanos”) plantea importantes dilemas teóricos. Los derechos fundamentales y las libertades públicas son derechos individuales que tienen al individuo por sujeto activo y al Estado por sujeto pasivo en la medida en que tienden a reconocer y proteger ámbitos de libertades o prestaciones que los poderes públicos deben otorgar o facilitar a aquéllos¹². Se deduce así del artículo 10 CE, que, en su apartado 1.º, vincula los derechos inviolables con la dignidad de la persona y con el desarrollo de la personalidad y, en su apartado 2.º, los conecta con los llamados derechos humanos, objeto de la Declaración universal y de diferentes Tratados y Acuerdos Internacionales ratificados por España — como son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966, y el Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950.

Es cierto, no obstante, que la plena efectividad de los derechos fundamentales exige reconocer que la titularidad de los mismos no corresponde sólo a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones, cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses y los valores que forman el sustrato último del derecho fundamental. Así, nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas de Derecho privado, siempre que se trate, como es obvio, de derechos que, por su naturaleza, puedan ser ejercitados por este tipo de personas¹³.

Para trasladar dicho análisis al ámbito comunitario, puede resultar de utilidad caracterizar a los destinatarios de la libertad de prestación de servicios, en su calidad de derecho subjetivo constitucionalmente consagrado por el derecho de la Unión. Así, atendiendo a los elementos constitutivos de esta libertad fundamental, tales destinatarios, al menos, deben aunar cuatro características. Deben tratarse de (a) operadores económicos, (b) que intervienen en el mercado de servicios, (c) con capacidad de actuación transnacional, (d) en ejercicio de su libre circulación. Este último aspecto se encuentra ligado fundamentalmente a la libertad del comercio, que garantiza tanto derechos de acceso al mercado como derechos de ejercicio de la actividad, lo que también incluye la dimensión de libertad de empresa en su vertiente organizativa.

En definitiva, cabe considerar que el discurso en materia de derechos humanos se ha invertido. Tradicionalmente éste se dirigía a considerar si las empresas debían o no

pudiendo ampliarse sólo en relación a aquellas materias que ya existían en el Tratado (artículo 52, apartado 3, CDFU). Vid. en este sentido, Convención Europea, Informe final del Grupo II, “Incorporación/adhesión al CEDH”, febrero 2003, Bruselas, [CONV 354/02].

11 Vid. ARAI-TAKAHASHI, Y. (2002), *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Antwerp, Intersentia, [pp. 75 y ss].

12 STC núm. 137/1985 de 17 octubre, Recurso de Amparo núm. 124/1985.

13 Ibid.

encontrase obligadas, en el desarrollo de sus actividades transnacionales, al cumplimiento de los derechos humanos. Ahora, en cambio, este discurso contempla a las empresas en tanto que titulares primarios de tales derechos. Esto contrasta con una comprensión de los derechos fundamentales como un recurso de protección de “las víctimas y de los desposeídos”¹⁴, pues el ejercicio sin cortapisas de la libre empresa por parte de las corporaciones transnacionales a menudo se ha relacionado con el abuso de poder, a cuyo control se dirige precisamente las garantías jurídicas vinculadas a la protección de los derechos fundamentales.

La adquisición por parte de las libertades comunitarias del status de derecho fundamental ha hecho que la doctrina se haya mostrado particularmente crítica respecto del modo en que determinados conceptos de la cultura política y filosófica, que fundamentan los derechos humanos en las tradiciones comunes a los Estados miembros¹⁵, han sido trasladados a terminología comunitaria convertidos en instrumentos para alcanzar objetivos económicos¹⁶. Se advierte así del riesgo de situar los derechos fundamentales básicos y las libertades fundamentales de circulación comunitarias al mismo nivel, “al moldear el lenguaje de los derechos humanos a fin de hacerlo encajar en los fines y objetivos de la Comunidad mayormente de naturaleza económica”¹⁷.

Ciertamente, las libertades de mercado se han investido del carácter central adquirido por los derechos fundamentales en el constitucionalismo moderno, provocando una transferencia de las garantías de protección constitucional a las libertades del mercado interior. Al igual que los derechos fundamentales, las libertades comunitarias detentan una posición dominante sobre las demás normas constitucionales, y por supuesto, sobre las leyes estatales. También se impone a todos los poderes públicos potenciar su efectividad, removiendo los obstáculos que se opongan a la misma para proporcionar al titular del derecho el contenido constitucional.

Además, junto a la vinculación general y a la aplicabilidad directa, son notas compartidas por las libertades comunitarias la indisponibilidad por parte del legislador, estatal o comunitario, de su contenido esencial. Las garantías otorgadas por el derecho de la Unión a las libertades fundamentales se dirigen a asegurar que éstas no se vean afectadas por ninguna injerencia ilegítima por parte del poder estatal. Se incorpora, por

14 EMBERLAND, M. (2006), *The human rights of companies. Exploring the structure of ECHR protection*, op. cit., [p. 2 y ss].

15 El Preámbulo de la Carta, en su párrafo 2º, se alude a tres tipos de objetivos de la Unión, en los que se aprecia una manifiesta diferencia de intensidad: la Unión «contribuye a defender» los valores contenidos en los derechos fundamentales, «trata de fomentar» un desarrollo equilibrado y sostenible, mientras que lo que «garantiza» son las libertades económicas de circulación.

16 COPPEL /O'NEILL (1992) “The European Court of Justice: Taking rights seriously”, *Legal Studies* n. 12/1992, [p. 227 y ss].

17 DE BURCA, G. (1997), “The Role of Equality in European Community Law”, en DASHWOOD, A./ O'LEARY, S. (eds.), *The Principle of Equal Treatment in EC Law*, London, Sweet & Maxwell, [p. 26]. Traducción propia.

tanto, un contenido esencial insuperable por parte de éste —que como ya se indicó *supra*, no se encuentra referido a un reducto mínimo de libertad absoluta, sino a una noción vinculada a la ponderación de los bienes constitucionales en conflicto, de manera que la garantía de respeto al contenido esencial no impone al legislador ninguna restricción adicional a la que resulta del principio de proporcionalidad¹⁸. Igualmente, la interpretación de sus límites habrá de estar guiada en todo caso por el «favor libertatis», que impone interpretaciones favorables a la efectividad de los derechos fundamentales y de las libertades comunitarias.

La siguiente característica compartida radica en el régimen conjunto de tutela constitucional y tutela general ordinaria, puesto que las libertades comunitarias se garantizan tanto por el Tribunal de Justicia, como intérprete último del Tratado, como por los jueces nacionales, que investidos como jueces comunitarios tienen la obligación de dejar inaplicado el derecho interno si ello resultase de las disposiciones comunitarias. A lo que debe añadirse su eficacia directa y valor normativo supralegal, y como una componente de configuración jurídica más reciente, su carácter imperativo dotado de eficacia horizontal en las relaciones *inter privatos*. Lo mismo puede predicarse respecto de la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros frente a incumplimientos del derecho de la Unión por parte de los tribunales nacionales. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) hace responsable a los Estados de las violaciones privadas de los derechos humanos garantizados por el TEDH en la medida que hayan sido confirmadas por un tribunal, en los mismos términos que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)¹⁹.

El constitucionalismo moderno situó los derechos fundamentales por encima de los dictados del legislador, invirtiendo el sentido de la relación entre el poder legislativo y los derechos fundamentales, característica de las Constituciones liberales. Según lo describe la doctrina, al eliminar la categoría de derechos sujetos a restricción legislativa se aseguraba la vigencia de éstos mediante la imposición de límites al poder legislativo, sometiendo su actividad al test de proporcionalidad, adquiriendo éste rango constitucional²⁰. Por ello, se ha considerado que la primacía de los derechos fundamentales constituye uno de los logros normativos de la postguerra. En cambio, en nuestro ámbito de estudio, la *conquista* jurídica del derecho de la Unión ha consistido en someter a los parlamentos estatales a la primacía de las libertades de mercado, incluso en detrimento de los llamados derechos humanos “clásicos”.

18 PAZ-ARES, C./ ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2002), “El derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación”, en MONERERO PÉREZ, J.L., Comentario a la Constitución socio-económica de España, Granada, Comares, [p. 397].

19 Vid. RODRÍGUEZ RUIZ, B. (1999) “El Caso Valenzuela Contreras en nuestro sistema de derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 56/1999, [p. 226], en relación a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 noviembre 1989, (asunto Markt Intern Verlag & Klaus Beermann contra Alemania, Application n. 10572/83), [parágrafo 27].
20 *Ibid.*, [p. 235-236].

Por otra parte, en nuestro sistema constitucional, la función del principio de proporcionalidad en la protección de los derechos fundamentales consiste en actuar como “límite de los límites”. Para su aplicación, es necesario que se produzca una injerencia o una restricción en el ámbito de protección de un derecho por parte de un poder público, sin embargo, en el control del legislador su utilización pierde gran parte de su coherencia dogmática²¹. En el ámbito comunitario, en cambio, dicho principio sirve de resorte de defensa frente a injerencias ilegítimas de los poderes públicos en el ámbito de las libertades de mercado. Para ello, se utiliza como punto de partida una concepción pre-jurídica de los derechos fundamentales, entendidos como límites “naturales” a la actuación del Estado, considerándose, por parte doctrina científica que defiende tal concepción, que el Estado constituye, en cambio, una “creación jurídica artificial”²². Desde esta perspectiva —cuya influencia puede reconocerse en la jurisprudencia del TJUE— el reconocimiento de los derechos fundamentales en el derecho positivo no tiene carácter constitutivo sino declarativo. Así ocurre también en el marco de la proporcionalidad comunitaria, dónde las medidas estatales correctoras del mercado se miden por su capacidad obstaculizadora, a menudo sin un apoyo literal en el texto del Tratado. La integración económica constituye en dicha jurisprudencia un bien común protegido, actuando aquí las libertades comunitarias como límites *naturales* a la actuación del Estado. De ahí que la jurisprudencia haya dado vida a una Constitución económica comunitaria aunque el Tratado no la conceptúe como tal.

Cabe recordar que la jurisprudencia relativa al “efecto desalentador” aplicada a la intervención estatal disuasoria del ejercicio de las libertades de mercado comunitarias, se origina en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Dicha jurisprudencia impone a los Estados miembros la obligación de eliminar los obstáculos que interfieran el disfrute de los derechos humanos, lo que, a su vez, se enmarca en la doctrina de obligaciones positivas desarrollada por el TEDH²³, y cuya traducción económica en el ámbito comunitario radica en la eliminación de posibles factores desincentivadores del comercio transnacional, lo que posibilita una mayor oferta de factores de producción en el territorio comunitario.

El principio de remoción de obstáculos desarrollado por el TEDH, al igual que en el derecho de la Unión, resulta aplicable tanto en la esfera del poder estatal como en las

21 Este es el parecer de GONZÁLEZ BEILFUSS, M. (2003), *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Elcano (Navarra), Aranzadi [p. 111 y ss].

22 Vid. RODRÍGUEZ RUIZ, B. (1999), “El Caso Valenzuela Contreras en nuestro sistema de derechos fundamentales”, op. cit., [p. 223-224 y 233], en relación a los derechos fundamentales como derechos que retiene el individuo frente al poder político, cuyo disfrute impone límites a la actividad estatal y su crítica a la noción liberal de los derechos fundamentales a partir de la doctrina de Habermas.

23 Vid. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 febrero 1989 (asunto Barfod contra Denmark, Application n. 11508/85), [parágrafo 28]. Vid. en la jurisprudencia constitucional española la STC Sentencia núm. 174/2006 de 5 junio, Recurso de Amparo núm. 6998/2003 [fundamento de derecho 6º, apartado 3º] y STC núm. 185/2003 de 27 octubre, Recurso de Amparo núm. 4628/1998, [fundamento de derecho 6º in fine].

relaciones entre personas privadas. Ambas integran el reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos reconocidos en su seno, de los derechos humanos, en un caso, y de las libertades fundamentales de mercado, en el otro. Así, la revisión de la concepción liberal de los derechos fundamentales ha logrado ampliar el espacio aplicativo de tales derechos para dotarlos de eficacia horizontal frente a terceros, superando los efectos meramente verticales de articulación exclusiva frente al Estado. Tal proceso expansivo ha sido emulado también por el TJUE. Así ocurrió en el caso *Laval*²⁴, donde las libertades de mercado comunitarias aparecen dotadas de una amplia *vis expansiva* susceptible de oponerse frente a partes privadas. Así, a partir de una lectura constitucional a la luz del artículo 56 TFUE, la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores (en adelante, la Directiva 96/71/CE) se ve dotada de un efecto horizontal frente al movimiento sindical, adquiriendo la libre prestación de servicios una eficacia horizontal en las relaciones *inter privatos*.

Desde sus orígenes, el Derecho comunitario ha prohibido que los Estados miembros impongan medidas discriminatorias en el acceso a los mercados, pero esta prohibición no impedía a los Estados aplicar su legislación social a los operadores externos, siempre que se les exigieran las mismas condiciones que a los empresarios nacionales. Posteriormente, sin embargo, la doctrina del TJUE de “segunda generación” impedirá que los Estados establezcan medidas que sean más gravosas para las empresas extranjeras a partir de la doctrina relativa al “efecto desalentador” al comercio, aunque formalmente sean idénticas a las aplicadas a las empresas nacionales —quedando dicho radical avance liberalizador codificado en la *Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior* (en adelante, “la Directiva 2006/123/CE de Servicios”). Esta doctrina impide a los Estados “obstaculizar” el comercio intracomunitario, incorporándose también los derechos laborales, de este modo, a la categoría de “Barreras No Arancelarias” (BNA)²⁵.

Según lo expuso en su día Scharpf, la doctrina comunitaria de la primacía liberó al derecho comunitario del control que los gobiernos nacionales hubieran podido ejercer si éste hubiera tenido la misma consideración que los tratados internacionales, eliminado también posibles limitaciones impuestas por los Parlamentos nacionales y Tribunales Constitucionales²⁶, para abordar la descomunal tarea de refundar el Derecho, a fin de alinearlos con el principio de remoción de BNA. Un principio que ha alcanzado en el

24 STJUE de 18 diciembre 2007 (asunto C-341/05, *Laval un Partneri*).

25 Vid. SZYSZCZAK, E.M., 2000. *EC Labour Law*, Dorchester: Longman, [p. 144-165], sobre la interacción entre el Derecho social y las restantes áreas del Derecho comunitario (mercado interior, competencia, fusiones de empresas, ayudas estatales, estrategia europea de empleo y contratación pública) ya en una etapa temprana.

26 SCHARPF, F. W. (2000), *Gobernar en Europa : ¿eficaz y democráticamente?*, op. cit, p. 55 y ss.

Derecho de la Unión su máxima expresión, como bien se recoge en el Preámbulo de la Directiva de Servicios:

“Con el fin de crear un auténtico mercado interior de servicios es necesario que se supriman las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de servicios que aún persisten en las legislaciones de algunos Estados miembros y que son incompatibles con los artículos 43 y 49, respectivamente, del Tratado [actuales artículos 49 y 56 TFUE]. Las restricciones prohibidas en la presente Directiva afectan especialmente al mercado interior de servicios y deben desmantelarse de forma sistemática lo antes posible”²⁷.

En el ámbito laboral, las BNA vienen básicamente referidas a barreras regulatorias, tanto en lo que respecta a normas emanadas del Estado, como a los convenios colectivos; sin embargo, otro tipo de restricciones de orden cuantitativo o cualitativo también se han considerado BNA, como por ejemplo la “restricciones” a la actividad empresarial de las empresas de trabajo temporal, o el establecimiento de límites a la externalización productiva, llegándose incluso a calificar jurídicamente determinadas manifestaciones de la libertad sindical como BNA.

Mientras el derecho comunitario y las normas de la OMC actuaban frente a las barreras al comercio de mercancías, las implicaciones sociales no eran tan perceptibles. Sin embargo, el paso hacia la liberación de la producción de servicios ha planteado nuevos problemas. Muchos de los servicios públicos se han mantenido históricamente fuera del mercado en atención a su función social, y el derecho social sólo había sido alcanzado transversalmente. Sin embargo, el traslado del proceso liberalizador de “segunda generación” al sector terciario ha incrementado la sensibilidad política sobre los riesgos asociados a la maximización del libre comercio. Así, aunque desde instancias comunitarias siga insistiéndose en la aplicación del principio de remoción de BNA por la vía de la integración negativa, no puede soslayarse que en el sector terciario las dificultades jurídicas y políticas a las que deben enfrentarse los procesos de liberalización económica se multiplican geométricamente. De modo que esta vía de integración pretoriana, tan eficaz en el ámbito del comercio de mercancías, posiblemente no rinda aquí los mismos resultados. En los años setenta, el Tribunal de Justicia ya consideraba que la libre circulación de mercancías no radicaba tanto en la eliminación de la diferencia de trato por parte de los Estados Miembros, como en la eliminación de las barreras que impedirían el libre intercambio económico²⁸; y a partir de entonces los sistemas sociales estatales comenzaron a ser sometidos a escrutinio,

²⁷ Considerando 64 de la Directiva 123/2006 Marco de Servicios.

²⁸ STJCE 11 julio 1974, (asunto 8/74 Dassonville). La delimitación jurídica de las restricciones al comercio intracomunitario de mercancías se encuentra más acotado que el de los servicios, vid. una descripción de sus principales parámetros en GARDEÑES SANTIAGO, M., 2013. Mercado interior. Sobre la noción de medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa. ¿A la tercera va la vencida? En UE, Sociología y Derecho alimentarios: estudios jurídicos en honor de Luis González Vaqué. Aranzadi, pp. 213–226.

surgiendo las primeras colisiones entre la liberalización del comercio de mercancías y las normas sociales²⁹, que pese a su importancia, no han significado un cuestionamiento tan medular de los pilares del Estado social como el que plantea actualmente la liberalización del comercio de servicios³⁰.

En definitiva, incorporemos o no las libertades de mercado a la categoría de derechos fundamentales³¹, lo que no cabe poner en duda es que éstas comparten los mecanismos procesales y garantías institucionales de máxima protección jurídica otorgada a los derechos fundamentales en las jurisdicciones nacionales. Por tanto, las opciones constitucionales de los Estados no sólo quedan sujetas en su configuración a los imperativos de las libertades comunitarias. Además, los mecanismos jurídicos destinados a garantizar las bases institucionales de los Estados deben redirigirse hacia la protección de los principios y valores de la Constitución económica comunitaria. Ello ocurre cuando el principio de primacía y el efecto directo del derecho de la Unión penetra “las categorías constitucionales que dotan de contenido a la forma de Estado Social”. Según lo expone Maestro Buelga, éstas dos instituciones jurídicas de integración económica —que, en definitiva, dotan de superioridad jurídica el sistema de fuentes constitucional comunitario— acaban disciplinando la estructura de relaciones laborales de los Estados Miembros, incluyendo la autonomía colectiva³².

2. Libertades comunitarias, libertad de empresa y mercado de servicios.

Las libertades comunitarias no sólo confieren derechos subjetivos individuales a los operadores económicos que actúan a nivel transnacional. También constituyen el sustrato axiológico sobre el que se funda el mercado interior, pues su finalidad liberalizadora e integradora asume la posición de *ratio* última y suprema del Tratado.

29 Vid., entre otras, STJCE de 23 noviembre 1989 (asunto C-145/88, Torfaen) y STJCE de 28 febrero 1991 (asunto C-312/89, Confaroma). En estos pronunciamientos se declara que las concretas medidas sociales enjuiciadas no obstaculizaban el mercado interior. Su importancia radica en que inician una sistemática aplicación de la doctrina de las Sentencias Dassonville y Cassis de Dijon, de sujeción de las normas con incidencia socio-laboral a los imperativos de la libertad de mercado comunitario y del principio de proporcionalidad.

30 Vid. sobre la presunción de laboralidad, STJCE de 5 junio 1997, (Syndesmos, C-398/95); sobre restricciones al acceso a labores de estiba y desestiba, STJCE 16 septiembre 1999 (Becu, C-22/98); en materia de sucesión de empresas STJCE 9 diciembre 2004 (aeropuertos italianos, C-460/02); sobre el significado constitucional actual de los servicios públicos, en cuestiones cruciales como las prestaciones sanitarias, NEWDICK, C., 2006. Citizenship, free movement and health care: Cementing individual rights by corroding social solidarity. *Common Market Law Review*, 43(6), pp. 1645–1668.

31 En relación a la integración de las libertades comunitarias en la categoría jurídica de derecho fundamental vid. GALETTA, D.U. (1998), “El principio de proporcionalidad en el derecho comunitario”, *Cuadernos de Derecho Público* n. 5/1998, [p. 80].

32 Vid. MAESTRO BUELGA, G. (2000), “Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea”, *Revista de derecho comunitario europeo* n. 7 /2000, [p. 123].

Desde antiguo todo impulso político al comercio interestatal ha contenido fórmulas de eliminación de obstáculos que restrinjan el flujo económico a través de las fronteras, llevando al desarrollo de garantías de «libre tránsito» como las contenida en el «*ius societatis et communicationis*» en el siglo XVIII³³. Sin embargo en el constitucionalismo moderno que alumbró las Cartas magnas escritas europeas se encuentra mayormente inédito el reconocimiento constitucional de la vertiente internacional de la libertad de empresa, como categoría diferenciada de la libertad empresa a nivel interno. Los derechos económicos de los operadores extranjeros no suelen encontrar en ellas un estatuto propio, ni se encuentra tal libertad reconocida al mismo nivel que los derechos fundamentales y los intereses nacionales, ya sean públicos (servicios públicos, orden público o medidas imperiosas de interés general) o privados (discriminación inversa de los operadores económicos nacionales). Sin perjuicio de las frecuentes remisiones a tratados internacionales, es también inusitado que tales intereses nacionales o la protección en el nivel nacional de los derechos fundamentales puedan situarse en una posición de concurrencia o subordinación respecto de la libertad de comercio en su dimensión transnacional³⁴.

En este sentido, cierto sector doctrinal considera que la Constitución española no proporciona suficientes elementos de juicio sobre “cuánto mercado deba existir en la economía española”, de modo dicha concreción del contenido de la Constitución económica española se atribuye al derecho de la Unión, que viene así a limitar considerablemente sus “posibilidades socializantes”³⁵. Desde esta óptica se contempla la Carta Magna como una concha vacía, en la que tiene plena cabida el significado que quiera otorgarle la Constitución económica comunitaria.

Es cierto que las libertades comunitarias efectúan una concreción de la libertad de empresa en sus respectivos ámbitos materiales. Sin embargo, no parece correcto vaciar de contenido nuestra propia Constitución económica, especialmente teniendo en cuenta que la parte del Constitución dedicada a “Economía y Hacienda” atribuye a los poderes públicos la potestad de intervenir en el mercado, regularlo y suprimirlo; el artículo 33 CE somete toda la riqueza del país “al interés general”; o el artículo 128.2 CE reconoce al Estado el derecho a reservarse sectores enteros de la economía.

33 GROZIO, *De iure belli ac pacis libri tres*, Lausaunne, 1758-1759, 1, II, cap. II, citado por LÓPEZ GARRIDO, D. (1986), *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo*, Madrid, Tecnos, [p. 21].

34 Nótese que en Estados Unidos el «procedimiento económico debido» que protegía la libertad de empresa frente a las iniciativas de regulación social cumplió hasta la Revolución del New Deal se desarrollaron en el seno de un mismo Estado. Para un análisis comparativo entre el «procedimiento económico debido» en Estados Unidos y la cláusula de comercio negativa en el derecho comunitario puede consultarse POIARES MADURO, M. (1998), *We, the Court: the European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford, Hart publishing, [pp. 90-102].

35 PAZ-ARES, C./ ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2002), “El derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación”, op. cit., [pp. 357-440].

En efecto, nuestro Tribunal Constitucional ha condicionado la aplicación del principio de primacía comunitario al respeto de la cláusula del Estado social, habiendo declarado que los límites a las facultades soberanas del Estado, a resultas de la cesión del ejercicio de competencias a la Unión “son aceptables únicamente en tanto el Derecho europeo sea compatible con los principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho establecido por la Constitución nacional”³⁶. Se imponen por tanto límites de orden material a la primacía, advirtiéndose que las competencias transferidas no pueden servir de fundamento “para la producción de normas comunitarias cuyo contenido fuera contrario a valores, principios o derechos fundamentales de nuestra Constitución”³⁷, estableciendo también una reserva de competencia jurisdiccional en su favor en el caso que el derecho de la Unión resulte “inconciliable” con la Constitución española³⁸.

Cabe precisar que las libertades de circulación comunitarias incorporan un contenido diferenciado del atribuido al contenido esencial de la libertad de empresa reconocido en el nivel nacional. En efecto, la libertad de empresa viene protegida exclusivamente en su dimensión internacional, pues como ya se indicó, las libertades comunitarias, en principio, no contemplan las actividades cuyos elementos estén contenidos por entero en un solo Estado miembro. Así, las garantías otorgadas por el artículo 56 TFUE sólo tienen virtualidad en el caso de las prestaciones de servicios que se ofrezcan en territorio de un Estado miembro distinto de aquel en el que está establecida la empresa³⁹.

No cabe entender, por tanto, esta concreción de la libertad de empresa como un mero añadido que incorpora la vertiente internacional de su ejercicio. Por el contrario, la esencia jurídica de las libertades comunitarias afecta íntimamente la configuración de la libertad de empresa tal como se encuentra reconocida en la Constitución española. En primer lugar, en relación a la posición que ésta ocupa frente a la Constitución del Trabajo, al alterar los pilares socioeconómicos de la Constitución española, y en segundo lugar, al situar los derechos económicos de los operadores transnacionales en una posición de predominancia jurídica, en la aplicación del principio de primacía, frente a las empresas de base puramente nacional. Es relevante, en este sentido, considerar cómo afecta el derecho de la Unión al derecho de libertad empresa reconocida en el artículo 38 de la Constitución española cuando sitúa a las empresas de base puramente nacional en una posición jurídica de discriminación inversa.

36 Tribunal Constitucional (Pleno), Declaración núm. 1/2004 de 13 diciembre, op. cit., [fundamento de derecho 2º].

37 Ibid., fundamento de derecho 3º.

38 Ibid., fundamento de derecho 4º.

39 STJUE 24 de marzo de 1994 (asunto Gerhart C-275/92), apartado 29. Si tal es el caso en un supuesto particular dependerá de las apreciaciones de hecho que corresponde efectuar al órgano jurisdiccional nacional, vid. en este sentido la STJUE de 16 de noviembre de 1995, (asunto Van Buynder, C-152/94), apartado 10; STJUE de 7 de diciembre de 1995, (asunto C-17/94, Gervais), apartado 24; STJUE 5 de octubre de 1994, (asunto TV10, C-23/93), apartado 14.

En definitiva, el proceso de mutación constitucional en el ámbito europeo se dirige hacia una confluencia con el modelo constitucional estadounidense⁴⁰ tanto en relación a las normas internas de los Estados Miembros, incluidas las constitucionales, como en relación a los compromisos jurídicos preexistentes asumidos por estos⁴¹; incorporando, además, una nueva dimensión de la libertad de empresa, en su vertiente internacional de libre comercio y de libre acceso a los mercados. El proceso de constitucionalización de las libertades comunitarias ha tenido un papel fundamental en el éxito del modelo de integración económica europea, posiblemente, el sistema de integración económica regional más avanzado existente.

Uno de los aspectos de esta nueva dimensión de la libertad de empresa se pone de manifiesto, como ya hemos dicho, a partir de la negativa del Tribunal a dotar de relevancia a los efectos de discriminación inversa producidos por la implantación de las libertades de mercado comunitarias⁴². Así, pese a que el artículo 18 TFUE prohíbe la discriminación por razón de nacionalidad, el Tribunal de Justicia no considera que dicha prohibición incluya la discriminación inversa⁴³, puesto que ésta no obstaculiza la libre circulación entre Estados. Esto implica que las empresas nacionales pueden verse sujetas, por ejemplo, a condiciones de empleo más rigurosas que las exigidas a los prestadores extranjeros⁴⁴.

En efecto, la discriminación inversa aparece como tema recurrente en los pronunciamientos del TJUE. En *Rüffert* el TJUE considera contraria al derecho de la Unión la obligación convencional de abonar a los trabajadores desplazados los salarios aplicables a los trabajadores locales, aunque ello ocasionara la discriminación de los prestadores internos. En efecto, éstos se ven, en tal caso, obligados a pagar salarios más altos que sus competidores extranjeros, a menos que dicho Estado opte por una reducción de tales estándares salariales. En definitiva, toda aquella actividad susceptible

40 Vid. GUZMÁN ZAPATER, M. (2001), “¿Hay avances en la construcción de una noción de orden público en el ámbito comunitario? (A propósito de las SSTJUE de 1 de junio de 1999, 28 de marzo y 11 de mayo de 2000 sobre el art. 27.1 del Convenio de Bruselas)”, *Aranzadi civil* n.1/2001, pp. 1945-1970.

41 Vid. Dictamen 2/13 del TJUE relativo a la compatibilidad con los Tratados el Proyecto de Acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), 18/12/2014, apartados 201 a 214.

42 Vid. LENAERTS, K., Federalism and the rule of law: Perspectives from the European Court of Justice. *Fordham International Law Journal*, n. 33/2010, [pp. 1338-1387]; RITTER, C., Purely internal situations, reverse discrimination, Guimont, Dzodzi and article 234. *European Law Review* n. 5/2006, [pp. 690-710]; SARMIENTO, D., Discriminaciones inversas comunitarias y Constitución Española. *Civitas. Revista española de derecho europeo* n. 15/2005, [pp. 375-411].

43 STJUE de 28 marzo 1979, (asunto 175/78, Saunders); STJUE de 27 octubre 1982 (asunto 35/82, Morson and Jhanjan); STJUE de 07 febrero 1979 (Auer, asunto 136/78).

44 Esta falta de atención jurisprudencial a los problemas de discriminación inversa resulta, sin embargo, coherente con el principio de remoción de obstáculos, pues de tenerse en cuenta tales efectos en las empresas nacionales, la aplicación del principio de mutuo reconocimiento se limitaría a eliminar doble imposición, pero no tendría posibilidad de limitar los estándares superiores del lugar de ejecución de la prestación. Vid. Conclusiones del Abogado General Yves Bot presentadas el 20 de septiembre de 2007 (asunto Dirk Rüffert, C 346/06), [parágrafo 103].

de ser prestada mediante la “importación” de mano de obra desplazada es susceptible de ser sometida a dicha presión competitiva.

Esta competencia regulatoria somete al legislador a la constante tensión de otorgar más y mayores concesiones a fin de atraer al capital, logrando que “los regímenes político económicos del Estado del Bienestar se encuentren cercados incluso allí donde aún se defienden”⁴⁵ conforme la presión jurídica integradora va ampliando el espacio de regulación nacional sometido al imperativo de la libre competencia. Según ha expuesto la doctrina, la competencia entre sistemas puede conducir a una «carrera hacia la cúspide» en cuanto a estándares sociales o una «carrera hacia el fondo», también denominado «efecto Delaware» que en los Estados Unidos alentó el establecimiento de las empresas en aquellos estados cuyas normativas eran más laxas⁴⁶. Ciertamente, de la competencia en la reducción de cargas regulatorias y costes de Seguridad Social se deriva un riesgo plausible de generar una progresión a la baja de los estándares sociales y de protección social en el espacio comunitario.

También existen autores que argumentan que tal regresión no es una consecuencia necesaria, defendiendo los beneficios del reconocimiento mutuo y de la competencia entre sistemas como modelo de optimización económica respecto de la intensidad adecuada de regulación en cada país, teniendo en cuenta su efecto simultáneo sobre el precio y la calidad del producto⁴⁷. Desde estas tesis, la nivelación de costes producida por la competencia entre sistemas laborales es un efecto buscado y coherente con los fines del Tratado⁴⁸, aunque contradictorio con otros objetivos no económicos contenidos en el mismo⁴⁹. Así, para este sector doctrinal, cuando los gobiernos tratan de evitar que su empresariado local se vea en peores condiciones de competitividad que los operadores externos se genera una dinámica positiva encaminada hacia la producción de una legislación *idónea* que tiende hacia un «mínimo común denominador» particularmente eficiente en términos económicos⁵⁰.

3. Conclusiones: ventaja competitiva, libre comercio y progreso social

No cabe poner en cuestión desde un punto de vista jurídico-formal la relación entre la consecución del mercado interior y el esperado bienestar común fruto de la

45 SCHARPF, F. W. (2000), *Gobernar en Europa: ¿eficaz y democráticamente?*, Madrid, Alianza, p. 55.

46 Vid. WEDDERBURN OF CHARLTON (1995), *Labour Law and Freedom*, op.cit., [p. 350 y].

47 STREIT, M.E. (1996), “Competition Among systems, harmonisation and European integration”, *Max Planck Institute Working Paper 1996/1*, Cologne, Max Planck Institute for the Study of Societies, [p. 1-10].

48 Vid. MARCIANO, A./JOSSELIN, J.M. (2003), *From economic to legal competition. New perspectives on law and institutions in Europe*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, [p. 61 y ss].

49 Como la «mejora de las condiciones de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso» (art. 151 TFUE). Sobre los objetivos no económicos de la Comunidad vid. STJUE 08 abril 1976, (Defrenne / Sabena asunto 43/75) parágrafos 8-12.

50 Vid. MARCIANO, A./JOSSELIN, J.M. (2003), *From economic to legal competition. New perspectives on law and institutions in Europe*, op. cit., op.cit. [p. 61 y ss].

liberalización económica y de la apertura de los mercados, por resultar una componente casi axiomática de las disposiciones del Tratado. Así, por ejemplo, el principio de remoción de obstáculos que aplica el TJUE, de acuerdo con el tenor de la Directiva 2006/123/CE de Servicios está dirigido a la eliminación de las barreras que obstaculizan el desarrollo de las actividades de servicios entre Estados miembros como “medio esencial de reforzar la integración entre los pueblos de Europa y de fomentar un progreso económico y social equilibrado y sostenible”⁵¹.

El interés general comunitario se identifica con una determinada noción de progreso social ya desde el *Programa Spaak*⁵², incorporándose en el *Programa general para la supresión de las restricciones a la libre prestación de servicios* de 1962 una prohibición de disposiciones y prácticas restrictivas que “hagan onerosa la prestación de los servicios imponiendo cargas fiscales o de otro tipo, como la prestación de un depósito o de una fianza en el país de acogida” [(letra e) del punto A]⁵³. Los orígenes del derecho de la Unión en materia de servicios contienen por tanto previsiones muy concretas en relación a supresión de costes *innecesarios* para los prestadores transnacionales, aunque en este momento esta prohibición aún no alcanza a los costes laborales. Será la jurisprudencia la que posteriormente recoja esta prohibición de restricción y la extienda a la legislación social. Para pasar ulteriormente a formar parte de los presupuestos económico-normativos de la actuación normativa comunitaria, en función de la cual se desarrolla la labor interpretativa del Tribunal de Justicia, como se puso de relieve en el ya mencionado asunto *aeropuertos italianos*:

“Los Estados miembros conservan la facultad de garantizar un nivel adecuado de protección social para el personal de las empresas que prestan servicios de asistencia en tierra. En cambio, la interpretación del artículo 18 de la Directiva 96/67 que da el Gobierno italiano, en especial, al tener en cuenta consideraciones de orden social, haría excesivamente difícil la entrada de nuevos prestadores de servicios en los mercados de asistencia en tierra, ya que éstos estarían obligados a hacerse cargo del personal empleado por el agente anterior. Por consiguiente, se pondría en peligro la utilización racional de las infraestructuras aeroportuarias y la reducción de los costes de los servicios correspondientes para los usuarios”⁵⁴.

Así, desde las teorías económicas de la ventaja comparativa, el libre comercio se justifica en relación a los intereses de los consumidores, por entender que los beneficios atribuidos a la liberalización económica se perfilan como la mejor opción de progreso social. A partir de estas tesis, el avance social se logra a partir de los beneficios que como consumidores los ciudadanos europeos pueden derivar de una producción más

51 Vid. Primer considerando de la Directiva Marco 123/2006 de Servicios.

52 Rapport des chefs de delegation aux Ministres des Affaires Etrangères = Report of the Heads of Delegation to the Ministers of Foreign Affairs (21 April 1956). [Intergovernmental Committee on European Integration, commonly called the Spaak Report].

53 D.O. nº 2 de 15.1.1962, p. 32/35 [edición especial en español: Capítulo 06 Tomo 1 p. 3].

54 STJUE 9 diciembre 2004 (Aeropuertos italianos, C-460/02), [parágrafo 33].

eficiente y de una competencia más intensa⁵⁵, acuñando una nueva ciudadanía del consumo fundada en el mercado, que no en un contrato social con el Estado. Desde estos planteamientos teóricos la apertura de mercados y la libre competencia se ofrece como la vía más eficaz para el suministro de los bienes básicos. De ahí que las políticas sociales deban dirigirse a facilitar el acceso al mercado de aquellos que se ven excluidos de éste⁵⁶. Estas tesis también ponen de relieve los beneficios recíprocos que el modo 4 de prestación de servicios (a través del desplazamiento de trabajadores de un país al otro sujetos contractualmente a la ley de sus países de origen) representa para países receptores y exportadores, pues asumen que el deterioro que las condiciones del mercado de trabajo en el país de destino se ven a la larga compensadas por los beneficios globales asociados a la liberalización económica⁵⁷.

Esta visión de la liberalización económica ha sido, sin embargo, fuertemente contestada desde otros sectores doctrinales, que inciden en las externalidades ocasionadas por la liberalización económica, como la precarización de los derechos sociales, la proliferación de masas de excluidos o la devastación medioambiental. Se ha puesto en cuestión los propios instrumentos de valoración de la pretendida eficiencia económica del modelo liberalizador, por considerar que el sistema de precios “irreales” anclados actualmente en el marginalismo —que parte de la teoría económica que se funda en la idea de que el valor de intercambio de un bien se halla en función de la utilidad de la última unidad disponible de dicho bien, denominada utilidad marginal⁵⁸— desempeña un papel de medida económica de “lo que es por referencia a lo que debe ser”. Lo que dificulta que la teoría económica pueda expresar la ineficiencia económica de la inobservancia de los derechos sociales fundamentales, limitativa del desarrollo humano material y social; cuando tal metodología económica cuantifica lo producido para el mercado sin tener en cuenta lo desaparecido o no generado socialmente en el proceso de producción⁵⁹.

55 Vid. intervención del Presidente de la Comisión, José Manuel Barroso en el Debate de la Cámara, martes 14 de febrero de 2006, [P6_CRE-REV(2006)] sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior, COM (2004) 2, de 13 enero 2004.

56 Desde tal planteamiento el Banco Mundial ha impuesto durante décadas recortes en gasto social y reformas estructurales en los países menos industrializados como condición para el acceso a su apoyo económico. Sólo recientemente el Banco Mundial ha aceptado la utilidad de la necesidad de garantizar determinados estándares laborales internacionales en materia de trabajo infantil y discriminación de género, manteniéndose aún reticente frente a la libertad sindical y del derecho a la negociación colectiva. Vid, en este sentido, HEPPLÉ, B. (2005), *Labour Law and global trade*, Oxford- Portland, Hart publishing, [p. 17 y ss], que aborda un exhaustivo análisis entre los efectos del libre competencia y apertura de los mercados en del progreso social.

57 Vid. CHAUDHURI, S./ MATTOO, A./ SELF, R. (2004), “Moving people to deliver services: how can the WTO help?”, *Journal of World Trade* n. 38(3)/ 2004, [p. 368].

58 Vid. la obra de MÉNDEZ IBISATE, F. (2004), *Marginalistas y Neoclásicos*, Madrid, Síntesis.

59 Vid. GARCÍA-DURAN, R. (2005), “Los procesos de integración supranacional”, en GARCÍA-DURAN, R., *Catorce temas para entender la economía*, Bellaterra (Barcelona), Universitat Autònoma de Barcelona.

En este sentido, el potencial de empleo y la promoción de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) constituyen, en el ámbito comunitario, la pretendida dimensión social del fomento del comercio de los servicios. La creación de puestos de trabajo, fruto de la liberalización, fue por tanto uno de los argumentos más vehementemente utilizados en el debate parlamentario sobre la Directiva 2006/123/CE de Servicios, ejemplificando cómo por mediación de las razones de empleo cualquier política puede adquirir un tinte social, permitiendo asimilar los intereses del libre intercambio a los intereses de toda la sociedad⁶⁰. Lo que está por cuantificar es qué proporción neta del crecimiento del empleo en el sector terciario no es sino una mera transferencia de empleo desde la industria a los servicios, especialmente teniendo en cuenta las tesis dominantes que propugnan la eliminación de las plantillas estables como medio de aprovechar las oportunidades que ofrece la externalización productiva⁶¹. No menos importante es evaluar la calidad del empleo generado en relación con el perdido, en términos de condiciones laborales y de estabilidad, en aquellos casos en que la aparición de nuevos empleos en el mercado de servicios viene precedida de extinciones colectivas originadas por decisiones externalizadoras⁶².

La protección de las PYMES ha tenido también una fuerte presencia en las políticas comunitarias, e incluso el TJUE ha señalado que “las Directivas que se adopten en materia de salud y seguridad de los trabajadores evitarán establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas”⁶³. Sin embargo, resulta incierto si tal protección tiene una finalidad promocional o si opera como paliativo, pues no es evidente que la consecución de la finalidad integradora del Tratado resulte beneficiosa para las PYMES que, como es conocido, son las principales generadoras de empleo. El sector servicios se caracteriza por un gran número de microempresas (menos de 10 asalariados), de modo

60 “Señorías, no duden de nuestras ambiciones para Europa. Y a este respecto, debemos ser claros por lo que se refiere a la cuestión económica. ¿Es aceptable tener veinte millones de desempleados en la Unión Europea? ¿Hace falta un argumento de más peso para justificar nuestra iniciativa? ¿No es esta una de las razones principales de la falta de confianza en la Unión?”. Intervención del Presidente de la Comisión, J.M. Barroso. Las alocuciones del Comisionario de Mercado Interior y Servicios, C. McCreedy, y del eurodiputado C. Heaton-Harris (PPE-DE), también se dirigieron en esta dirección. Debate de la Cámara, martes 14 de febrero de 2006, doc. núm. P6_CRE-REV(2006) 02-14. La explicación del voto en contra de la Delegación británica a la Directiva 96/71/CE también se fundaba en similares consideraciones.

61 PÉREZ GARCÍA, F., *Productividad e internacionalización*, Productividad e internacionalización. El crecimiento español ante los nuevos cambios estructurales, Bilbao, Fundación BBVA, [p. 235]. Sobre los efectos de la liberalización del comercio en las tasas de empleo de los países de la OCDE vid. STALKER, P. (2000), *Workers without frontiers: the impact of globalization of international migration*, Boulder (CO), Lynne Rienner, [pp. 38-41]

62 En España, detrás del abaratamiento del coste medio de la mano de obra en el periodo 1996-2000, ha estado, entre otros factores, la estrategia empresarial de externalizar los servicios que antes se prestaban en el seno de la empresa. Como resultado, las tablas salariales de los convenios, “que antes constituían un suelo salarial para cada categoría profesional, se han ido convirtiendo en un techo, a partir del menor nivel de garantía de las condiciones laborales de muchos trabajadores de las empresas subcontratistas”, Mercado de trabajo español en 2003 y perspectivas 2004, CCOO, 2003.

63 Vid. STJUE de 30 de noviembre de 1993, Kirsammer-Hack, asunto C-189/91 [fallo].

que cabe valorar, si cuando el derecho de la Unión favorece el acceso de los operadores extranjeros, normalmente de empresas de gran dimensión, a los mercados nacionales, esto tiene un efecto de aumento o de disminución de la participación de las PYMES en el mercado de servicios. El incremento de la competencia exterior generado por una mayor integración del mercado interior de los servicios puede resultar favorecedor para las PYMES, obligándolas a mejorar su eficacia e innovación para incrementar su productividad o, por el contrario, puede llevarlas a ir desapareciendo del sector. Las ventajas para las empresas del sector son evidentes en lo relativo a la facilidad de acceso a los mercados, pero los efectos indirectos son igualmente importantes, pues la liberalización del comercio internacional de servicios, junto con la supresión de los obstáculos del mercado interior al comercio transfronterizo y a la inversión en la Unión Europea, somete a las PYMES a una presión competitiva más fuerte. Así, los países que cuentan desde hace décadas con un sector servicios más desarrollado, Países Bajos y el Reino Unido, son los que tiene un porcentaje más elevado de empleo en grandes empresas de servicios, lo que parece indicar una tendencia hacia la penetración de las grandes empresas en el sector terciario en detrimento de las PYMES, fundamentalmente en lo que concierne a los servicios a las empresas⁶⁴.

En definitiva, las políticas integradoras de mercados no siempre se encuentran bien fundamentadas y para algunos autores presentan “un dilema de prisionero simétrico”, en cuyo seno no es posible presuponer un interés común en la creación de un mercado más amplio⁶⁵. Esto hace de la liberalización como bien común una cuestión enormemente polémica, pues el actual estadio de capitalismo financiero hace que el crecimiento económico ya no dependa de un compromiso estable entre capital y trabajo característico de la época fordista sino de procesos desreguladores adaptados a un capitalismo más volátil⁶⁶.

64 Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, al Comité de las Regiones: La competitividad de los servicios relacionados con la empresa y su contribución al buen funcionamiento de las empresas europeas COM (2003) 747 final de 04-12-2003, [p. 13].

65 Cada línea doctrinal económica mantiene posturas diferentes sobre las interacciones positivas o negativas entre de las medidas laborales sobre las políticas macroeconómicas, por lo que un juicio de esta naturaleza no está completamente exento de consideraciones ideológicas. Vid. la comparación los estudios de HÉRITER y SCHMIDT en SCHARPF, F. W. (2000), *Gobernar en Europa: ¿eficaz y democráticamente?*, Madrid, Alianza [p. 118 y 130]. Un catálogo de objeciones teóricas frente a las ventajas del libre comercio han sido desarrolladas por MORA, J. J. (1999), *De la libertad del comercio*, Madrid, Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, [pp. 121-189]. En concreto, sobre los efectos económicos negativos de la integración europea vid. GARCIA-DURAN, R. (2005), “Los procesos de integración supranacional”, Idem., *Catorce temas para entender la economía*, Bellaterra (Barcelona), Universitat Autònoma de Barcelona, [pp. 159-166].

66 Vid. BAYLOS GRAU, A. (1999), “Globalización y Derecho del Trabajo: Realidad y Proyecto”, *Cuadernos de Relaciones Laborales* n. 15/ 1999, pp. 20-49.

De otro lado, determinados estudios elaborados en el seno de la OIT⁶⁷ han mostrado que el estímulo del comercio y el incremento de la competitividad en los mercados mundiales, que favorece las empresas con capacidad de actuación transnacional, en ocasiones no sólo impide que las empresas más pequeñas desarrollen su potencial o que consigan acceso a los mercados mundiales, sino que provoca, a fin de reducir costes y aumentar la competitividad, el abandono de las relaciones de empleo regulares hacia relaciones más flexibles, precarias e informales y el incremento de la contratación externa o la subcontratación. Son las medidas correctoras del mercado las que deben asumir, según estos estudios, la labor de *conversión* de mayores cotas de intercambio económico en mayores niveles de calidad de vida y trabajo mayores tasas de empleo estable⁶⁸.

La falta de medidas de integración positiva comunitaria dirigidas a corregir los excesos del mercado⁶⁹, las inversiones de capital intensivo y el fomento del comercio tienen posibilidad de traducirse en un crecimiento sin mejora de calidad de vida; o lo que la doctrina ha denominado como “una especie de anomia del bienestar”, ciertamente contradictoria, en la que la nueva economía financiera y las nuevas tecnologías generan enormes expectativas de enriquecimiento económico, dando simultáneamente muestras de una manifiesta incapacidad para construir una ciudadanía y un modelo de legitimación y de consenso social que se enfrente al “progresivo desmantelamiento de la solidaridad colectiva e institucional y a la aparición de subclases e infraclases en las sociedades occidentales surgidas de la promoción legal del trabajo de mala calidad laboral, sin proyecto ni estabilidad”⁷⁰. De ahí que la integración negativa del mercado interior se considere como una restricción a la capacidad de los sistemas políticos para

67 OIT, “Socially responsible enterprise restructuring” – A joint working paper of the ILO and the European Bahá’í Business Forum, Geneva, 2001. En este documento se describe la relación entre mayor libertad de comercio y presión sobre los estándares sociales, que actualmente incide en que las empresas operen cada vez más con pequeños núcleos de asalariados bajo términos y condiciones reguladas (empleo formal) localizados en un lugar de trabajo formal fijo, junto a una creciente periferia de trabajadores no normalizados o atípicos, y a menudo informales. Por una parte, el cambio hacia relaciones de empleo informales complica el problema de la dependencia, pues es menos obvio quién es el responsable final de estas personas cuya condición de asalariado ha sido encubierta. Por otra parte, la individualización de las relaciones de empleo hace que la representación colectiva de los intereses de los trabajadores sea mucho más dificultosa.

68 LÓPEZ GANDÍA, J. / OCHANDO CLARAMUNT, C. (2005), Prólogo, *El Estado del bienestar: modelos y líneas de reforma*, Alzira (Valencia), Germania, [p. 10] aluden, en este sentido a “nuevas vías” que garanticen la viabilidad económica y política del Estado de Bienestar, a fin de mejorar su eficiencia y equidad, y de compatibilizar la actuación redistributiva del Estados con mayores cotas de crecimiento económico.

69 La integración positiva y negativa no definen los procesos económicos como tales sino la política gubernamental, en este caso comunitaria, orientada a ampliar el espacio económico más allá de las fronteras nacionales existentes. Mientras, la integración negativa se refiere a la eliminación de aranceles, restricciones cuantitativas y otras barreras al comercio u obstáculos a la competencia libre, la integración positiva, por el contrario, viene definida por la doctrina como «la reconstrucción de un sistema de regulación económica en el nivel de una unidad económica más amplia». Vid. SCHARPF, F. W. (2000), *Gobernar en Europa: ¿eficaz y democráticamente?*, [p. 59].

70 Vid. ALONSO, L. E. (2000), *Trabajo y postmodernidad: el empleo débil*, Madrid, Fundamentos, [p. 190 y ss].

perseguir objetivos sociales fruto de decisiones democráticas, con el subsiguiente abandono de las políticas keynesianas de bienestar social y el alumbramiento de Estados de fomento de la competencia (de *welfare* a *workfare*)⁷¹.

Como ha escrito Weiler, hasta épocas recientes la integración europea aparecía en la opinión pública como ideológicamente neutra. Dicha neutralidad ideológica comunitaria, que trascendía los debates políticos nacionales en torno a los ejes de derecha o de izquierda, fue especialmente útil a la hora de lograr un consenso no partidario para la consecución de los objetivos comunitarios. Sin embargo, según escribe este autor, “una vez consolidados los nuevos instrumentos del Acta Única Europea, el programa de Maastricht avanzaba hacia una mayor integración del mercado europeo basado en un programa que no es un simple proyecto tecnócrata para eliminar los restantes obstáculos a la libre circulación de todos los factores de producción. Es también una opción altamente politizada de ethos, ideología, cultura política, en definitiva una cultura del mercado y una filosofía (...) que se basa en la premisa de la igualdad formal de los ciudadanos. Una ideología cuyos contornos han sido objeto de intenso debate en cada uno de los Estado comunitarios a fin de establecer sus propias opciones políticas”⁷². En este sentido, sea la relación causa-efecto entre liberalización de los mercados e interés común demostrable o no en ciencia económica, la liberalización económica, que instrumentan las cuatro libertades comunitarias, se ha integrado en la categoría de interés general de naturaleza “federal” frente a las opciones legislativas de los Estados. Un status que no tiene parangón en ningún otro modelo de integración regional. Posiblemente el régimen jurídico comunitario haya sido el primero en constitucionalizar el nuevo régimen post-fordista del Estado competitivo; con una grave pérdida de espacio jurídico de las fuerzas correctoras que, fruto del pacto social, han logrado limitar y estabilizar el capitalismo acumulativo y productivista, durante las décadas posteriores al conflicto armado más grave y sangriento de la historia.

71 Vid. JESSOP, B. (1990), “Regulation theories in retrospect and prospect”, *Economy and Society* vol. 19(2), [pp. 153-216].

72 WEILER, J. (1991), “The transformation of Europe”, *Yale Law Journal* n. 100/1991, pp. 2476-2477, (traducción propia).