

LIBERTAD DE EMPRESA, CONCURRENCIA MERCANTIL Y NORMAS SOCIALES DEL MERCADO INTERIOR EUROPEO

JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

EXTRACTO

Palabras clave: Libertad de empresa, libre competencia, mercado interior, política social, defensa de la competencia, productividad, flexiguridad

En este estudio se aborda la conexión entre la libertad de empresa en el marco del Derecho de la Unión Europea y el desarrollo de los derechos sociales a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, así como las interpretaciones doctrinales que pueden realizarse de la regulación de la libre competencia en los Tratados. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha emitido una serie de sentencias que cuestionan la sostenibilidad social del modelo europeo a la hora de aplicar las reglas de libre competencia, subordinando a la libertad de empresa y rebajando su nivel de protección los derechos sociales garantizados en otros momentos históricos por el mismo Tribunal.

ABSTRACT

Key words: Free market, free competition, internal market, social policy, defense of competition, productivity, flexicurity

In this study we deal with the connection between freedom of market in the frame of European Union Law and the development of social rights in the light of the Court of Justice's statements, so with the doctrine interpretations that can be made on the regulation of free competition in the Treaties. The Court of Justice of the European Union has issued a serie of statements that question the sustainability of the European social model when applying the rules of free competition, subordinating social rights to freedom of market and lowering the level of protection guaranteed in other historical moments by the same Court.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: REGULACIÓN LEGAL Y TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE EMPRESA
2. LA LIBERTAD DE EMPRESA Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EUROPEO
3. EL POSICIONAMIENTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA: LA REINTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES A LA LUZ DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA
4. CONFIGURACIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN LOS TRATADOS
5. LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL DESARROLLO NORMATIVO DEL MERCADO INTERIOR
6. LA COEXISTENCIA NECESARIA ENTRE LIBERTAD DE EMPRESA Y NORMAS SOCIALES DEL MERCADO INTERIOR
7. ¿ES SOCIALMENTE SOSTENIBLE EL MODELO ACTUAL DE LIBRE COMPETENCIA EN EUROPA?

1. INTRODUCCIÓN: REGULACIÓN LEGAL Y TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE EMPRESA

Nuestro Tribunal Constitucional (TC) ha tenido múltiples ocasiones de pronunciarse acerca de la concurrencia mercantil, entendida en el marco del Derecho de la Unión Europea como Derecho de la competencia, en sentencias como la 225/1993, de 8 de julio, en la que, vinculando dicha concurrencia al desarrollo de la libertad de empresa regulada en el artículo 38 de la Constitución (CE), la ha elevado a la categoría de “garantía institucional en el marco de una economía de mercado”.¹ Surge la cuestión de la protección de esta libertad de empresa desde la abstención del legislador a intervenir en su núcleo o reducto indisponible, que no viene determinado por la CE sino por la depurada doctrina del TC, como deja de manifiesto la STC 112/2006, de 5 de abril. Todas las medidas que puedan incidir en la libertad de empresa, sometida a reserva de ley², deben respetar el funcionamiento libre del mercado y, consiguientemente, no pueden constituir obstáculos al ejercicio de esta libertad económica sobre la que se construye todo un sistema en el que tanto las normas nacionales como las de la Unión Europea deben coordinarse bajo los principios rectores del Derecho de la Unión.

¹ Vid. Ruiz Peris, J.I., “Normas laborales y defensa de la competencia”, en Goerlich Peset, J. M. (dir.), *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia*, CES, Madrid, 2011, pág. 184.

² STC 112/2006, de 5 de abril.

Existen unos objetivos constitucionales que deben cumplirse en el ejercicio natural de la libertad de empresa, lo que obliga al legislador, tanto nacional como comunitario, a actuar en el ámbito de la interdicción de una serie de prácticas que puedan alterar las reglas de la competencia o concurrencia mercantil entre empresas, lo que, como indica la STC 88/1986, supone establecer mecanismos de defensa de la competencia, que no pueden entenderse como restricciones de la libertad de empresa y de la economía de mercado, “que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste”³. Como dejó sentada la jurisprudencia de la STC 227/1993, de 9 de julio, la libertad de empresa posee una doble dimensión, subjetiva y objetiva, que, por un lado permite el ejercicio de la actividad económica de los empresarios dentro del respeto al marco jurídico, y, por otro, protege el mantenimiento de la competencia efectiva entre las empresas en beneficio del consumidor y de la economía general.

El marco legal para la regulación de la dimensión objetiva de la libertad de empresa viene determinado en nuestro sistema nacional por la Ley 15/2007, de 3 de julio⁴, de Defensa de la Competencia (LDC) y por toda una serie de reglamentos de desarrollo en el plano nacional y autonómico, que constituyen en entramado jurídico con algunos problemas de adecuación al marco europeo. La Comisión Nacional de la Competencia (CNC) es el órgano encargado de velar por la legalidad de las conductas empresariales dentro del mercado nacional, siendo sus resoluciones objeto de control judicial a través de la Audiencia Nacional y de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, lo que ha generado una sustanciosa jurisprudencia delimitadora de conductas prohibidas. Los Juzgados de lo Mercantil, competentes para las acciones de nulidad o de reclamación de indemnizaciones de daños y perjuicios derivados de la infracción de normas de la competencia, actuarán igualmente en la protección de la legalidad de las actuaciones empresariales, lo que propicia la intervención de las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo⁵.

La intervención de los poderes públicos en defensa de la competencia en el mercado nacional, se encuentra, por tanto, garantizada en esa línea de protección al núcleo duro de los principios de la economía de mercado que nuestro TC ha venido trazando. Lógicamente, todo el sistema se encuentra “replicado” en el plano del mercado único o mercado interior europeo, en la medida en que las

³ Vid. Ruiz Peris, J.I., op. cit. pág. 185.

⁴ BOE de 4 de julio.

⁵ Vid. Ruiz Peris, J.I., op. cit. pág. 185.

operaciones mercantiles que tengan incidencia transnacional y puedan suponer prácticas colusorias o abuso de posición dominante en el mercado, deberán estar sometidas al control de la Comisión y, posteriormente, a la validación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Junto a estas prácticas, aparecen, con un elevado grado de incidencia sobre la libre concurrencia, las políticas de ayudas de Estado, con una fuerte disciplina comunitaria y un determinante grado de afectación sobre los derechos sociales⁶.

Es precisamente en el plano de colisión entre ambos sistemas, nacional y europeo, donde se producen los conflictos más significados entre los derechos económicos de los operadores mercantiles y empresariales en ejercicio de sus libertades circulatorias garantizadas por los Tratados, y los derechos sociales de los trabajadores empleados por estas empresas, lo que ha generado una jurisprudencia creciente por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ha venido a cuestionar profundamente los principios de orden social que han servido para interpretar dichos derechos sociales reconocidos por los Tratados y por el Derecho derivado europeo.

De este modo, se ha podido comprobar un cambio de paradigma en la labor garante de determinados Derechos sociales por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, muy vinculada antes de 1986 a la independencia temática de la Política Social respecto de las políticas económicas, que ha dado lugar a un nuevo modo de reinterpretación de los Derechos laborales a la luz de las exigencias económicas y mercantiles, por lo que se refiere al Derecho de la competencia, de la construcción del mercado interior. El filtro económico con el que ahora el Tribunal de Justicia comienza a leer aquellos Derechos laborales indiscutibles y autónomos con los que se construyó el modelo social europeo, se ha convertido en un *modus operandi* natural que ha puesto en entredicho la solidez misma del entramado jurídico de este modelo.

Fallos como los recaídos en la STJUE de 21 de septiembre de 1999, Albany, STJUE de 11 de diciembre de 2007, Viking, o STJUE de 18 de diciembre de 2007, Laval, o STJUE de 3 de abril de 2008, Rüffert, vienen a cuestionar la dinámica separada del mercado de Derechos básicos para el funcionamiento del propio sistema de relaciones laborales en Europa. Los nuevos paradigmas, totémicos, si se quiere, de la competitividad, la productividad o la flexibilidad que

⁶ Vid. Gómez Muñoz, J.M. Derecho del Trabajo, libre competencia y ayudas de Estado, Mergablum, Sevilla, 2007.

mueven un mercado único cuya vocación es la Unión Económica y Monetaria, vienen a sustituir hoy a aquellos otros basados en la protección social, los derechos fundamentales, y el principio de igualdad, que tanto han hecho por la construcción del Derecho laboral de la Unión Europea. Los nuevos socios comunitarios, empeñados de forma obligada en transformaciones estructurales de sus propios sistemas económicos y sociales, no contemplan en sus hojas de ruta obstáculos de tipo normativo y garantista que puedan poner en entredicho su afán por integrarse plenamente en una economía de mercado. Puede que olviden que el artículo 3.3 del Tratado de la Unión Europea sacraliza la fórmula de la economía *social* de mercado como modelo económico para la Unión, pero, en todo caso esto no condiciona la independencia de unos nuevos jueces internacionales que, formados probablemente en unos esquemas jurídicos más económicos y liberales que los de antaño, están trayendo una nueva visión de los Derechos sociales reconocidos en el Derecho originario que no por novedosa, resulta menos inquietante⁷.

2. LA LIBERTAD DE EMPRESA Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EUROPEO

En el plano europeo, la libertad de empresa tiene la consideración de “libertades” que forman parte del Título II de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo sucinto artículo 16 reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales. La cláusula de “economía social de mercado” del artículo 3.3 del Tratado de la Unión Europea (TUE), enmarca dentro de la Constitución Económica de la UE a dicha libertad, asociándola ontológicamente a la competitividad –economía social altamente competitiva-, al pleno empleo, al progreso social y a la protección del medio ambiente. Este carácter programático va a determinar que el artículo 3.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), reserve para la Unión la competencia exclusiva en materia de establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado común, así como la política comercial común. Dado que el desarrollo del mercado interior forma parte de las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros, ex artículo 4.2 TFUE, la legislación nacional en materia de Derecho de la Competencia pivotará en un complejo equilibrio entre la disci-

⁷ Vid. Rodríguez-Piñero Royo, M. y Gómez Muñoz, J.M., “25 años de jurisprudencia social del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, Relaciones Laborales, monográfico, diciembre 2010, pág. 157.

plina europea en la materia, indisponible para los Estados miembros sobre la base del principio de primacía del Derecho de la Unión, y la necesaria construcción del mercado interior y la política social, lo que nos conduce al debate, resuelto, en parte, por el TJUE de manera claramente lesiva para el ejercicio de los Derechos sociales dentro de dicho mercado.

Los artículos 101 a 109 TFUE constituyen el Derecho originario de la competencia, dedicándose el 101 TFUE a las conductas colusorias, el 102 TFUE a la explotación abusiva de posiciones dominantes en el mercado interior, y el 107 TFUE a las ayudas de Estado. Las conductas colusorias, determinadas en el plano nacional por el artículo 1 LDC, se encuentran prohibidas cuando comprendan algunas de las siguientes actividades:

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos

La STJUE de 1 de junio de 1999, *Eco Swiss*, asunto C-126/97, vino a determinar que estos preceptos del TFUE constituyen disposiciones fundamentales de funcionamiento del mercado interior. La labor del TJUE ha sido intensa en la identificación del concepto de empresa como destinataria de las normas del Derecho de la competencia, estableciéndose que es el ejercicio profesional de una actividad económica de cualquier género, que ofrezca bienes o servicios para el mercado, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación, concepto no coincidente necesariamente con el de empleador laboral al ser mucho más restrictivo⁸. El TJUE ha entendido que el control directo o indirecto de una sociedad sobre otra que actúa directamente sobre el mercado, constituye un elemento definitorio a efectos de identificar al

⁸ STJUE de 10 de enero de 2006, *Cassa di Risparmio San Miniato*, asunto C-222/04; STJUE de 12 de septiembre de 2000, *Pavlov*, asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98; STJUE de 23 de abril de 1991, *Höfner y Elser*, asunto C-41/90, entre otras.

sujeto que realiza prácticas colusorias, por lo que no basta con la mera participación societaria en el caso de grupos de empresas, sino que para imputar conductas prohibidas por el Derecho de la Competencia, se requiere control efectivo del operador que actúa directamente en el mercado.

La conducta colusoria se identifica por la sustitución de la autonomía de decisión de los operadores empresariales individualmente considerados por la concertación entre ellos⁹, conducta que lesiona los intereses de los consumidores, competidores y de la economía general. No se exige la existencia de contratos expresos entre las empresas que cometan actos colusorios, bastando los acuerdos tácitos¹⁰, y excluyéndose los contratos de concesión otorgados por autoridades públicas, como por ejemplo, los ayuntamientos¹¹, para la prestación de servicios públicos. Alcanza la prohibición del artículo 101 TFUE a la actuación de asociaciones empresariales, aún sin ánimo de lucro, y aunque las decisiones revistan la forma de meras recomendaciones¹². Igualmente, la calificación jurídica que cada ordenamiento nacional otorgue a los acuerdos que originen prácticas colusorias, no obstará a la aplicación de la disciplina comunitaria, de forma que incluso acuerdos interprofesionales entre organizaciones no dedicadas directamente a operar en el mercado, sino a través de sus asociados, pueden tener esta consideración de prácticas prohibidas¹³.

Esta caracterización de las conductas colusorias ha sido objeto de contraste con el papel que pueden desempeñar los convenios colectivos como posibles acuerdos colusorios, en la medida en que la Comisión Nacional de la Competencia, sobre la base del Convenio de colaboración entre esta institución y el Ministerio de Trabajo¹⁴, tiene competencias de intervención sobre aquellos convenios colectivos de ámbito superior a la Comunidad Autónoma que incluyan cláusulas y compromisos que contravengan las disposiciones de la LDC. La CNC recibida la comunicación pertinente por parte de la Dirección General de Trabajo, realiza una primera evaluación preliminar al objeto de emitir informe

⁹ Vid. Ruiz Peris, J.I., op. cit. pág. 189; STJUE de 8 de Julio de 1999, *Anic Partecipazioni*, asunto C-49/92.

¹⁰ STJUE de 11 de noviembre de 1990, *Sandoz*, asunto C-277/87.

¹¹ STJUE de 4 de mayo de 1988, *Bodson*, asunto C-38/87.

¹² STJUE de 15 de marzo de 2000, *Cimenteries CBR*, asuntos acumulados T-25/95 y T-26/95; STJUE de 27 de enero de 1987, *Verband*, asunto C-45/85.

¹³ STJUE de 30 de enero de 1985, *Guy Clair*, asunto C-123/83.

¹⁴ Resolución de 1 de febrero de 2010, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo, BOE de 26 de febrero.

en el plazo de cinco días. Dicho informe podrá considerar que no hay conflicto con el Derecho de la competencia, en cuyo caso el procedimiento de intervención de la CNC finalizará, o bien, que puede hacer vulneración de la LDC, ampliándose el plazo de estudio hasta diez días. Si hubiera observaciones de la CNC, la DGT pondrá en conocimiento de la comisión negociadora la existencia de las mismas otorgando un plazo de subsanación ordinario que es el mismo para el caso de registro de convenios. Las observaciones, de ser asumidas por la comisión negociadora, darán lugar a la publicación del convenio. Si no fueran asumidas, la DGT y la CNC conservan sus respectivas competencias para actuar de conformidad con sus respectivos procedimientos de impugnación¹⁵.

Por lo que se refiere al abuso de posición dominante en el mercado, los artículos 102 TFUE y 2 LDC necesitan ser interpretados a la luz tanto de la jurisprudencia comunitaria como de la Comunicación de la Comisión Europea de 2009¹⁶, que vino a establecer los elementos identificativos de tales posiciones. En este sentido, el TJUE determinó¹⁷ que la posición dominante debe permitir a la empresa obstaculizar la competencia efectiva¹⁸ y que su actuación suponga obviar la posible reacción de sus competidores, clientes y consumidores¹⁹. Dicha posición requiere “poder de mercado”²⁰, esto es, cuota de mercado claramente definida, competencia potencial de otras empresas, capacidad financiera y superioridad técnica, para que pueda apreciarse de manera efectiva la conducta prohibida, que, en todo caso, es una conducta propia de la empresa que la ostente y no una mera situación estructural de la misma. En definitiva, debe tratarse de una conducta competitiva que recurra a métodos diferentes de la competencia por eficiencia.

¹⁵ Vid. Mazo Venero, M.J., “La aplicación del Derecho de la competencia a los convenios colectivos”, Anuario de la Competencia 2009, UAB, 2010, págs. 177 y ss.; Goerlich Peset, J.M., “Normas laborales y defensa de la competencia”, en Goerlich Peset, J.M. (dir.), Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia, op. cit. pág. 399; Guamán Hernández, A., “La aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia a los convenios colectivos: crónica de una resolución anunciada”, Relaciones Laborales, 2007-II.

¹⁶ Vid. Comunicación de la Comisión de 24 de febrero de 2009, 2009/C045/02, Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes.

¹⁷ Vid. la STJUE de 14 de febrero de 1978, United Brands, asunto 27/76, que constituye la base jurisprudencial para el estudio de la figura.

¹⁸ STJUE de 18 de febrero de 1971, Sirena SRL, asunto 40-70.

¹⁹ STJUE de 21 de febrero de 1973, Continental Can, asunto 6-72.

²⁰ Vid. Ruiz Peris, J.I., op cit, pág. 197.

3. EL POSICIONAMIENTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA: LA REINTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES A LA LUZ DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

La tensión entre el Derecho de la competencia europeo, sobre el que gira la libertad de empresa, y el Derecho social europeo se ha puesto de manifiesto, como hemos indicado, en la labor del Tribunal de Justicia de la Unión Europea²¹. El reparto de roles entre la Unión y sus miembros ha estado en permanente tensión, espacialmente por la tendencia al *spill-over* de la regulación comunitaria, que invade espacios de regulación propiamente nacionales. El potente Derecho de la competencia, y las casi omnímodas libertades económicas comunitarias, han dejado caer su sombra sobre el Derecho del Trabajo por la acción de un Tribunal de Justicia que en este asunto no ha tenido sus mejores actuaciones.

Entre los pronunciamientos del TJUE que más ha cambiado las cosas en el ámbito de los ordenamientos laborales nacionales, al margen de su propia relevancia en cuanto a la construcción del Derecho europeo, se encuentra la STJUE de 23 de abril de 1991, Klaus Höfner & Fritz Elser vs. Macrotron, asunto C-41/90, en la que se analizó el monopolio público de la colocación desde la perspectiva del Derecho de la Competencia. En esta sentencia, dictada respecto de uno de los servicios públicos de empleo más reputados, el alemán, presenta a nuestro juicio una doble relevancia. De un lado, fue pionero en la aplicación de las reglas comunitarias de la competencia en los ámbitos tradicionalmente regulados por el Derecho del Trabajo; de otro, forzó cambios sustanciales en la regulación del mercado de trabajo en los Estados miembros, e incluso a nivel mundial. Para el TJUE este modelo de organización de la colocación, que era el predominante en Europa en el momento de pronunciarse, suponía un abuso de posición dominante, incompatible con un Derecho europeo que exige la presencia de múltiples sujetos en éste.

Esta decisión fue continuada por otras posteriores, como *Merci Generali di Genova*²² y *Carra*²³, marcando una línea jurisprudencial que obligó a los Estados miembros más restrictivos en su ordenación del mercado de trabajo a modificar

²¹ Vid. Rodríguez-Piñero Royo, M, y Gómez Muñoz, J.M., “25 años de jurisprudencia laboral del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, Relaciones Laborales, monográfico, diciembre 2010, págs. 156 y ss.

²² STUJE de 10 de diciembre de 1991, asunto C-179/90.

²³ STJUE de 8 de junio de 2000, asunto C-258/98.

sus legislaciones de empleo internas, admitiendo ciertas formas de iniciativa privada en el ámbito de la intermediación. Y aunque en muchos casos el efecto real fue pequeño, al admitirse tan sólo la iniciativa privada no lucrativa, supuso el inicio de un proceso de superación del modelo tradicional de regulación de la colocación, que llevaba décadas funcionando y que se correspondía con el diseñado por la Organización Internacional del Trabajo en su convenio nº 96 de 1949. Esta misma organización supo reconocer el cambio de paradigma predominante en el Derecho del Empleo, y reaccionó frente al proceso de denuncias de este convenio por parte de Estados europeos con la aprobación de uno nuevo, el nº 181 de 1997, que recoge un marco mucho más permisivo y equilibrado para la iniciativa privada en los servicios relacionados con el empleo.

El efecto de la STJUE Macrotron se aceleró porque su doctrina, sirvió de apoyo a pretensiones liberalizadoras de la regulación de los servicios relacionados con el mercado de trabajo. Amparándose en la jurisprudencia comunitaria, y utilizando técnicas de litigación estratégica, forzaron al TJUE a pronunciarse sobre la legalidad de regulaciones nacionales concretas, y así obtener reformas favorables a sus intereses. Las sentencias Job Centre I²⁴ y Job Centre II²⁵ son claros ejemplos de este uso interesado, y de este efecto quizás nos deseado, de un pronunciamiento del TJCE que a casi todos pareció poco meditado y razonado. De una u otra manera, en este caso concreto el Derecho de la Competencia tuvo un impacto real en la evolución de los ordenamientos laborales de los Estados miembros de la Unión, forzando a un auténtico cambio de modelo²⁶.

Los intentos de usar el Derecho de la competencia para forzar reformas de la legislación social nacional continuaron durante las dos décadas posteriores a Macrotron. Así, en la sentencia García vs. Mutuelle de Prevoyance²⁷, se estudió la aplicación de la Directiva 92/49/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida al sistema público de seguridad social francés, entendiendo el TJCE que no cabía porque esta aplicación haría imposible que los seguros sociales cumplieran su función social. En C. Poucet *et alia* vs Assurances Generales de France *et alia*²⁸ se estudia una legislación nacional que obliga a los empresarios a contratar la cobertura de

²⁴ STJUE de 19 de octubre de 1995, asunto C-111/94.

²⁵ STJUE de 11 de diciembre de 1997, asunto C-55/96.

²⁶ Vid. Rodríguez-Piñero Royo, M. y Gómez Muñoz, J.M., op cit. pág. 165.

²⁷ STJUE de 26 marzo 1996, asunto C-238/94.

²⁸ STJUE de 16 de febrero de 1993, asuntos acumulados C-159/91 y C-160/91.

cajas de seguros de enfermedad. En *FFSA, Paternelle, UAP y CAPMA vs Ministère de l'Agriculture et de la Pêche*²⁹, se valoró la legalidad comunitaria de un régimen de Seguro de Vejez destinado a completar el régimen básico obligatorio, establecido por la ley con carácter voluntario y que funciona según el principio de capitalización. En las sentencias *Albany, Brentjens*³⁰, *Drijvende Bokken*³¹ y *Van der Woude*³² lo que se estudia es un fondo de pensiones de afiliación obligatoria por mandato de un convenio colectivo sectorial, sin ánimo de lucro y que cumple una función social. En *CISAL vs INAIL*³³, una entidad aseguradora de accidentes laborales. En *Van Schijndel y Van Vee*, un fondo profesional de pensiones complementarias³⁴.

Resulta singularmente destacado entre todos estos fallos del TJUE contextualizadores de la relación entre Derecho del Trabajo y Derecho de la Economía el pronunciado en el caso conocido como *Albany*, de 21 de septiembre de 1999, asunto C-67/96. Este asunto produjo en su momento una profunda preocupación en los círculos laboristas, especialmente tras la publicación de las conclusiones del Abogado General Jacobs, porque se entendía que los efectos de un fallo del Tribunal cercano a las pretensiones planteadas podían resultar devastadores para el mismo Derecho laboral, como mecanismo regulador de un conjunto de relaciones sociales de producción con sus propias reglas y principios. El asunto giraba en torno a la validez de una regla, contenida en un convenio colectivo sectorial, que hacía obligatoria la afiliación de una empresa a un fondo de pensiones. Esta obligación, se alegaba, limitaba la libre concurrencia en el mercado de la protección social complementaria, lo que en última instancia llevó a la Corte a analizar si el convenio resultaba lícito desde la perspectiva del Derecho de la competencia³⁵.

El Tribunal adoptó una solución que en general dejó bastante satisfechos a sindicatos, gobiernos y laboristas europeos en general, afirmando que no resul-

²⁹ STJUE de 16 de noviembre de 1995, Asunto C-244/94. Esta sentencia es conocida generalmente como “COREVA”, en atención al sistema de protección social cuya legalidad comunitaria se analiza.

³⁰ STJUE de 21 de septiembre de 1999, asuntos acumulados C-115/97 a C-117/97.

³¹ STJUE de 21 de septiembre de 1999, asunto C-219/97.

³² STJUE de 21 de septiembre de 2000, asunto C-222/98.

³³ STJUE de 22 de enero de 2002, asunto C-218/2000.

³⁴ STJUE de 14 de diciembre de 1995, asuntos acumulados C-430/93 y C-431/93.

³⁵ Vid. Rodríguez-Piñero Royo, M. y Gómez Muñoz, J.M., op. cit. pág. 171.

taban de aplicación estas normas a aquellos acuerdos. En sus palabras, aunque *“es verdad que determinados efectos restrictivos de la competencia son inherentes a los acuerdos colectivos celebrados entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores”*, ello no obstante, *“los objetivos de política social perseguidos por dichos acuerdos resultarían gravemente comprometidos si los interlocutores sociales estuvieran sujetos al artículo 85, apartado 1, del Tratado en la búsqueda común de medidas destinadas a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo”*. El Tribunal, siguiendo lo que cien años antes habían hecho ya otros tribunales en los Estados Unidos y en el Reino Unido, diseña un espacio de inmunidad del Derecho Europeo de la Competencia, en el que guarecerse los convenios colectivos en razón de su particular naturaleza y objetivos. Esta doctrina, continuada y consolidada en varios pronunciamientos posteriores³⁶, hizo albergar esperanzas de que el conflicto latente entre Derecho del Trabajo y Derecho de la Economía se había solucionado sin llegar a plantearse. Algunos años después, sin embargo, se pudo comprobar que ello no era así.

Después de la Sentencia Albany el TJCE experimentó una deriva hacia unas posiciones mucho más radicales en este aspecto, condicionando la legitimidad de legislaciones laborales nacionales a su adecuación a determinadas reglas extraídas directamente de su Derecho del mercado, en particular de la regulación de las libertades económicas fundamentales de circulación de mercancías y de prestación de servicios. Por un lado, y como se ha visto, fue reduciendo progresivamente el alcance de su doctrina Rush Portuguesa, limitando la aplicación de la potestad de los Estados en los que se prestaban sus servicios trabajadores desplazados para aplicar su legislación laboral nacional a éstos. Por otro, en varios pronunciamientos cuestiona directamente la aplicabilidad de derechos laborales reconocidos en Estados miembros en caso de que éstos concurren con derechos económicos de empresas europeas. En concreto, en un corto espacio de tiempo el Tribunal emitió cuatro fallos de enorme impacto, que contribuyeron a cambiar definitivamente la percepción que de éste se tenía en la Comunidad

³⁶ Como señala la posterior Stjue Van Der Woude, *“en las citadas sentencias Albany, Brentjens’ y Drijvende Bokken, este Tribunal de Justicia declaró que los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas entre interlocutores sociales destinados a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo no deben considerarse comprendidos, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado”*. STJUE de 21 de septiembre de 2000, asunto C-222/98. Vid. las críticas a esta jurisprudencia en Guamán Hernández, A., *“Normas laborales y defensa de la competencia”*, en Goerlich Peset, J.M. (dir), op. cit. pág. 207.

iuslaboralista europea. De sólido defensor de los derechos sociales pasó a ser visto como uno de sus principales enemigos, sostenedor de una aplicación irracional y desmedida de las libertades económicas comunitarias poniendo en peligro el propio modelo social europeo.

La primera de estas sentencias es la de 11 de diciembre de 2007, asunto C 438/05, Viking, en la que la Corte analiza una medida de presión sindical internacional contra una empresa naviera que pretendía deslocalizar un centro de trabajo para beneficiarse de costes laborales inferiores. Los sindicatos mantenían que su derecho de huelga estaba reconocido por la Carta Social Europea y la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores; se apoyaban, por otra parte, en lo afirmado por el TJUE en sentencias como Albany, Pavlov y Van der Woude. En una primera cuestión prejudicial se dilucidó si la libertad de establecimiento, excluye de su ámbito de aplicación una medida de conflicto colectivo cuyo resultado puede disuadirla de ejercer esta libertad, a lo que el Tribunal dio una respuesta positiva. En la segunda cuestión se plantea si esta libertad comunitaria puede conferir derechos a una empresa privada que ésta puede oponer a una organización sindical, para lo que la respuesta fue igualmente afirmativa. En consecuencia, el reconocimiento de la libertad de establecimiento opera también respecto de las actuaciones sindicales que intentan, directa o indirectamente, limitarla; y que esta libertad es oponible por sus titulares también frente a organizaciones sindicales.

La siguiente sentencia en esta misma serie fue la de 18 de diciembre de 2007, asunto C/341/05, Laval, que giró también en torno a la validez comunitaria de unas medidas de conflicto colectivo iniciadas por una organización sindical frente a una empresa que pretende instrumentalizar las libertades comunitarias para beneficiarse de las ventajas competitivas que suponen los menores salarios que se pagan en los nuevos Estados de la Unión. A diferencia de Viking, en este caso se manejó también la Directiva 96/71. La línea argumental es similar a la establecida en Viking. El derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia; pero su ejercicio puede supeditarse a ciertas restricciones, particularmente cuando se trata de medidas adoptadas contra una empresa que ejercita su derecho a la prestación de servicios. El Derecho Comunitario se aplica a estas medidas de conflicto colectivo; y se aplica también a *“las normativas de naturaleza no pública que tengan por finalidad regular colectivamente las prestaciones de servicios”*, o sea, los convenios colectivos. En consecuencia, las medidas de presión colectiva deben analizarse desde la perspectiva del Derecho comunitario; en este caso se produce una restricción a la libre prestación de servicios, no justificada sufi-

cientemente por razones imperiosas de interés general, y por lo tanto contraría a éste.

El TJUE continuó su construcción con la sentencia de 3 de abril de 2008, Rüffert, asunto C/346/06, en la que se analiza una normativa nacional relativa a la contratación pública, en cuanto a las condiciones de contratación del personal adscrito al servicio que imponía. En la cuestión prejudicial el tribunal nacional plantea si puede aplicar esta la legislación, que establece la obligación de pagar los salarios fijados en convenio, debido a que no es compatible con la libre prestación de servicios porque representa un obstáculo para las empresas procedentes de otros Estados miembros. La conclusión a la que llega es el Tribunal es que la Directiva 96/71, interpretada a la luz del artículo 49 CE, se opone a una medida como ésta, puesto que puede constituir una restricción que puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida, sin que se pueda encontrar justificación suficiente a esta restricción ni en el objetivo de garantizar la protección de la organización autónoma de la vida profesional mediante sindicatos, ni en el garantizar la estabilidad financiera de los regímenes de seguridad social, objetivos ambos argumentados por el Gobierno alemán. El Tribunal reconoce que el efecto de dumping social es una posible consecuencia de la libertad de prestación de servicios; y que para evitarlo está la directiva, que es en sí misma una restricción de dicha libertad justificada por razones de interés social. Esta Directiva fija el equilibrio entre la protección de los trabajadores y la libertad de los empresarios; por lo tanto, ir más allá de lo que ésta establece supone una restricción excesiva de la libertad comunitaria, ilegítima por ello. La directiva es el máximo, no un mínimo como son por lo general las normas laborales comunitarias.

Otra de estas sentencias, tan controvertidas y contestadas, es la de 19 de junio de 2008, Comisión de las Comunidades Europeas v. Gran Ducado de Luxemburgo, asunto C/319/06, en la que el TJUE estudia la validez de una Ley nacional de transposición de la Directiva 96/71 que declaraba una serie de regulaciones nacionales como normas imperativas, de obligado cumplimiento para los prestadores de servicios que desplacen trabajadores a su territorio. El Tribunal entiende que la reserva de orden público constituye una excepción al principio fundamental de la libre prestación de servicios, que debe ser interpretada de forma restrictiva y cuyo alcance no puede ser determinado por los Estados miembros unilateralmente. Hay que operar, pues, con un concepto comunitario de éste; concepto que estaba ya presente en la misma Directiva. En la opinión del Tribunal, la calificación de disposiciones nacionales de leyes de policía y de seguridad por un Estado miembro se refiere a las disposiciones nacionales cuya observancia se ha considerado crucial para la salvaguardia de la

organización política, social o económica del Estado miembro de que se trate, hasta el punto de hacerlas obligatorias para toda persona que se encuentre en el territorio nacional de ese Estado miembro o con respecto a toda relación jurídica localizada en él. El apartado 10 del artículo 3 no exime a los Estados miembros de cumplir las obligaciones que les incumben en virtud del Tratado y, concretamente, las relativas a la libre prestación de servicios; a la hora de utilizarlo para decidir la aplicación de una determinada materia a los prestadores de servicios extranjeros deberá tener en cuenta no sólo lo previsto en la directiva, sino también el principio general de no restringir esta libertad.

La Directiva 96/71, ha sido objeto de una profusa jurisprudencia no exenta, como se ha visto, de polémica. Uno de los últimos fallos se produce con la STJUE de 12 de febrero de 2015, *Sähköalojen ammattiliitto ry*, asunto C-396/13, que referencia la jurisprudencia surgida de la STJUE *Laval*. En este caso se dilucidaba la validez de una norma polaca alegada por una empresa de esa nacionalidad que desplazaba a sus trabajadores a Finlandia, que negaba la legitimación a los sindicatos finlandeses del sector eléctrico a poder plantear ante sus propios tribunales una reclamación por créditos salariales reconocidos en el convenio finlandés del sector a estos trabajadores desplazados. El TJUE tras reafirmarse en la tesis nacida con *Laval*, según la cual la Directiva 96/71 no sólo garantiza los derechos de los trabajadores en el Estado de acogida, sino la libre competencia entre las empresas que operan en el mercado único europeo, negó la posibilidad de que la empresa polaca impidiera a los sindicatos finlandeses ejercer acciones judiciales de reclamación de salarios para sus propios trabajadores desplazados. Lo interesante del caso es que, siete años después, la línea jurisprudencial del TJUE parece no haberse quebrado.

Para finalizar este recorrido, y en la línea de la jurisprudencia inaugurada por la STJUE *Albany*, es preciso hacer mención de la STJUE de 4 de diciembre de 2014, *FNV Kunsten Informatie*, asunto C-413/13 que ha venido a establecer, fiel a aquella jurisprudencia que hizo objeto de control de las normas sobre competencia a los convenios colectivos, que el Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que únicamente quedará excluida del ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1, la disposición de un convenio colectivo que establezca unos honorarios mínimos para el prestador autónomo de servicios que esté afiliado a una de las organizaciones de trabajadores que celebran dicho convenio y que a través de un contrato por obra o servicio realice para un empresario la misma actividad que los trabajadores por cuenta ajena de éste en el supuesto de que este mismo prestador sea un “falso autónomo”, es decir, un prestador que se encuentra en una situación comparable a la de esos trabajadores, correspondiendo al tribunal remitente proceder a tal apreciación.

4. CONFIGURACIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN LOS TRATADOS

La evolución de la Política Social de la Unión Europea ha pasado por distintas fases a lo largo de su historia que han configurado un verdadero y autónomo Derecho Social Europeo. Dicha evolución nos ha llevado en la actualidad a un panorama en el que nunca tanto como ahora la relación entre mercado y trabajo, entre Derecho de la Competencia y Derecho Social, ha sido tan estrecha e interactiva. Se abre, de este modo, un escenario completamente distinto al existente en la década de los ochenta o los setenta del siglo pasado. Es un impulso de modernidad y realismo en el que las normas sociales han de convivir y relacionarse lo más armónicamente posible con las reglas del mercado. Indudablemente, la aparición con el Acta Única Europea de 1986 del concepto del mercado interior o mercado único, en versiones posteriores, nos lleva a realizar un replanteamiento en clave histórica de los fundamentos del Derecho Social de la Unión Europea como consecuencia del cambio progresivo de paradigmas en el desarrollo del acervo social y laboral en Europa. Todo ello sin perder de vista que la expresión “economía social de mercado” (F. Mitterrand) hoy sacralizada en el art. 3.3 del Tratado de la Unión Europea (TUE), tiene su origen, precisamente, en esta fecha, indicación clara de que la dinámica de la libre competencia habría de ser gobernada sin renunciar a los postulados sociales que hicieron posible la aparición en la Europa de postguerra de un verdadero Modelo Social Europeo. Por ello se hace necesario realizar una mirada en clave económica del Derecho Social, lo que nos permitirá entender buena parte de las evoluciones que actualmente se están dando en esta rama del Derecho Europeo.

El marco de la política de libre competencia en la Unión Europea no ha culminado aún su proceso de modernización que, tras las ampliaciones del 1 de mayo de 2004, 1 de enero de 2007 -Rumanía y Bulgaria- y 1 de julio de 2013 -Croacia, sexta ampliación en su historia- puso en marcha dos pilares esenciales de esta reforma. El primero, una serie de normas de aplicación de las disposiciones del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea relativas a acuerdos restrictivos de la competencia y abusos de posición dominante, que establecen una estrecha colaboración entre las autoridades comunitarias y nacionales de competencia. El segundo pilar, el Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (Reglamento comunitario de concentraciones). que, entre otras cosas, refuerza el sistema de ventanilla única por el que cada asunto se atribuye a la autoridad mejor situada para ocuparse del mismo y reduce los trámites impuestos a las empresas para notificar las operaciones de concentración, al mismo tiempo que clarifica y refuerza la evaluación económica a la que debe proceder la Comi-

sión³⁷. Dentro de este contexto, es preciso resaltar los efectos sociales de la aplicación práctica de las nuevas normas de competencia. Todo ello, sin perder de vista la óptica de la extinta y superada Estrategia de Lisboa³⁸, renovada con la Estrategia 2020, cuyo objetivo fundamental de mejorar la competitividad ha de hacerse compatible con la creación de empleo de calidad, lo que nos obliga a valorar la compatibilidad entre ambas lógicas para ver si, efectivamente, la libre competencia puede contribuir a mejorar los estándares de protección social en Europa consolidando, de ese modo, el modelo social europeo y distinguiéndolo de otros modelos de mercado único en el mundo donde esa relación de beneficio mutuo entre lógicas no se produce³⁹.

El Título VII del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), dedicado a las normas comunes sobre competencia, fiscalidad y aproximación de las legislaciones, contiene un capítulo I donde se tratan, como ya se ha visto, las normas sobre competencia en dos secciones, la primera dedicada a disposiciones aplicables a las empresas⁴⁰ y la segunda dedicada a las ayudas otorgadas por los Estados⁴¹. Hacer una interpretación en clave social del articulado del

³⁷ Vid. Comunicación de la Comisión sobre “Una política de competencia proactiva para una Europa competitiva”, de 20 de abril de 2004, COM(2004) 293 final. Igualmente, vid. Informe General 2005 sobre la actividad de la Unión Europea. Capítulo II, sección 1, Entorno económico y social. Competencia. El *Informe General sobre la actividad de la Unión Europea (2005)* fue adoptado por la Comisión Europea el 31 de enero de 2006 con el número SEC(2005) 1200 final.

³⁸ Vid. Conclusiones de la Presidencia. Consejo Europeo de Lisboa, 23 y 24 de marzo de 2000.

³⁹ Vid. Ashiagbor, D., *The European Employment Strategy. Labour Market Regulation and New Governante*, Oxford University Press, 2005, especialmente, págs. 109 y ss., donde analiza la evolución y desarrollo de esta estrategia hacia el pleno empleo; también, vid. Sciarra, S., “Derechos Sociales. Reflexiones sobre la Carta Europea de Derechos Fundamentales”, *Temas Laborales*, n° 62, 2001, que desarrolla una reflexión amplia sobre la situación del marco de derechos laborales en la Unión Europea; igualmente, vid. en relación con la estrategia de empleo en Europa, Aragón, J., “El debate sobre el empleo en Europa: propuestas y contradicciones del Libro Blanco sobre crecimiento, competitividad y empleo”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, n° 5, 1994; Molina Navarrete, C. et al., “Las políticas de empleo en la Unión: del Tratado de Ámsterdam a la Constitución Europea”, en AAVV, Quesada Segura, R. (coord.), *La Constitución Europea y las Relaciones Laborales*, Mergablum, Sevilla, 2004, págs. 247 y ss.; Aparicio Tovar, J., *Introducción al Derecho Social de la Unión Europea*, Bomarzo, Albacete, 2005, págs. 7 y ss.; Klare, K., “The Horizons of Transformative Labour and Employment Law”, en AAVV, Conaghan, J., Fiscal, R.M., y Klare, K., (edit.) *Labour Law in an Era of Globalization*, Oxford University Press, 2000, págs. 3-30.

⁴⁰ Vid. artículos 101 a 106 TFUE.

⁴¹ Vid. artículos 107 a 113 TFUE.

TFUE en materia de competencia puede ser arriesgado, puede resultar complejo, o, simplemente, puede carecer de sentido. Las normas sobre libre competencia son normas mercantiles de regulación del mercado único que afectan a los operadores de este mercado que son las empresas y también a los Estados que pueden interferir en el mismo a través de sus ayudas favoreciendo la posición de determinadas empresas frente a otras. El marco está completamente centrado en el plano europeo. Hoy son las normas comunitarias las primeras que deben tenerse en cuenta en todo proceso comercial o societario, bien sea de concesión de ayudas públicas, o proceso de fusión, absorción, concentración, cesión o venta de empresas, así como acuerdos comerciales con incidencia en la competencia. Hay un mercado único en Europa y, por tanto, la disciplina es única en toda Europa. Empresas y Estados deben limitarse a practicar limpiamente las reglas de la competencia. Otra cosa son las derivaciones sociales de la aplicación de todo ese acervo comunitario sobre la libre competencia⁴².

Las lógicas de la libertad de empresa y del trabajo son distintas, con independencia de la existencia de zonas de complementariedad. Pero el propio TFUE se encarga de establecer las lindes de terrenos entre los objetivos del mercado interior, los procedimientos normativos a seguir para su consecución y las materias que quedan exceptuadas de la aplicación de dichos procedimientos, entre ellas las relativas a la libre circulación de personas y las que afecten a los derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena. Así lo establece el artículo 114.2 TFUE, en sede de aproximación de legislaciones en materia de libre competencia, luego es evidente que la armonización en materia de libre competencia y mercado interior tiene reglas distintas cuando se trata del desarrollo de los aspectos sociales de ese mercado único. También hay reglas distintas, reglas de excepción en los apartados 4º y 5º del artículo 114 TFUE, cuando las disposiciones de armonización de la libre competencia y del mercado interior obli-

⁴² Vid. Mercader Uguina, J.R., “El futuro de los ordenamientos laborales en la era de la globalización”, en AAVV. Sanguinetti Raymond, W., y García Laso, A., (edit.), *Globalización Económica y Relaciones Laborales*, Aquilafuente, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2003, págs. 95-117; Jiménez Sánchez, J.J., (dir.), *Empresas multinacionales: su incidencia en las relaciones sociales*, Cuadernos de Derecho Judicial, XVII-2005, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, que constituye una interesante aproximación a los aspectos mercantiles de las empresas multinacionales con relevancia en sus relaciones laborales; vid., en concreto, la aportación de González Vázquez, J.C., en relación con este tema, op. cit., págs. 213-301; igualmente, vid. Lillo Pérez, E., “Las relaciones laborales colectivas en las empresas multinacionales y el sistema de representación sindical en las mismas”, en AAVV., *Empresas multinacionales: su incidencia en las relaciones sociales*, op. cit., págs. 303 y ss.

guen a algún Estado miembro a mantener o establecer disposiciones nacionales, por alguna de las causas justificadas del artículo 36 TFUE⁴³, para la protección del medio ambiente de trabajo.

El tratamiento sistemático que recibieron estas cuestiones en el TCE respondía, por otra parte, a una visión del mercado interior que hoy, en buena medida, se encuentra superada. La manifestación más clara de este “nuevo estado de cosas” en materia de libre competencia se produce con el tratamiento que el Tratado de Lisboa ha otorgado a las normas sobre libre competencia. Con independencia de la situación de crisis institucional de la Unión Europea⁴⁴ motivada por el actual contexto de crisis financiera y económica global, la realidad es que la libre competencia ha pasado a integrarse sistemáticamente junto a las normas para el establecimiento de ese mercado interior, las normas sobre libre circulación de personas y servicios, las de libre circulación de mercancías, las reglas sobre capitales y pagos, y las disposiciones fiscales que, de este modo, se independizan de las normas sobre libre competencia.

No debe desestimarse la importancia de esta nueva estructura sistemática aportada por el Tratado de Lisboa, que está marcando una nueva orientación sobre la política de competencia que, sin duda alguna, está influyendo en la labor del TJUE. El Título I TFUE ubica al mercado interior como pórtico de la política económica y monetaria como pilares esenciales de la estructura de la Unión Europea⁴⁵. Después están las demás políticas en el orden interno, entre ellas, la política social y la política de empleo. Pero la realidad es que el mercado inte-

⁴³ El art. 36 TFUE es uno de esos artículos del Tratado susceptible de uso alternativo. Su ubicación sistemática lo sitúa entre las normas de prohibición de restricciones cuantitativas a la exportación y la importación de los Estados miembros, pero recoge un elenco de causas que permiten el establecimiento de restricciones justificadas por razones de 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. No obstante, tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros.

⁴⁴ Vid. Rosario Ureste, C., “Constitución Europea, empleo y multinacionales”, en AAVV., *Empresas multinacionales...*, op. cit., págs. 529-553; igualmente, Gómez Muñoz, J.M.: “La Unión Europea y su Tratado constitucional ante la encrucijada”, en AAVV, dir. Gómez Muñoz, J.M. *Estudios jurídicos sobre la Constitución Europea*, Monográfico de la Revista Crónica Jurídica Hispalense, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 50.

⁴⁵ La política de los tres pilares, que se implementa con el Tratado de Ámsterdam, desaparece, sin embargo, con la Constitución Europea.

rior se construye, de ahí la estructura en secciones del capítulo general al que da nombre, con las libertades circulatorias y las normas sobre libre competencia. Es más, el grado de desarrollo y de integración de este mercado interior es el que permite hablar de la existencia de un mercado único en Europa.

El concepto de mercado único responde, pues, a un alto grado de evolución de un mercado interior en el que las libertades circulatorias y las reglas de libre competencia han alcanzado tal nivel de integración que todos los operadores del mercado acceden al mismo con reglas únicas y en condiciones normativas de igualdad. Hablamos, pues, de mercado único porque las reglas son únicas para todos los Estados y todas las empresas con independencia de su nacionalidad. Y por eso se ha acuñado el concepto de unidad de mercado, que responde a la existencia de un mercado interior, mercado para los miembros de la Unión Europea, donde hay unidad de reglas de funcionamiento.

Al mismo tiempo, existe una Estrategia Europea para el Mercado Interior cuyo contenido abarca la práctica totalidad de las políticas y libertades comunitarias: facilitar la libre circulación de mercancías, integrar los servicios del mercado, asegurar la alta calidad en la cadena industrial, reducir el impacto de los obstáculos fiscales, extender las oportunidades de acceso administrativo, mejorar las condiciones para los negocios, afrontar el reto demográfico, simplificar el marco normativo, aplicar las normas comunitarias y dar más y mejor información. Es decir, el mercado interior se formula también como mecanismo de integración de políticas diversas con la finalidad de suprimir barreras de tipo administrativo y fiscal, principalmente, al objeto de eliminar del mercado todos aquellos obstáculos a la libre competencia con incidencia en el funcionamiento eficiente de las empresas, especialmente las PYME⁴⁶

5. LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL DESARROLLO NORMATIVO DEL MERCADO INTERIOR

La libertad de empresa tiene su marco de desarrollo normativo dentro las normas del mercado interior que regula el TFUE. A partir de ahí, comienzan los problemas. Por un lado están las cuestiones derivadas de la aplicación de las reglas internas de ese mercado único a operadores que no pertenecen a la Unión Europea

⁴⁶ Vid. el Informe de la Comisión sobre la evolución de dicha Estrategia en la Comunicación de 21 de enero de 2004, COM(2004) 22 final.

pero que actúan dentro de ese mercado porque éste se encuentra abierto globalmente a la libre competencia. No se trata de un mercado estanco, sino de un mercado regional con un alto grado de integración y con el mayor peso económico del mundo⁴⁷. Las normas sobre libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales en la Unión Europea son distintas que en el resto de mercados regionales que existen en el mundo, pero se encuentran sometidas, salvo en el caso de la libre circulación de personas, a las reglas comerciales mundiales y a las exigencias financieras de las grandes organizaciones internacionales rectoras de la economía mundial, OMC, OCDE, FMI, Banco Mundial, etc⁴⁸.

De otro lado, y esta es la primera cuestión sobre la que nos centraremos, la unidad de reglas en lo comercial no se corresponde con la dispersión de reglas en lo social, existiendo una clara subordinación del acervo social a las exigencias de las normas comerciales y de mercado, y una tendencia, que puede calificarse de natural, a la consideración de las reglas sociales como barreras u obstáculos para el desarrollo de la libre competencia y el libre comercio. Regulación para las libertades comerciales y para la libre competencia, y desregulación para las normas de protección social y laboral. En esa tensión se debate la unidad de mercado en Europa⁴⁹. Mientras que no es posible conseguir una unidad de mercado para los sistemas de protección derivados de las distintas instituciones de Seguridad Social en Europa, es perfectamente posible alcanzar la unidad de mercado para los sistemas societarios de los distintos Estados miembros e instituir una Sociedad Anónima Europea (SE), o una Sociedad Cooperativa Europea (SCE), por poner algún ejemplo⁵⁰.

⁴⁷ Vid. Informe General 2005, op. cit., que señala en su preámbulo que el mercado interior ha generado desde 1993 la creación de 25 millones de empleos en Europa y un incremento de renta de 837 mil millones de euros.

⁴⁸ Vid. Ermida Uriarte, O., “Derechos laborales y comercio internacional”, en AAVV, *Globalización Económica y Relaciones Laborales*, op. cit., págs. 119 y ss.

⁴⁹ Vid. D’Antona, M., “Labour Law at the Century’s End: An Identity Crisis?”, en AA.VV. *Labour Law in an Era of Globalization*, op. cit., págs. 31 y ss.; Ermida Uriarte, O., “Derechos laborales y comercio internacional”, op. cit. pág. 125; Fujii Gambero, G., “Efectos laborales de la integración comercial asimétrica”, en AAVV, *Globalización Económica y Relaciones Laborales*, op. cit., págs. 65 y ss.

⁵⁰ Vid. Carrascosa Bermejo, D., *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social*. Consejo Económico y Social, Madrid, 2004; Galiana Moreno, J.M., “Instrumentación jurídica de los objetivos sociales en el marco comunitario”, en AAVV., *Derechos laborales y colectivos y Derecho Comunitario*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1997; Majocchi, A., “Modello sociale europeo e globalizzazione. Quali garanzie?”, en AAVV., *Il modello sociale nella Costituzione europea*. Il Mulino, Bologna, 2004; Martín Valverde, A., “Los derechos de los traba-

La diferencia en los costes de Seguridad Social en los distintos Estados miembros juega como factor de dinamización de la libre competencia entre las empresas europeas, a la vez que esas mismas empresas se someten a un sistema único de estructuras y reglas societarias para competir en el mercado con pleno respeto a las reglas de la competencia. La traslación, *mutatis mutandis*, de este ejemplo en materia de Seguridad Social a otras materias laborales plantea las mismas consecuencias, lo que nos lleva a interrogarnos acerca de las claves que regulan las relaciones entre las normas sociales y las normas de la libre competencia.

El mercado interior, como concepto-finalidad, tiene hoy su pórtico normativo en el artículo 26 TFUE, según el cual, la Unión, adoptará las medidas destinadas a establecer progresivamente el mercado interior –hoy ya establecido fáctica y jurídicamente desde el 1 de enero de 1993- de conformidad con las disposiciones de, entre otros, los artículos 114 y 115 TFUE. Desde un punto de vista estrictamente jurídico-positivo, se asienta, además, sobre los artículos 8, 21, 28, 29, y los Títulos II y IV TFUE. Ese mercado interior implica un espacio sin fronteras interiores en el que la libertad de circulación de mercancías, personas, servicios y capitales están garantizados de conformidad con las disposiciones del TFUE. Del hecho de que ese mercado interior es hoy una realidad, es prueba la redacción del art. 26 TFUE, donde desaparecen las referencias a los plazos y ya no se habla de establecimiento progresivo del mercado interior sino de medidas destinadas a establecer el mercado interior o a garantizar su funcionamiento. El TFUE integra ya ese artículo pórtico con las normas sobre libre circulación y las normas sobre competencia y fiscalidad, lo que es manifestación clara de la existencia real de un mercado interior en funcionamiento.

Pero, es más, el grado de desarrollo de ese mercado interior es tal que la regla del artículo 115 TFUE según la cual el Consejo adopta por unanimidad, con arreglo a un procedimiento legislativo especial y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados

ADORES en el Derecho Comunitario”, en AAVV., La protección de derechos fundamentales en el orden social, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2005; Nieto Nieto, N., “Los derechos laborales en el proyecto de Constitución Europea”, en AAVV., Una Constitución para la Ciudadanía de Europa, Thomson-Aranzadi, Elcano, Navarra, 2004; Gómez Muñoz, J.M. “Dialogue social et modèle de participation dans les entreprises de dimension communautaire”, en AAVV, COMPTRASEC, Le dialogue social, modèle de representation en Europe?. Université Montesquieu IV, Bordeaux, septiembre, 2005.

miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado interior, queda profundamente condicionada con la regla del art. 114 TFUE que ya no habla de la aproximación mediante directivas sino tan sólo del establecimiento de medidas encaminadas a la aproximación, y que, sistemáticamente, queda ubicado tras dicho artículo, que establece el procedimiento legislativo ordinario como procedimiento natural de construcción del mercado interior. Esto significa, lisa y llanamente, que a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, el mercado interior, dejó de evolucionar por la vía de la unanimidad para pasar a hacerlo por la vía de la mayoría cualificada, lo que es congruente con una Unión Europea ampliada donde obtener consensos unánimes para desarrollar normativamente cualquier política será prácticamente imposible⁵¹.

Este mercado interior se ha construido desde el mismo momento de aprobación del Tratado de Roma en 1957 que instituye un procedimiento de unanimidad para la aprobación de directivas para la aproximación de legislaciones que incidan directamente en el establecimiento y funcionamiento del “mercado común”, denominación original que permanece en la redacción del artículo 100 TCE hasta la actualidad, aunque en 1986, la aprobación del Acta Única Europea introduce la denominación “mercado interior”⁵² que a partir de ese momento pasa a los artículos 14, 93 y 95 TCE. Con posterioridad a esta fecha tanto el Tratado de Maastricht como los Tratados de Ámsterdam y de Niza, han mantenido el concepto de “mercado interior” y el procedimiento de unanimidad para la aprobación de las directivas de aproximación de legislaciones nacionales con incidencia en dicho mercado⁵³. Estas directivas son las denominadas “directivas del mercado interior”, que no están definidas como tales en ningún Tratado, sino que se autodefinen al ser adoptadas por la vía actual del artículo 115 TFUE. Junto a ellas están las medidas de aproximación de legislaciones del artículo 114 TFUE que se adoptaban por el procedimiento de codecisión del artículo 251

⁵¹ Vid. Cruz Villalón, J., et alt., “El ordenamiento laboral comunitario”, en AAVV, *La Constitución Europea y las Relaciones Laborales*, op. cit., págs., 47 y ss.

⁵² Vid. DO L 169 de 29/06/1987, p. 7, Acta Única Europea, Título II: Disposiciones por las que se modifican los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, Capítulo II: Disposiciones por las que se modifica el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE), Sección II: Disposiciones relativas a los fundamentos y a la política de la Comunidad, Subsección I: El mercado interior, Artículo 14 que introduce en el Tratado de la Comunidad Europea el art. 8.B que es el que habla por vez primera del “mercado interior”.

⁵³ La única modificación ha sido de forma, la producida por la reestructuración de la numeración compleja que introdujo el Tratado de la Unión Europea (Maastricht) a través del Tratado de Ámsterdam, que convirtió al artículo 100 TCE en el artículo 94 TCE, hoy art. 115 TFUE.

TCE y que el artículo 294 TFUE ha convertido en el actual procedimiento legislativo ordinario de la Unión Europea. La cuestión es que, como ya se ha indicado más arriba, el apartado 2º del artículo 114 excluye de dicho procedimiento a las disposiciones fiscales, a las disposiciones sobre libre circulación de personas y a las relativas a los derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena.

Esto implica que las normas sobre fiscalidad, libre circulación y derechos de los trabajadores asalariados, cuando afecten al mercado interior, tienen que ser aprobadas por la regla de la unanimidad del artículo 115 TFUE. Ello afecta de manera diferente a las normas sobre fiscalidad, por un lado, y a las normas sobre libre circulación y derechos de los trabajadores, por otro, lo que terminará situando a estas últimas en peor posición respecto del mercado interior que las primeras. De entrada, el artículo 113 TFUE va a establecer que el Consejo, por unanimidad, con arreglo a un procedimiento legislativo especial y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, adopte las disposiciones referentes a la armonización de las legislaciones relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios, los impuestos sobre consumos específicos y otros impuestos indirectos, en la medida en que dicha armonización sea necesaria para garantizar el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior y evitar las distorsiones de la competencia. Es decir, para las normas sobre fiscalidad, la única regla posible de aprobación tiene que pasar por la unanimidad, sean normas relacionadas o no con el mercado interior⁵⁴. La exclusión del artículo 114.2 TFUE apunta también en esa misma línea.

No sucede así con las normas sobre libre circulación de personas. Lo que impone el artículo 115 TFUE es la regla de unanimidad sólo si dichas normas inciden directamente en el establecimiento y funcionamiento del mercado interior. Es sabido que el desarrollo de las normas sobre libre circulación de personas se efectúa según el artículo 46 TFUE a través del procedimiento de legislativo ordinario artículo 294 TFUE, procedimiento aplicable también a las medidas para garantizar la acumulación de periodos de cotización y pago de prestaciones de Seguridad Social de los trabajadores migrantes del art. 48 TFUE,

⁵⁴ En el ámbito de la fiscalidad, la Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses, así como la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, entran dentro de la base jurídica del artículo 115 TFUE, luego su aprobación se produce por unanimidad y entran a formar parte de las directivas sobre el mercado interior.

antes sujetas a la regla de la unanimidad según el artículo 42 TCE. Analizadas todas las disposiciones vigentes sobre libre circulación se comprueba que ninguna de ellas tiene su base jurídica en el artículo 115 TFUE ni en el artículo 26 TFUE, lo que implica que todas las Directivas y Reglamentos han sido adoptados fuera del marco de normas del mercado interior⁵⁵. Es decir, las instituciones nunca han integrado a las normas de libre circulación de personas dentro del ámbito de las normas del mercado interior, lo que resulta incongruente tanto desde el punto de vista de los trabajadores asalariados como de los consumidores o receptores de servicios o de los mismos profesionales e incluso de los estudiantes que hacen uso de esta libertad. El mercado de trabajo, el mercado de servicios, y el mercado educativo, particularmente el de la enseñanza superior, no forman parte del mercado interior de la Unión Europea, siendo sus reglas distintas a las de éste. Esta conclusión no es inocua, pues tiene sus repercusiones jurídicas, como se verá más adelante.

Con respecto a las normas sobre derechos e intereses de los trabajadores no ocurre exactamente lo mismo, sin embargo, que con la libre circulación, lo que añade un punto más de desconcierto a la cuestión. El artículo 153 TFUE distribuye los distintos ámbitos en los que se desarrolla la política social comunitaria en diferentes procedimientos normativos. La regla general es que estos contenidos se desarrollen sobre la base del procedimiento legislativo ordinario del art. 294 TFUE, salvo para el caso de la seguridad social y la protección social de los trabajadores, la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral, la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y los empresarios, incluida la cogestión y excluyendo el derecho de asociación y sindicación y el derecho de huelga y cierre patronal, y las condiciones de empleo de nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión Europea, que se regularán por la regla de la unanimidad. El mismo artículo 153 TFUE prevé que, a la postre, sólo la seguridad social y la protección social de los trabajadores queden en manos de un procedimiento de unanimidad⁵⁶. Por tanto, podemos reproducir, *mutatis mutandis*, el razonamiento hecho para las normas sobre libre circulación, esto es, que, salvo que se prede-

⁵⁵ Esto resulta especialmente sorprendente en el caso de algunas Directivas como la reciente Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, DO L 255 de 30.9.2005, p. 22/142, cuyo contenido incide de una manera particularmente directa sobre el mercado interior.

⁵⁶ Vid. un análisis sobre las modificaciones en los procedimientos normativos operados en la política social por el Tratado de Ámsterdam en Gómez Muñoz, J.M.: “Empleo, crecimiento y convergencia tras las reformas de Ámsterdam y la cumbre de Luxemburgo”, Relaciones Laborales, n° 7, 1998.

termine políticamente, las normas que afecten a los derechos de los trabajadores asalariados quedarán de manera natural, porque así lo establece el Tratado, al margen del elenco de normas del mercado interior.

Es decir, para que las disposiciones sobre libre circulación de personas y sobre derechos e intereses de los trabajadores asalariados puedan formar parte de las normas del mercado interior, tienen que estar predeterminadas a tener como base jurídica el artículo 115 TFUE por la institución que promueva su aprobación. Luego la decisión de su inclusión como norma del mercado interior es una decisión política. Si nada se decide al respecto, estas normas se aprueban y desarrollan según su procedimiento normativo establecido en el Tratado y quedan fuera del marco de normas del mercado interior⁵⁷. Su destino natural, por tanto, es quedar fuera de ese marco. Esta exclusión de carácter declarativo tiene una honda trascendencia, porque es el reconocimiento legal en sede de Derecho originario de que la lógica normativa de la libre competencia es distinta de la lógica normativa de la libre circulación de personas, singularmente de los trabajadores, y de la regulación de sus derechos e intereses laborales. El mercado interior se construye, por tanto, con normas que no son laborales, o, dicho de otro modo, la unidad de mercado requiere de normas únicas en los distintos aspectos del mercado interior salvo en los referidos a la fiscalidad –donde prima la *vis* atractiva de la soberanía de los Estados- la libre circulación de personas y los derechos de los trabajadores⁵⁸.

⁵⁷ Así sucede con la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se ha modificado todo el régimen de libre circulación de trabajadores, así como los derechos de residencia y permanencia de los ciudadanos comunitarios, que tiene como base jurídica el principio de no discriminación por razón de nacionalidad del artículo 18 TFUE y el derecho de ciudadanía europea en el ejercicio de la libre circulación y residencia del artículo 21 TFUE, así como los artículos 50, 54 y 59 TFUE específicos de la libre circulación, de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios, pero no el artículo 26 TFUE que introduciría a esta norma, por la vía del artículo 115 TCE, dentro del marco de las directivas del mercado interior.

⁵⁸ Aún así, existe un elenco de normas sociales aprobadas por el procedimiento de unanimidad propio del desarrollo del mercado interior que tienen una relevante importancia. Singularmente, pueden destacarse la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos cuya base jurídica era el artículo 100 TCE. Con posterioridad la Directiva 86/378/CEE del Consejo de 24 de julio de 1986 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en

6. LA COEXISTENCIA NECESARIA ENTRE LIBERTAD DE EMPRESA Y NORMAS SOCIALES DEL MERCADO INTERIOR

¿Cuáles son los efectos que se derivan de la existencia de un procedimiento normativo único para el desarrollo de la libertad de empresa y de normas sociales en el mercado interior? Para responder a esta pregunta, que es la que justifica todo lo dicho hasta el momento, recurriremos a las reflexiones que han acompañado al seguimiento que hemos realizado de las normas sociales incluidas dentro de esas normas del mercado interior. Evidentemente, un primer efecto formal es que estas normas sociales, estas directivas sociales del mercado interior, tienen que ser aprobadas por unanimidad pues aproximan legislaciones nacionales con incidencia en el establecimiento y funcionamiento del mercado interior. Por tanto, dentro del acervo social comunitario deben ser normas de

los regímenes profesionales de seguridad social y la Directiva 86/613/CEE del Consejo de 11 de diciembre de 1986 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad, ambas aprobadas con la base jurídica del art. 100 TCE –art. 115 TFUE– cierran el elenco de directivas en materia de igualdad integradas dentro de las normas del mercado interior. También se encuentran en esta situación la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario que también se fundamentaba en el art. 100 TCE y la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, fundamentada también en el antiguo art. 100 TCE, así como la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad. Con igual base jurídica están la Directiva 83/477/CEE del Consejo, de 19 de septiembre de 1983, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al amianto durante el trabajo (segunda Directiva particular con arreglo al artículo 8 de la Directiva 80/1107/CEE), única directiva en materia de seguridad y salud laboral que se integra dentro de las normas del mercado interior, o la Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral. Finalmente, encontramos Directiva 97/74/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, por la que se amplía al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte la Directiva 94/45/CE sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria con base jurídica en el antiguo art. 100 TCE. Sorprende que la Directiva 94/45/CE no tenga la misma base jurídica que la que amplía sus efectos a aquel Estado miembro que, en su momento, se acogió al mecanismo del Acuerdo sobre Política Social anexo al 14º Protocolo del Tratado de Maastricht para no aprobarla. De hecho, la base jurídica de la Directiva sobre el comité de empresa europeo se encuentra, entre otros, en el art. 17 de la Carta de Derechos Sociales Fundamentales y se integra plenamente dentro de los procedimientos normativos de la política social que se regulaban en el antiguo artículo 189.C TCE.

referencia puesto que no sólo sirven a los objetivos desarrollados en el artículo 151 TFUE en materia de política social⁵⁹, sino que forman parte de las normas del mercado interior sobre la base del máximo grado de consenso entre los Estados miembros.

Esta pertenencia implica necesariamente su adecuación sistemática a las normas que regulan la libre competencia y la fiscalidad, pues al encuadrarse dentro del mismo marco su interacción con estas normas debe ser, como mínimo, respetuosa con ellas, pero, a la vez, las normas sobre competencia y fiscalidad deben mantener recíproca relación de respeto normativo con estas directivas sociales. El marco debe funcionar armónicamente en todas direcciones. Las normas que construyen y soportan estructuralmente el marco del mercado interior responden a una misma finalidad, que es la integración del mercado único europeo con normas de libre competencia, fiscalidad y derechos sociales aceptadas unánimemente por todos los Estados miembros. El hecho ya comentado con anterioridad de que el Tratado de Lisboa haya conectado sistemáticamente a las normas sobre libertad de establecimiento, libre circulación de personas y servicios, así como a las normas sobre capitales y pagos, no hace más que apoyar la tesis de que la construcción del mercado interior no puede seguir realizándose como hasta ahora, es decir, contando esencialmente con las normas sobre libre competencia y fiscalidad y mediante una regla de unanimidad.

Si el mercado común europeo es desde sus orígenes en 1957 un espacio de libertad, integrado por las cuatro libertades básicas, no tiene mucho sentido que, todavía hoy, para construir normativamente ese mercado interior las únicas normas que cuenten sean las normas sobre competencia y sobre fiscalidad. Pero la realidad es que las normas sobre libre circulación de personas y servicios y libertad de establecimiento, se han desarrollado al margen del mercado único, y sólo han tenido en cuenta el hecho de las migraciones reales de personas en el interior de ese mercado. Es decir, son normas que han respondido a estímulos, a los estímulos de un mercado que en unos momentos históricos exigió movimientos masivos de mano de obra con una serie de necesidades de tipo laboral, de reconocimiento de igualdad de condiciones de trabajo, de reagrupamiento

⁵⁹ El primer párrafo del artículo 151 establece que la Comunidad y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones.

familiar, de escolarización de hijos, etc. Nunca se han valorado las normas sobre libre circulación desde la óptica de la libre competencia, porque si así se hubiera hecho desde un principio, y para ello habría que haber empleado la regla de la unanimidad, probablemente el mercado único europeo habría alcanzado a estas alturas de la historia de la Unión Europea un grado de integración y desarrollo inimaginables.

Lo que ha venido sucediendo y lo que está sucediendo desde la óptica social en la construcción del mercado único europeo sí se conoce ya. Faltan, quizás, las valoraciones adecuadas acerca de cómo se ha integrado lo social con lo comercial dentro de ese mercado único. Y ello no es fácil, insistimos una vez más, porque la dispersión temática de las normas sociales integradas en el marco de normas del mercado interior es grande. La regulación de los despidos colectivos, la protección por insolvencia empresarial y la protección de derechos en caso de transmisión de empresas responde, necesariamente, a la necesidad de equiparar los efectos dentro del mercado interior que las situaciones de crisis de empresa pueden generar sobre colectivos importantes de trabajadores. Esto tiene, a su vez, un evidente efecto sobre la libre competencia, porque impide que las empresas puedan obtener ventajas competitivas del hecho de que las disposiciones nacionales en materia de despidos colectivos, insolvencia empresarial y transmisión de empresas puedan ser diferentes.

Esa es la línea a la que apunta el artículo 116 TFUE según el cual en caso de que la Comisión compruebe que una divergencia entre las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de los Estados miembros falsea las condiciones de competencia en el mercado común y provoca, por tal motivo, una distorsión que deba eliminarse, procederá a celebrar consultas con los Estados miembros interesados. Añade el precepto que si tales consultas no permitieren llegar a un acuerdo para suprimir dicha distorsión, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, que es un procedimiento por mayoría cualificada, las directivas necesarias a este fin. Igualmente, podrán adoptar cualesquiera otras medidas apropiadas previstas en el propio Tratado⁶⁰.

⁶⁰ Vid. Aguado Mendoza, R.M., “Permanencias y cambios en el Consejo Europeo, el Consejo y la Comisión a la luz del proyecto de Tratado Constitucional. Sus luces y sus sombras”, en AAVV, Gómez Corona, E., Gutiérrez Vega, P., y Leñero Bohórquez, R. (coord.), Una Constitución para la ciudadanía de Europa, op. cit., págs. 234-246; igualmente, en la misma obra colectiva, Sánchez Sáez, A.J., “La democratización de las fuentes del Derecho en el proyecto de Constitución europea”, op. cit., págs. 267-277.

Por esta razón, resulta poco comprensible que otras normas, como por ejemplo todas las directivas relacionadas con el principio de igualdad cuyo fundamento jurídico está en el artículo 19 TFUE, no sean consideradas, salvo las excepciones que ya hemos señalado más arriba, normas del mercado interior. Si hay alguna directiva que pueda tener incidencia sobre las normas de libre competencia y la construcción del mercado interior esa es, sin duda, la Directiva 76/207/CEE que garantiza la igualdad de tratamiento en el empleo entre hombres y mujeres. Es obvio que las diferencias de tratamiento entre sexos constituyen una ventaja competitiva real, fundamentada en un claro *dumping* social, que es aprovechada por muchas empresas para obtener posiciones de ventaja en el mercado interior. De ahí que estuviera claramente justificada la inclusión de esta directiva en el marco señalado.

¿Será lícito pensar que el legislador comunitario valora, antes de fundamentar cualquier disposición normativa en el artículo 115 TFUE, si los efectos de integrar una directiva social en el marco de normas del mercado interior pueden resultar perjudiciales para la libre competencia? ¿Cabe pensar que la introducción de una directiva social dentro del marco de las normas del mercado interior es una elección política interesada que valora primero los efectos comerciales de dicha medida antes que los sociales? Desde luego no hay que descartar el efecto disuasorio que provoca en la Comisión la puesta en marcha de un procedimiento normativo basado en la regla de la unanimidad. Cada vez es más difícil avanzar por esa vía. Pero ello no debería ser justificación al hecho de que tan pocas normas sociales se hayan integrado dentro de la base jurídica del artículo 115 TFUE, máxime cuando las demás normas sobre derecho de la competencia y fiscalidad están aprobadas según esa regla.

A esta realidad, hay que añadir el hecho indiscutible de que la aproximación de legislaciones sociales por la vía de la directiva es un mecanismo al que el Tratado de Niza⁶¹, precursor de las transformaciones históricas más importantes acaecidas en la Unión Europea desde su fundación, esto es, la cuarta ampliación (2004) y la aprobación del Tratado de Lisboa, ha puesto en cuestión desde que su artículo 2 modificara el entonces artículo 137.2 TCE, hoy art. 153.2.a) TFUE, en el sentido de excluir la armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en materia social y en el de rebajar el grado de incidencia de las directivas sociales a la mera fijación de normas de mínimos

⁶¹ DO C 80 de 10 de marzo de 2001.

de aplicación progresiva y no obstaculizadoras de la creación y desarrollo de las PYME⁶².

Por su parte, el artículo 151 TFUE⁶³, que sirve de pórtico a la política social comunitaria, recoge una aseveración que, aunque pudiera parecer una fórmula retórica, en realidad es una declaración de principios que indica claramente por dónde vienen dirigiéndose las políticas sociales en Europa. Los párrafos 2º y 3º de este precepto establecen que la Unión Europea y los Estados miembros emprenderán acciones en las que se tenga en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales, en particular en el ámbito de las relaciones contractuales, así como la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Unión. Consideran que esta evolución resultará tanto del funcionamiento del mercado común, que favorecerá la armonización de los sistemas sociales, como de los procedimientos previstos en el presente Tratado y de la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas.

Es decir, además de que el legislador comunitario no recurre *motu proprio* a integrar normas sociales dentro del marco del mercado interior, existe una justificación de principio, recogida en el pórtico a la política social, que avalaría toda omisión reguladora por parte de la Comisión, esto es, la creencia soteriológica en la bondad armonizadora del mercado común, que justificaría la no adopción de normas sociales de armonización integradas dentro de las normas del mercado interior. ¿Una desregulación por omisión encubierta?⁶⁴. No es fácil

⁶² El art. 153.2 TFUE estableció que para la consecución de los objetivos sociales del art. 151 TFUE la Comisión apoyará las iniciativas de los Estados miembros, y a tal fin “a) podrá adoptar medidas destinadas a fomentar la cooperación entre los Estados miembros mediante iniciativas para mejorar los conocimientos, desarrollar el intercambio de información y de buenas prácticas, promover fórmulas innovadoras y evaluar experiencias, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros; b) podrá adoptar, en los ámbitos mencionados en las letras a) a i) del apartado 1, mediante directivas, las disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y reglamentaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros. Tales directivas evitarán establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas.”

⁶³ La transformación más importante que ha recibido el antiguo artículo 117 TCE vino de la mano del Tratado de Ámsterdam que le dio su actual formulación, aunque el último párrafo del precepto, que es el que se comenta en el texto, ha permanecido invariable desde la creación de Comunidad, lo que viene a indicar que la creencia en la bondad natural del mercado común es una idea primigenia que no ha cambiado en medio siglo de Comunidad Europea.

⁶⁴ Lo que resulta evidente es que los desarrollos de la Estrategia de Lisboa están sometidos a una dinámica de simplificación normativa que puede derivar en desregulación. Vid. al respecto

sentenciarlo, pero la realidad es que, abandonada toda armonización social a la suerte de un mercado común o interior que de manera natural debe propiciarla –ex artículo 153.2.a) TFUE- y rebajada la directiva social a su mínima expresión para que no pueda constituir un obstáculo a la libre competencia –ex artículo 153.2.b) TFUE- no es difícil imaginar por qué existen tan pocas disposiciones sociales dentro del marco normativo del mercado interior en Europa. Sencillamente, el legislador comunitario parte de un convencimiento previo en la actuación natural del mercado común –la libertad de empresa y el Derecho de la competencia- en pro de la mejora de las condiciones de vida y trabajo de los ciudadanos y, consiguientemente, sólo adopta directivas sociales en el marco de ese mercado interior cuando, existiendo una situación política propicia para alcanzar acuerdos por unanimidad, dichas directivas puedan contribuir a la mejora de la situación de libre competencia en el mercado⁶⁵.

Junto a esta tesis, condescendiente en grado sumo con la bondad natural de la libre competencia para propiciar un marco social sostenible, nos inclinamos también por avanzar otra mucho menos complaciente. El mercado único europeo debe competir globalmente con otros mercados mundiales mucho más desregulados socialmente y, por ello, en una situación competitiva más favorable desde el punto de vista de los costes sociales y laborales. Esto supone una desventaja estratégica desde la óptica de la competencia de las empresas europeas, sometidas a un marco regulatorio laboral más constrictivo que el norteamericano, el japonés, el chino, el indio o el del sudeste asiático. Las “normas sociales del

Comunicación de la Comisión de 25 de octubre de 2005, COM(2005), 535 final, “Aplicación del programa comunitario sobre la estrategia de Lisboa: Una estrategia para la simplificación del marco regulador”, en cuya pág. 2 se afirma que “*El desarrollo de la Unión Europea en el último medio siglo ha generado un amplio corpus de legislación comunitaria, el «acervo» comunitario, en el que a menudo se han sustituido veinticinco conjuntos de normas por uno solo, ofreciendo a las empresas un marco jurídico más seguro y unas condiciones más justas para sus actividades. Este acervo ha sido fundamental, por ejemplo para establecer el mercado único, desarrollar la política de medio ambiente de la UE y fijar niveles de protección de los trabajadores y los consumidores a escala comunitaria. Pero la legislación puede también entrañar costes, frenar la actividad empresarial, desviar recursos de un uso más eficaz y, en algunos casos, obstaculizar la innovación, la productividad y el crecimiento. Se busca, pues, un equilibrio adecuado para que, además de necesario, el marco regulador sea sencillo y eficaz.*”.

⁶⁵ El legislador lo expresa abiertamente en el art. 151, párrafo 3º, en sede de política de social, cuando afirma “...que esta evolución será consecuencia tanto del funcionamiento del mercado interior, que favorecerá la armonización de los sistemas sociales, como de los procedimientos establecidos en los Tratados y de la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas”.

mercado interior” actúan, desde esta perspectiva, como un mínimo común denominador social que impide la autocompetencia de empresas europeas dentro del mercado único de la Unión Europea. Pero, al mismo tiempo, ese zócalo social mínimo del que hablaba Delors a finales de los ochenta y que evita el dumping social interior, constituye una barrera de máximos regulatorios que el mercado único no quiere rebasar porque así se pueden mantener aún estándares mínimos de competitividad interna entre empresas europeas que permitan mejorar el grado de competencia, eficiencia y productividad de las mismas de cara a las exigencias competitivas del mercado global.

Es decir, no hay más normas sociales del mercado interior porque, en definitiva, la Unión Europea ve una oportunidad competitiva en la existencia de mercados de trabajo nacionales con marcos regulatorios diferentes. Alcanzados ya los estándares mínimos y comunes de protección social –y en ello se afanan ahora con una preocupante deriva desreguladora los Estados de la ampliación– la diversidad contribuye a la mejora de la competitividad general de las empresas de la Unión Europea de cara a los mercados globales rivales. La “prueba del nueve” de esta tendencia nos la proporciona el propio TFUE, que, de un lado, instaura en su artículo 9 una cláusula de “sostenibilidad social” de las políticas del mercado interior⁶⁶, pero, por otro, destierra la aproximación de legislaciones sociales por la vía de la Directiva en el artículo 153.2.a) y abandona la vía de la unanimidad para desarrollar el mercado único. ¿Un triunfo de la lógica de la libre competencia sobre la lógica del trabajo? ¿Más mercado único con menos identidad social europea?⁶⁷ Con este marco jurídico, cargado de una intencionalidad económica evidente, no debe extrañar, por tanto que el TJUE haya venido fallando en el sentido expresado en los apartados anteriores. Hay una clara subordinación, diseñada desde los propios Tratados, del Derecho social al Derecho de la competencia, siendo evidente que la libertad de empresa viene elevada por el propio Derecho de la Unión Europea a la categoría de fundamento de desarrollo de la política social.

⁶⁶ El artículo 9 TFUE dice, “En la definición y ejecución de las políticas y acciones contempladas en la presente Parte, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana”. Añadamos a esto el hecho de que las políticas sociales y de empleo pasan de ser armonizables a ser coordinables

⁶⁷ Vid. las reflexiones de Benjamín, P., “Who Needs Labour Law?. Defining the Sope of Labour Protection., en AAVV. Labour Law in an Era of Globalization, op. cit., págs. 75 y ss.; D’Antona, M., Labour Law at the Century’s End: An Identity Crisis?, op. cit., pág. 40.

7. ¿ES SOCIALMENTE SOSTENIBLE EL MODELO ACTUAL DE LIBRE COMPETENCIA EN EUROPA?

El proceso de modernización de la legislación europea de competencia bajo los auspicios de la Comunicación de la Comisión de 2004 sobre una política de competencia proactiva para una Europa competitiva⁶⁸, marca un antes y un después en el desarrollo de esta política central de construcción del mercado interior. Como ya se ha indicado más arriba⁶⁹, los pilares de esta política de competencia proactiva son las normas de aplicación de las disposiciones del TFUE relativas a acuerdos restrictivos de la competencia y abusos de posición dominante y el Reglamento sobre concentraciones de empresas que, entre otras cosas, reduce los trámites impuestos a las empresas para notificar las operaciones de concentración.

Esta política proactiva de competencia, se encuentra indisolublemente ligada a la Estrategia Europa 2020, que debe concluir su programa de reformas económicas destinadas a convertir a la Unión Europea en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo. La idea central sobre la que gira esta política de la competencia en Europa es toda una reafirmación en los ideales de una economía libre de mercado: la política de la competencia contribuye a la competitividad y al crecimiento económico. Para la Comisión, la competitividad es un indicador de la capacidad de una economía de crear bienes y servicios valiosos de manera productiva en un mundo globalizado al objeto de aumentar el nivel de vida de los ciudadanos y generar niveles de empleo elevados⁷⁰. Los valores a tener en cuenta por la Comisión son, básicamente, la competitividad y la productividad. La competencia vigorosa favorece ambos valores en un proceso que recompensa a las empresas que ofrecen precios más bajos, mayor calidad, productos nuevos y una oferta de productos más amplia. Pero, ¿está produciendo una mejora en la calidad de vida de los trabajadores y en sus condiciones de trabajo?

Este planteamiento acerca de la competencia está claramente volcado hacia el crecimiento económico y el crecimiento de la productividad. En eso consiste la política proactiva de competencia. No se puede, más allá del alcance de esta

⁶⁸ Vid. Comunicación de la Comisión sobre “Una política de competencia proactiva para una Europa competitiva”, de 20 de abril de 2004, COM(2004) 293 final.

⁶⁹ Vid. supra, apartado 1.

⁷⁰ Vid. Comunicación de la Comisión sobre “Una política de competencia...”, op. cit. pág. 3.

modernización, olvidar en qué tipo de economía se están produciendo estos cambios proactivos, y para ello tendremos que volvernos a los artículos del Tratado que trazan el perfil de este marco económico. Según el artículo 119 TFUE, antiguo art. 4 TCE, la adopción de una política económica por parte de la Unión Europea se llevará a cabo de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia⁷¹. Economía de mercado abierta y de libre competencia que en la reformulación efectuada por el art. 3.3 TUE, que constituye un referente ineludible a la hora de interpretar la evolución inmediata de las políticas comunitarias, se convierte en “una economía social de mercado altamente competitiva”. Esta es la óptica que nos interesa mantener porque corremos el riesgo de ceñirnos estrechamente al texto de las orientaciones en materia de libre competencia olvidando el cambio que la economía de mercado abierta y de libre competencia debe experimentar hacia una economía “social” de mercado “altamente” competitiva.

En definitiva, ponemos otra vez frente a frente a la lógica de la libre competencia y la lógica del trabajo. ¿Es posible una libre competencia proactiva que favorezca la competitividad y la productividad y, a la vez, sea proactiva con lo social? ¿La economía social de mercado es sólo una fórmula retórica o una propuesta de futuro incierta introducida en el TFUE por algún motivo concreto? ¿Se materializará esa economía social de alguna manera tangible?, o, como sucedía con la armonización natural derivada del mercado interior⁷², ¿habremos de conformarnos con esperar los efectos socialmente benéficos de la política proactiva de la competencia?

De entrada, el marco definidor de la política de la competencia muestra una irresistible vocación de servicio a los valores de la productividad y la competitividad. En términos de mercado puro, la preocupación de la Comisión, indisimulada, es que unos mercados competitivos garanticen la producción de la variedad y la cantidad deseadas de bienes y servicios, el que éstos respondan de la mejor manera posible a las necesidades de los consumidores y el que sean producidos con el menor coste posible para la sociedad⁷³. La competencia fuerza a las empresas a innovar y a reorganizar sus actividades económicas para mejorar su estructura de costes y aumentar continuamente su productividad. La aparición de

⁷¹ Texto que permanece invariado desde la introducción del art. 3.A en el TCE a través del Tratado de Maastricht.

⁷² Vid. supra, las reflexiones realizadas al respecto en el apartado 1.4.

⁷³ Vid. Comunicación de la Comisión sobre “Una política de competencia...”, op. cit. págs. 3-4.

nuevos productos, tecnologías virtuales y procesos más avanzados termina por expulsar del mercado a las empresas ineficaces y reasignar sus recursos productivos a nuevos competidores o competidores más eficientes. Para ello, la Comisión pide que estos procesos estén respaldados por mecanismos adecuados para promover la adaptabilidad de los trabajadores y las empresas, la flexiguridad y las transiciones profesionales de que hablaba el Libro Verde de la Comisión para la Modernización del Derecho Laboral de noviembre de 2006, proceso de adaptación estructural permanente que redundará a largo plazo en una mayor prosperidad. La I+D se frena por la falta de competitividad, y el crecimiento de las empresas para competir a escala mundial sólo es factible en un entorno nacional de competidores locales donde afloran las redes de proveedores y de prestadores de servicios de apoyo especializados.

Hasta aquí podemos decir que el discurso oficial sobre la competitividad no nos sorprende y que, desde un punto de vista económico, es congruente con otros discursos globales sobre la libre competencia que desde instancias internacionales, G-20, G-8, OMC, FMI, Banco Mundial, OCDE, se pronuncian a menudo y constituyen una suerte de doctrina oficial acerca de la libre competencia en una economía de mercado abierta. Pero no podemos olvidar que nos encontramos en un mercado interior europeo, un mercado único e integrado que destaca frente a otros mercados regionales por el hecho de disponer de una política social propia que le confiere un especial carácter social del que el artículo 3.3 TUE tan sólo se hace eco⁷⁴. Es decir, nuestro modelo de mercado único es ya un mercado social único, por lo que toda reforma en el derecho de la competencia debe tener presente este horizonte si quiere que las reformas sean posibles, esto es, socialmente sostenibles. La cuestión es si merece la pena pagar el precio de perder nuestro modelo social a cambio de mejorar la competitividad de nuestro mercado único⁷⁵. La respuesta debería ser no.

⁷⁴ El concepto de economía social de mercado está aún por desarrollar. Mientras el TUE proclama que “La Unión obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado a altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico”.

⁷⁵ Vid. Ashiagbor, D., *The European Employment Strategy*, op. cit., págs. 215-235, donde reflexiona acerca de los efectos de las políticas de la OMC sobre la flexibilización de las formas de gobierno en Europa, el “soft law” y el método de coordinación abierta como mecanismo de gobernanza social.