

# LA INTERVENCIÓN ESTATAL DISUASORIA DEL EJERCICIO DE LAS LIBERTADES COMUNITARIAS: CARACTERIZACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO COMO OBSTÁCULO AL COMERCIO INTRACOMUNITARIO

MIREIA LLOBERA VILA

*Profesora contratada interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universitat de València*

**SUMARIO:** I. ASPECTOS INTRODUCTORIOS: LA DOCTRINA DEL TEDH, ¿FUNDAMENTO METODOLÓGICO EN LA ELIMINACIÓN DE BARRERAS ESTATALES AL COMERCIO TRANSNACIONAL? II. RELACIÓN CUASI FEDERAL ENTRE EL DERECHO SOCIAL NACIONAL Y EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO COMUNITARIO. III. EL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS LIBERTADES COMUNITARIAS: CLAVE DEL SISTEMA DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA REGIONAL MÁS AVANZADO EXISTENTE. IV. REFLEXIONES FINALES: ¿PUEDE EL DERECHO COMUNITARIO REALIZAR UNA CONCRECIÓN DEL CONTENIDO DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA?

## **Palabras clave**

*Constitución socioeconómica; Libertades comunitarias; Mercado de servicios; Derechos sociales fundamentales; Principio de primacía; TTIP; Libre comercio; Principio de proporcionalidad.*

## **Resumen**

*El principio comunitario de remoción de obstáculos al comercio de servicios, permite al TJUE declarar inaplicable cualquier norma sociolaboral que, aunque no vulnere la libertad de prestación de servicios, tenga la capacidad de desincentivar su ejercicio. Este principio comunitario se sustenta técnicamente en la figura del efecto disuasorio o desalentador, desarrollada por el TEDH en el ámbito de los derechos humanos. Ello impide que las normas laborales impongan «sacrificios excesivos» a las libertades económicas, desarrollando un paralelismo técnico con aquellos supuestos en los que el constitucionalismo nacional reprocha la falta de proporción entre el fin perseguido y los medios empleados, por implicar un «sacrificio excesivo e innecesario» para los derechos fundamentales. Mediante tales instrumentos de integración negativa, este principio otorga a la Unión un título competencial prácticamente ilimitado, que absorbe incesantemente nuevos espacios a la intervención estatal.*

## I. ASPECTOS INTRODUCTORIOS: LA DOCTRINA DEL TEDH, ¿FUNDAMENTO METODOLÓGICO EN LA ELIMINACIÓN DE BARRERAS ESTATALES AL COMERCIO TRANSNACIONAL?

El constitucionalismo moderno situó los derechos fundamentales por encima de los dictados del legislador, invirtiendo el sentido de la relación entre el poder legislativo y los derechos fundamentales, característico de las Constituciones liberales. Según lo describe la doctrina, se aseguraba la protección de los derechos fundamentales mediante la imposición de límites al poder legislativo, el cual ve sometida su actividad a un juicio de proporcionalidad, de rango constitucional<sup>1</sup>. Por ello, se ha considerado que la primacía de los derechos fundamentales constituye uno de los logros normativos de la postguerra. En contraste, la conquista jurídica del derecho de la Unión ha consistido en someter a los parlamentos estatales a la primacía de las libertades fundamentales del mercado interior.

Como escribiera Emberland, cabe considerar que el discurso en materia de derechos humanos se ha invertido. Tradicionalmente, éste se dirigía a considerar si las empresas debían o no encontrarse obligadas, en el desarrollo de sus actividades transnacionales, al cumplimiento de los derechos humanos. Ahora este discurso contempla a las empresas en tanto que titulares primarios de tales derechos. Esto contrasta con una comprensión de los derechos fundamentales como un recurso de protección de «las víctimas y de los desposeídos»<sup>2</sup>. Pues el ejercicio sin cortapisas de la libre empresa por parte de las corporaciones transnacionales a menudo se ha relacionado con el abuso de poder, a cuyo control se dirigen precisamente las garantías jurídicas vinculadas a la protección de los derechos fundamentales. La adquisición por parte de las libertades comunitarias del estatus de derecho fundamental, ha hecho que la doctrina se haya mostrado particularmente crítica respecto del modo en que determinados conceptos de la cultura política y filosófica, que fundamentan los derechos humanos en las tradiciones comunes a los Estados miembros<sup>3</sup>, han sido trasladados a terminología comunitaria convertidos en instrumentos para alcanzar objetivos económicos<sup>4</sup>. Se advierte así del riesgo de situar los derechos fundamentales básicos y las libertades fundamentales de circulación comunitarias al mismo nivel, «al mol-

<sup>1</sup> B. RODRÍGUEZ RUIZ, «El Caso Valenzuela Contreras en nuestro sistema de derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 56, 1999, pp. 235-236.

<sup>2</sup> M. EBERLAND, *The human rights of companies. Exploring the structure of ECHR protection*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 2 ss.

<sup>3</sup> En el Preámbulo de la Carta, en su párrafo 2.º, se alude a tres tipos de objetivos de la Unión, en los que se aprecia una manifiesta diferencia de intensidad: la Unión «contribuye a defender» los valores contenidos en los derechos fundamentales, «trata de fomentar» un desarrollo equilibrado y sostenible, mientras que lo que «garantiza» son las libertades económicas de circulación.

<sup>4</sup> COPPEL; O'NEILL, «The European Court of Justice: Taking rights seriously», *Legal Studies*, núm. 12, 1992, pp. 227 ss.

dear el lenguaje de los derechos humanos a fin de hacerlo encajar en los fines y objetivos de la Comunidad mayormente de naturaleza económica»<sup>5</sup>. Ciertamente, las libertades de mercado se han investido del carácter central adquirido por los derechos fundamentales en el constitucionalismo moderno, provocando una transferencia de las garantías de protección constitucional a las libertades del mercado interior.

La doctrina relativa al «efecto desalentador» aplicada a la intervención estatal disuasoria del ejercicio de las libertades de mercado comunitarias, se origina técnicamente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —TEDH—. Dicha jurisprudencia impone a los Estados miembros la obligación de eliminar los obstáculos que interfieran el disfrute de los derechos humanos, lo que, a su vez, se enmarca en la doctrina de obligaciones positivas desarrollada por el TEDH<sup>6</sup>. Su traducción económica, en el ámbito comunitario, consiste en proceder a la eliminación de posibles factores desincentivadores del comercio intracomunitario, a fin de posibilitar una mayor oferta de factores y resultados de la producción, en el territorio comunitario. Ello posibilita dejar sin aplicación cualquier norma del ordenamiento nacional, que incluso sin que vulnere la libertad económica, tenga la capacidad de desincentivar su ejercicio. Esta doctrina, de configuración tardía en teoría constitucional, permite una elevada intensidad de control sobre el legislador estatal. Justificada, por otra parte, en el ámbito de los derechos humanos a partir de la especial preponderancia de éstos en el orden constitucional.

Así, cuando la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior —en adelante, Directiva 123/2006 Marco de Servicios— dispone en su art. 16, apartado 4, *in fine*, que ésta no impedirá que «el Estado miembro aplique sus disposiciones en materia laboral de conformidad con el derecho comunitario, incluidas las establecidas en los convenios colectivos»<sup>7</sup>, no está reconociendo a los Estados una capacidad ilimitada de mejorar los estándares sociales. Por el contrario, se está haciendo eco de la jurisprudencia del TJUE, que tras reiterar los términos de *Rush Portuguesa* en cuanto a que «el derecho comunitario no se opone a que los Estados miembros extiendan su legislación, o los convenios colectivos de trabajo celebrados por los interlocutores sociales», procede a evaluar los efectos restrictivos de la legislación social

<sup>5</sup> G. DE BURCA, «The Role of Equality in European Community Law», en A. Dashwood, S. O'Leary, (eds.), *The Principle of Equal Treatment in EC Law*, Sweet & Maxwell, London, 1997, p. 26. Traducción propia.

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

<sup>7</sup> Artículo 16.3 de la Directiva 123/2006 Marco de Servicios, énfasis añadido. Cfr. considerando 82.

o de los convenios colectivos a fin de que el tribunal nacional pueda declarar, en su caso, su inaplicación<sup>8</sup>.

Sobre este particular, se recordarán dos asuntos paradigmáticos, *Viking* y *Laval*, en los que el TJUE evita pronunciarse expresamente sobre el uso de la libertad de establecimiento para valerse de las inferiores condiciones de trabajo en un determinado país. En *Laval* lo evita acudiendo a argumentos de naturaleza procesal. En *Viking*, el tribunal remitente solicita una resolución de caso desde una aplicación conjunta de la libre circulación de servicios en su doble vertiente temporal y permanente. El TJUE no contesta directamente a la pregunta ni aborda una interpretación del derecho material que permita delimitar los objetivos legítimos susceptibles de ser amparados por cada una de las libertades, pese a que en la descripción de los hechos de la Sentencia se recoge expresamente que «la sociedad matriz desea reabanderar el buque del Estado B, para aplicar las condiciones menos favorables que las del Estado A»<sup>9</sup>.

La libertad de establecimiento implica, a tal efecto, «la posibilidad de que un nacional comunitario participe, de forma estable y continua, en la vida económica de un Estado miembro distinto de su Estado miembro de origen, y de que se beneficie de ello»<sup>10</sup>. El TJUE no ha explicitado si la libertad de establecimiento incluye también el derecho —garantizado por el principio de primacía— de beneficiarse de las ventajas que ofrecen los costes sociales inferiores en otro país. Desafortunadamente, la jurisprudencia así parece confirmarlo en relación a la libre prestación de servicios<sup>11</sup>, dejando al descubierto una vía de entrada de la libre competencia como mecanismo regulador o «nivelador» de los niveles óptimos de regulación social en el mercado interior, más allá de los límites «antiexplotación» de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, en adelante, la Directiva 96/91/CE. Una zona de libre competencia social, cuyos contornos se amplían al mismo ritmo que las disparidades sociales y de renta en el seno de la Unión. Lo que la doctrina ya había anticipado, como una nueva fórmula de integración negativa que somete a presión a la baja a los sistemas jurídicos «ineficientes» desde el punto de vista de la libre competencia<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> Vid. STJUE de 28 de marzo de 1996, (asunto *Guiot*, C-272/94), [parágrafos 10-11] y STJUE de 23 de noviembre de 1999, (asunto *Arblade y otros*, asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96), [parágrafos 33-38].

<sup>9</sup> STJUE de 18 diciembre 2007, asunto C-341/05, *Laval un Partneri*, [parágrafos 43-44]; STJUE 11 diciembre 2007, *Viking*, asunto C-438/05, [parágrafo 27].

<sup>10</sup> STJUE de 30 de noviembre de 1995, C-55/94. *Gebhard*, parágrafo 25.

<sup>11</sup> STJUE de 17 de noviembre de 2015, C-115/14, *RegioPost*, [parágrafo 69]; STJUE de 18 de septiembre de 2014, C-549/13, *Bundesdruckerei* [parágrafo 30].

<sup>12</sup> A. PERRONE, «Della liberta di stabilimento alla competizione fra ordinamenti? Riflessioni sul caso Centros», *Rivista delle società*, núm. 5, 2001, pp. 1293-1307.

## II. RELACIÓN CUASI FEDERAL ENTRE EL DERECHO SOCIAL NACIONAL Y EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO COMUNITARIO

El Acuerdo General de Comercio relativo a los Servicios —AGCS— es explícito en sus términos, cuando en su art. XIV, letra c) exige que las leyes y reglamentos restrictivos del comercio «no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo», articulando en su ámbito de influencia un filtro de adecuación al derecho de la OMC, disciplinante de la intervención estatal. De un modo análogo, el derecho de la Unión prohíbe levantar obstáculos al comercio —ya sea mediante el establecimiento de condiciones de trabajo, de contratación, de acceso al empleo o de autorizaciones de inmigración<sup>13</sup>— poniendo al descubierto, para la doctrina, uno de los aspectos más espinosos del derecho social comunitario «¿o es que el mantenimiento de normas más favorables por los Estados miembros es incompatible con los fines del Tratado y la convergencia de las legislaciones sociales de los Estados de la Unión Europea?»<sup>14</sup>.

La codificación del principio de remoción de obstáculos no permitía augurar una respuesta en negativo a dicha pregunta. Pues este principio, concebido originariamente por la jurisprudencia comunitaria como instrumento de interpretación del Tratado, a través de la Directiva 123/2006 Marco de Servicios se ha incorporado a nuestro ordenamiento como elemento de configuración legislativa de la normativa nacional<sup>15</sup>. Alcanzando, en esta norma, su máxima expresión, según se recoge su preámbulo:

*«Con el fin de crear un auténtico mercado interior de servicios es necesario que se supriman las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de servicios que aún persisten en las legislaciones de algunos Estados miembros y que son incompatibles con los arts. 43 y 49, respectivamente, del Tratado —actuales arts. 49 y 56 TFUE—. Las restricciones prohibidas en la presente Directiva afectan especialmente al mercado interior de servicios y deben desmantelarse de forma sistemática lo antes posible»<sup>16</sup>.*

Éste es quizás el efecto más intenso del principio de libre comercio en materia de derechos sociales, pues con la finalidad de hacer efectiva la Constitución económica

<sup>13</sup> STJUE de 24 de enero de 2002, (asunto C-164/99, *Portugaia Construções*, [parágrafo 18]; STJUE 25 octubre 2001 (asuntos acumulados C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 y C-68/98 a C-71/98, *Finalarte*) [parágrafo 28]; STJUE de 15 de marzo de 2001, (asunto *Mazzoleni e ISA*, C-165/98), [parágrafo 22]; STJUE de 23 de noviembre de 1999, (asunto *Arblade y otros*), [parágrafo 33]; STJUE de 28 marzo 1996 (asunto C-272/94, *Guiot*) [parágrafo 10].

<sup>14</sup> M.E. CASAS BAAMONDE, «Normas laborales internacionales, Derecho Social Europeo y derechos fundamentales», *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1996, pp. 62-72.

<sup>15</sup> Debe recordarse que el art. 16 de la Directiva 123/2006 Marco de Servicios incorpora el principio de remoción de obstáculos integrado en el juicio de proporcionalidad.

<sup>16</sup> Considerando 64 de la Directiva 123/2006 Marco de Servicios.

comunitaria<sup>17</sup>, se somete a escrutinio cualquier normativa nacional susceptible de afectar el espacio de protección de las libertades comunitarias de mercado. Esta relación cuasi federal entre el derecho social nacional y el ordenamiento económico comunitario, nos aleja así del paradigma clásico en el que los estándares laborales mínimos establecidos por las normas internacionales eran compatibles con los esfuerzos de los Estados en mejorarlos<sup>18</sup>. Este principio de remoción de obstáculos, desarrollado por el TEDH, al igual que en el derecho de la Unión, resulta aplicable tanto en la esfera del poder estatal como en las relaciones entre personas privadas. Ambas integran el reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos reconocidos en su seno, de los derechos humanos, en un caso, y de las libertades fundamentales de mercado, en el otro. Así, la revisión de la concepción liberal de los derechos fundamentales ha logrado ampliar el espacio aplicativo de tales derechos para dotarlos de eficacia horizontal frente a terceros, superando los efectos meramente verticales de articulación exclusiva frente al Estado<sup>19</sup>. Tal proceso expansivo ha sido emulado también por el TJUE. Así ocurre en las Sentencias *Laval* y *Bundesdruckerei*, donde las libertades de mercado comunitarias aparecen dotadas de una amplia *vis expansiva* susceptible de oponerse frente a partes privadas. A partir de una lectura constitucional, a la luz del art. 56 TFUE, la propia Directiva 96/71/CE se ve dotada de un efecto horizontal, adquiriendo la libre prestación de servicios una eficacia horizontal en las relaciones *inter privatos*.

Al igual que los derechos fundamentales, las libertades económicas comunitarias detentan una posición dominante sobre las demás normas constitucionales, y por supuesto, sobre las leyes estatales. De modo que a la hora de incorporar tales parámetros, el juez nacional se encuentra sujeto, de un lado, por el principio de primacía de la Constitución nacional, que le impone el deber de no contradecir las normas iusfundamentales; y por

<sup>17</sup> Dos interesantes análisis sobre Constitución económica y modelo social se abordan en G. MAESTRO BUELGA, «Estado de mercado y Constitución económica: algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea», *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 8, 2007, pp. 43-73 y en S. GIUBBONI, *Social rights and market freedom in the European Constitution*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 232 ss.

<sup>18</sup> En relación a las actividades de los operadores transnacionales *vid.* Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, 1 enero 2006, puesta en relación con la Recomendación núm. 198 sobre la relación de trabajo (2006) y la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social adoptada en 1977 por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, según las enmiendas introducidas en 2000, donde se establece que: «*Todas las partes a que se refiere esta Declaración deberían respetar los derechos soberanos de los Estados, observar las leyes y reglamentos nacionales, tener debidamente en cuenta las prácticas locales y respetar las normas internacionales aplicables*» [párrafo 8]. [<http://www.ilo.org/empent/units/multinational-enterprises/lang--es/index.htm>] [05/03/2016].

<sup>19</sup> *Vid.* B. RODRÍGUEZ RUIZ, *cit.*, p. 226, en su descripción de los distintos aspectos del proceso de revisión crítica de la noción liberal de los derechos fundamentales, y en relación a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 noviembre 1989, (asunto *Markt Intern Verlag & Klaus Beermann contra Alemania*, Application n. 10572/83), [párrafo 27].

otro, por el principio de primacía comunitario, que le impone una obligación análoga respecto de las libertades comunitarias, la cuál le aparta de esa obligación preexistente en relación a los derechos constitucionales de configuración estatal<sup>20</sup>.

Junto a la vinculación general y a la aplicabilidad directa, son notas compartidas por las libertades comunitarias y los derechos fundamentales, la indisponibilidad por parte del legislador, estatal o comunitario, de su contenido esencial. También se impone a todos los poderes públicos potenciar su efectividad, removiendo los obstáculos que se opongan a la misma para proporcionar al titular del derecho el contenido constitucional. Las garantías otorgadas por el derecho de la Unión a las libertades fundamentales se dirigen a asegurar que éstas no se vean afectadas por ninguna injerencia ilegítima por parte del poder estatal. Igualmente, la interpretación de sus límites habrá de estar guiada en todo caso por el «*favor libertatis*», que impone interpretaciones favorables a la efectividad de los derechos fundamentales y de las libertades comunitarias. A lo que debe añadirse su eficacia directa y valor normativo supralegal.

La técnica jurídica inherente al juicio de proporcionalidad en la protección de los derechos fundamentales, en nuestro sistema constitucional, consiste en actuar como «límite de límites» cuando se produzca una injerencia o una restricción en el ámbito de protección de un derecho por parte de un poder público. Sin embargo, mientras que en el control del legislador su utilización pierde gran parte de su coherencia dogmática<sup>21</sup>, en el ámbito comunitario y supranacional, dicha técnica jurídica sirve de resorte de defensa frente a injerencias «*ilegítimas*» de los poderes públicos en el ámbito de las libertades de mercado de los operadores transnacionales. La integración económica constituye en este sistema un bien común protegido, actuando aquí las libertades comunitarias como límites *naturales* a la actuación del Estado. De ahí que la jurisprudencia haya dado vida a una Constitución económica comunitaria, aunque el Tratado no la conceptúe como tal.

Así, los albores de los años noventa alumbraron la legislación que sentarían las bases de la regulación comunitaria actual en materia de libertad de comercio, cuyos paralelismos con las normas internacionales de protección de la inversión, y con las normas de la OMC no son una novedad, en particular en relación a los procedimientos y principios liberalizadores, también gestado en dicha década. Por tanto, las opciones constitucionales de los Estados no sólo quedan sujetas en su configuración a los imperativos de las libertades del libre mercado. Además, los mecanismos jurídicos destinados a garantizar las bases

---

<sup>20</sup> C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 96.

<sup>21</sup> Este es el parecer de M. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2003, pp. 111 ss.

institucionales de los Estados deben redirigirse hacia la protección de los principios y valores de la Constitución económica comunitaria, ahora proyectada en el Acuerdo Transatlántico sobre Comercio e Inversión —*Transatlantic Trade and Investment Partnership*, o TTIP—<sup>22</sup>. Ello ocurre cuando el principio de primacía y el efecto directo del derecho de la Unión penetra «las categorías constitucionales que dotan de contenido a la forma de Estado Social»<sup>23</sup>.

Lo mismo puede predicarse respecto de la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros frente a incumplimientos del derecho de la Unión por parte de los tribunales nacionales. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos hace responsable a los Estados de las violaciones privadas de los derechos humanos garantizados por el TEDH. Sirviéndose de análoga argumentación jurídica, el TJUE hace responsable a los Estados de la infracción del derecho comunitario. En el ámbito del derecho internacional de comercio e inversión, se ha ido más lejos a la hora de aplicar tal responsabilidad patrimonial, con graves e importantes consecuencias constitucionales. Tales Tratados se sustraen del control judicial nacional y de los límites que actualmente imponen los Tribunales Constitucionales, como por ejemplo, en la UE, al principio de primacía del derecho de la Unión. Los cientos de demandas ante el CIADI —Centro internacional para la resolución de conflictos en materia de inversión— por parte de las empresas transnacionales europeas y estadounidenses frente a los Estados soberanos, a resultas de estos Tratados, son un buen ejemplo de ello<sup>24</sup>, siendo esta la senda la que viene a penetrar el TTIP<sup>25</sup>.

### III. EL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS LIBERTADES COMUNITARIAS: CLAVE DEL SISTEMA DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA REGIONAL MÁS AVANZADO EXISTENTE

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

<sup>22</sup> Los textos que ha puesto a disposición de la opinión pública la Comisión se encuentran en: [http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/index\\_es.htm](http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/index_es.htm)

<sup>23</sup> Vid. G. MAESTRO BUELGA, «Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea», *Revista de derecho comunitario europeo*, núm. 7, 2000, p. 123.

<sup>24</sup> Para consultar tales demandas *vid.* web del Internacional Centre for Settlement of Investment Disputes, en:

<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/AdvancedSearch.aspx> [05/03/2016]

<sup>25</sup> C. TITI, «The European Union's Proposal for an International Investment Court: Significance, Innovations and Challenges Ahead», *Working paper*, 5 January 2016, en: <http://ssrn.com/abstract=2711943> [05/03/2016].

político al comercio interestatal ha contenido fórmulas de eliminación de obstáculos que restrinjan el flujo económico a través de las fronteras, llevando al desarrollo de garantías de «libre tránsito» como las contenidas en el «*ius societatis et communicationis*» en el siglo XVIII<sup>26</sup>. Sin embargo, en el constitucionalismo moderno que alumbró las Cartas magnas escritas europeas se encuentra mayormente inédito el reconocimiento constitucional de la vertiente internacional de la libertad de empresa, como categoría diferenciada de la libertad empresa a nivel interno. Los derechos económicos de los operadores extranjeros no suelen encontrar en ellas un estatuto propio, ni se encuentra tal libertad reconocida al mismo nivel que los derechos fundamentales y los intereses nacionales, ya sean públicos —servicios públicos, orden público o medidas imperiosas de interés general— o privados —discriminación inversa de los operadores económicos nacionales—. Sin perjuicio de las frecuentes remisiones a tratados internacionales, es también inusitado que tales intereses nacionales o la protección en el nivel nacional de los derechos fundamentales puedan situarse en una posición de concurrencia o subordinación respecto de la libertad de comercio en su dimensión transnacional.

Cabe precisar que las libertades de circulación comunitarias incorporan un contenido diferenciado, del atribuido al contenido esencial de la libertad de empresa reconocido en el nivel nacional. En efecto, la libertad de empresa viene protegida exclusivamente en su dimensión internacional, pues como ya se indicó, las libertades comunitarias, en principio, no contemplan las actividades cuyos elementos estén contenidos por entero en un solo Estado miembro. No cabe entender, por tanto, esta concreción de la libertad de empresa como un mero añadido que incorpora la vertiente internacional de su ejercicio. Por el contrario, la esencia jurídica de las libertades comunitarias afecta íntimamente la configuración de la libertad de empresa, tal como se encuentra reconocida en la Constitución española. En primer lugar, en relación a la posición que ésta ocupa frente a la cláusula del Estado Social, al alterar los pilares socioeconómicos de la Constitución española, y en segundo lugar, al situar los derechos económicos de los operadores transnacionales en una posición de predominancia jurídica, en la aplicación del principio de primacía, frente a las empresas de base puramente nacional.

El proceso de constitucionalización de las libertades comunitarias ha tenido un papel fundamental en el éxito del modelo de integración económica europea, posiblemente el sistema de integración económica regional más avanzado existente. Este proceso de mutación constitucional en el ámbito europeo se dirige hacia una confluencia con el modelo

---

<sup>26</sup> GROZIO, *De iure belli ac pacis libri tres*, Lausanne, 1758-1759, 1, II, cap. II, citado por D. LÓPEZ GARRIDO, *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 21.

«del procedimiento económico debido» estadounidense<sup>27</sup> incorporando, además, una nueva dimensión de la libertad de empresa, en su vertiente internacional de libre comercio y de libre acceso a los mercados, que abre el camino hacia su consolidación jurídica, en el espacio global, a través del Acuerdo Transatlántico sobre Comercio e Inversión —TTIP—<sup>28</sup>.

Es importante, en este sentido, considerar cómo afecta esta nueva dimensión de la libertad de empresa, en su vertiente internacional de libre comercio, al derecho de libertad de empresa reconocida en el art. 38 de la Constitución española. Especialmente, cuando sitúa a las empresas de base puramente nacional en una posición jurídica de discriminación inversa. Pues, pese a que el art. 18 TFUE prohíbe la discriminación por razón de nacionalidad, dicha prohibición no incluye la discriminación inversa, puesto que ésta no obstaculiza la libre circulación entre Estados<sup>29</sup>. Esto implica que las empresas nacionales pueden verse sujetas a condiciones regulatorias más rigurosas que las exigidas a los prestadores extranjeros. Esta falta de atención jurisprudencial a los problemas de discriminación inversa resulta, sin embargo, coherente con el principio de remoción de obstáculos, pues de tenerse en cuenta tales efectos en las empresas nacionales, la aplicación del principio de mutuo reconocimiento se limitaría a eliminar doble imposición, pero no tendría posibilidad de limitar los estándares superiores del lugar de ejecución de la prestación<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> En Estados Unidos el «procedimiento económico debido» protegía la libertad de empresa frente a las iniciativas de regulación social. Para un análisis comparativo entre el «procedimiento económico debido» en Estados Unidos y la cláusula de comercio negativa en el derecho comunitario puede consultarse M. POIARES MADURO, *We, the Court: the European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Hart publishing, Oxford, 1998, pp. 90-102, F.W. SCHARPF, *Gobernar en Europa: ¿eficaz y democráticamente?*, Alianza, Madrid, 2000, pp. 71 ss; y L.N. BROWN, F.G. JACOBS, *The Court of Justice of the European Communities*, Sweet & Maxwell, London, 1983, p. 351. *Vid.* también M. GUZMÁN ZAPATER, «¿Hay avances en la construcción de una noción de orden público en el ámbito comunitario?, (A propósito de las SSTJUE de 1 de junio de 1999, 28 de marzo y 11 de mayo de 2000 sobre el art. 27.1 del Convenio de Bruselas)», *Aranzadi civil*, núm. 1, 2001, pp. 1945-1970.

<sup>28</sup> *Vid.* la información que pone a disposición del público la Comisión Europea sobre este Tratado en: [http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/index\\_es.htm](http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/index_es.htm)

<sup>29</sup> *Vid.* en este sentido C. RITTER, «Purely internal situations, reverse discrimination, Guimont, Dzdzi and article 234», *European Law Review*, núm. 5, 2006, pp. 690-710; BERNARD, «Discrimination and Free Movement in EC Law», *International and Comparative Law Quarterly*, núm. 45, 1996, pp. 85-89; S. WEATHERILL, «After Keck: some thoughts on how to clarify the clarification», *Common Market Law Review*, núm. 33, 1996, pp. 901-904.

<sup>30</sup> En efecto, la discriminación inversa aparece como tema recurrente en los pronunciamientos del TJUE en materia de desplazamiento de trabajadores. En *Rüffert* el TJUE considera contraria al derecho de la Unión la obligación convencional de abonar a los trabajadores desplazados los salarios aplicables a los trabajadores locales, aunque ello ocasionara la discriminación de los prestadores internos. En efecto, éstos se ven, en tal caso, obligados a pagar salarios más altos que sus competidores extranjeros, a menos que dicho Estado opte por una reducción de tales estándares salariales. En definitiva, toda aquella actividad susceptible de ser prestada mediante la «importación» de mano de obra desplazada es susceptible de ser sometida a dicha presión competitiva. Esto permite que el desplazamiento de trabajadores se consolide como alternativa a la función

Esta competencia regulatoria somete al legislador a la constante tensión de otorgar más y mayores concesiones a fin de atraer al capital, logrando que «los regímenes políticos económicos del Estado del Bienestar se encuentren cercados incluso allí donde aún se defienden»<sup>31</sup>, conforme la presión jurídica integradora va ampliando el espacio de regulación nacional sometido al imperativo de la libre competencia. Según ha expuesto la doctrina, la competencia entre sistemas puede conducir a una «carrera hacia la cúspide» en cuanto a estándares sociales o una «carrera hacia el fondo», también denominado «efecto Delaware», que en los Estados Unidos alentó el establecimiento de las empresas en aquellos estados cuyas normativas eran más laxas<sup>32</sup>.

Ciertamente, de la competencia en la reducción de cargas reguladoras y costes de Seguridad Social se deriva un riesgo plausible de generar una progresión a la baja de los estándares sociales y de protección social, en el espacio comunitario. También existen autores que argumentan que tal regresión no es una consecuencia necesaria, defendiendo los beneficios del reconocimiento mutuo y de la competencia entre sistemas, como modelo de optimización económica respecto de la intensidad adecuada de regulación en cada país, teniendo en cuenta su efecto simultáneo sobre el precio y la calidad del producto<sup>33</sup>. Desde estas tesis, la nivelación de costes producida por la competencia entre sistemas laborales es un efecto buscado y coherente con los fines del Tratado, aunque contradictorio con otros objetivos no económicos contenidos en el mismo<sup>34</sup>. Así, para este sector doctrinal, cuando los gobiernos tratan de evitar que su empresariado local se vea en peores condiciones de competitividad que los operadores externos, se genera una dinámica positiva encaminada hacia la producción de una legislación *idónea* que tiende hacia un «mínimo común denominador» particularmente eficiente en términos económicos<sup>35</sup>. Desde un punto de vista jurídico-formal la relación entre la consecución del mercado interior y

---

económica desempeñada tradicionalmente por la inmigración típica sin encontrarse sujeta, no obstante, a la legislación sociolaboral de los mercados en los que ésta se inserta. Conclusiones del Abogado General Yves Bot presentadas el 20 de septiembre de 2007 —asunto *Dirk Ruffert*, C 346/06—, [parágrafo 103]. *Vid.* también STJUE de 21 de octubre de 2004, —asunto C-445/03, *Comisión c. Luxemburgo*—, [parágrafo 14]. El Tribunal de Justicia tampoco acoge las alegaciones del gobierno luxemburgués cuando éste postula la necesidad de evitar la discriminación inversa de las empresas locales.

<sup>31</sup> F.W. SCHARPF, *cit.*, p. 55.

<sup>32</sup> *Vid.* WEDDERBURN OF CHARLTON, *Labour Law and Freedom*, Lawrence & Wishart, London, 1995, p. 350.

<sup>33</sup> M.E. STREIT, «Competition Among systems, harmonisation and European integration», *Max Planck Institute Working Paper* 1996/1, Max Planck Institute for the Study of Societies, Cologne, 1996, pp. 1-10.

<sup>34</sup> Como la «mejora de las condiciones de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso» —art. 151 TFUE—. Sobre los objetivos no económicos de la Comunidad *vid.* STJUE 08 abril 1976, *Defrenne* / *Sabena* asunto 43/75, párrafos 8-12.

<sup>35</sup> *Vid.* A. MARCIANO y J.M. JOSSELYN, *From economic to legal competition. New perspectives on law and institutions in Europe*, Edward Elgar, Cheltenham/Northampton, 2003, pp. 61 ss.

el esperado bienestar común fruto de la liberalización económica y de la apertura de los mercados, por resultar una componente casi axiomática de las disposiciones del Tratado. Así, por ejemplo, el principio de remoción de obstáculos que aplica el TJUE, de acuerdo con el tenor de la Directiva 123/2006 Marco de Servicios está dirigido a la eliminación de las barreras que obstaculizan el desarrollo de las actividades de servicios entre Estados miembros como «*medio esencial de reforzar la integración entre los pueblos de Europa y de fomentar un progreso económico y social equilibrado y sostenible*»<sup>36</sup>. Un «bien común», a cuya consecución también va dirigido, según la Comisión Europea, el Acuerdo Transatlántico sobre Comercio e Inversión —TTIP—<sup>37</sup>.

#### IV. REFLEXIONES FINALES: ¿PUEDE EL DERECHO COMUNITARIO REALIZAR UNA CONCRECIÓN DEL CONTENIDO DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA?

Como ya pusiera de relieve Alonso, cabe poner en cuestión la relación causa-efecto que se pretende establecer entre la consecución del libre mercado y el bienestar común. La liberalización económica desreguladora de la última década ha generado lo que ha venido denominándose como una «anomia del bienestar», ciertamente contradictoria, en la que la nueva economía financiera y las nuevas tecnologías generan enormes expectativas de enriquecimiento económico, dando simultáneamente muestras de una manifiesta incapacidad para generar crecimiento real, generando subclases e infraclases en las sociedades occidentales fruto de la promoción legal del trabajo de mala calidad laboral, sin proyecto ni estabilidad. Esa nueva economía está, simultáneamente, minando el modelo de ciudadanía, de legitimación y de consenso social, contribuyendo al progresivo desmantelamiento de la solidaridad colectiva e institucional<sup>38</sup>. De ahí que la opción desreguladora se considere como una restricción a la capacidad de los sistemas políticos para perseguir objetivos sociales, fruto de decisiones democráticas, con el subsiguiente abandono de las políticas keynesianas de bienestar social y el alumbramiento de Estados de fomento de la competencia —de *welfare* a *workfare*—<sup>39</sup>.

Lo ocurrido con los derechos sociales, en la redacción final de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea —CDFU—, o actualmente, en el «*Acuerdo anti-brexit*», pone de manifiesto que han recuperado plenamente la vigencia aquellas posturas

<sup>36</sup> Vid. Primer considerando de la Directiva Marco 123/2006 de Servicios.

<sup>37</sup> Comisión Europea, *TTIP: una gran oportunidad para las pymes españolas*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2015.

<sup>38</sup> Vid. L.E. ALONSO, *Trabajo y postmodernidad: el empleo débil*, Fundamentos, Madrid, 2000, pp. 190 ss.

<sup>39</sup> Vid. B. JESSOP, «Regulation theories in retrospect and prospect», *Economy and Society* vol. 19(2), 1990, pp. 153-216.

teóricas que creíamos superadas. Concretamente, aquellas que niegan que los derechos sociales sean auténticos derechos fundamentales y que los reducen a principios rectores y directrices políticas, sosteniendo una concepción restrictiva de la ciudadanía. La doctrina ha reivindicado la hermandad histórica entre trabajo y ciudadanía que alcanzaron las sociedades europeas post-fordistas de la postguerra. El cual, sólo ha encontrado un reflejo comunitario muy desdibujado, con claros síntomas de una vuelta a la ciudadanía política de los derechos y libertades individuales. A partir de un proceso de retransformación en Europa, de la ciudadanía social en ciudadanía privada, es decir, en una ciudadanía menos conectada a una entidad reguladora general, que es lo que justamente representa su validez como derechos constitucionales y como exigencias del establecimiento de técnicas de garantía institucional, jurisdiccional y social<sup>40</sup>.

Para cierto sector doctrinal, la Constitución no proporciona suficientes elementos de juicio sobre «cuánto mercado deba existir en la economía española». De modo que dicha concreción del contenido de la Constitución económica española se atribuye al derecho de la Unión, que viene así a limitar considerablemente sus «posibilidades socializantes»<sup>41</sup>. Desde esta óptica, se contempla la Carta Magna como una concha vacía, en la que tiene plena cabida el significado que quiera otorgarle la Constitución económica comunitaria. Es cierto que las libertades comunitarias efectúan una concreción de la libertad de empresa en sus respectivos ámbitos materiales. Sin embargo, no parece correcto vaciar de contenido nuestra propia Constitución económica, especialmente teniendo en cuenta que la parte del Constitución dedicada a «Economía y Hacienda» atribuye a los poderes públicos la potestad de intervenir en el mercado, regularlo y suprimirlo; el art. 33 CE somete toda la riqueza del país «al interés general»; o el art. 128.2 CE reconoce al Estado el derecho a reservarse sectores enteros de la economía.

En efecto, nuestro Tribunal Constitucional ha condicionado la aplicación del principio de primacía comunitario al respeto de la cláusula del Estado social, habiendo declarado que los límites a las facultades soberanas del Estado, a resultas de la cesión del ejercicio de competencias a la Unión «son aceptables únicamente en tanto el Derecho europeo sea compatible con los principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho establecido por la Constitución nacional»<sup>42</sup>. La jurisprudencia constitucional ha impuesto límites de orden material a la primacía de las libertades de mercado, advirtiendo que las competencias transferidas no pueden servir de fundamento «para la producción de normas comunitarias

<sup>40</sup> T. VICENTE GIMÉNEZ, *La exigibilidad de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, València, 2006, p. 104. Vid. in extenso L.E. ALONSO, *cit.*, pp. 221 ss. y R. CASTEL, «Trabajo y utilidad para el mundo», *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 115 (6), 1996, pp. 676-678.

<sup>41</sup> C. PAZ-ARES y J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *cit.*, pp. 357-440.

<sup>42</sup> Tribunal Constitucional (Pleno), Declaración núm. 1/2004 de 13 diciembre, *cit.*, [fundamento de derecho 2.º].

cuyo contenido fuera contrario a valores, principios o derechos fundamentales de nuestra Constitución». Estableciendo también una reserva de competencia jurisdiccional en su favor en el caso que el derecho de la Unión resulte «inconciliable» con la Constitución española<sup>43</sup>.

Por otra parte, cuando los Estados aceptan instrumentos internacionales vinculantes deben tener en cuenta los compromisos internacionales, como la Carta Social Europea<sup>44</sup>, asumidos previamente. El derecho comunitario «no se erige en canon de constitucionalidad», a diferencia del Derecho internacional de los derechos humanos, que opera como «obligado criterio para la interpretación» —STC 97/1999, STC 5/1985, STC 140/1995, STC 13/1994—, articulando la garantía de los derechos fundamentales *ex art.* 10.2 CE, en tanto que bases objetivas de nuestro ordenamiento, a la que deben someterse todos los poderes públicos, de forma incondicionada. Actualmente, sin embargo, la *vis expansiva* de las libertades de mercado comunitarias alcanza cualquier medida que pueda obstaculizar el libre desarrollo de las actividades amparadas por ellas. De forma que no existe propiamente una delimitación de competencias que permita proteger la Constitución de las incursiones del derecho económico comunitario e internacional —incluidos los Tratados internacionales del Comercio e Inversión, que puedan suscribirse por parte de la Unión Europea— siendo el art. 93 CE, manifiestamente insuficiente para ceder tales cotas de soberanía. Pues aunque las continuas reformas de la Constitución sean tácitas, ello no cambia su naturaleza, ni permite ignorar que lo que está usurpando es el poder del pueblo soberano para establecer su propia Constitución, como espacio jurídico configurador de las condiciones de vida económica, cultural y social de los ciudadanos.

## TITLE

STATE INTERVENTION AND EXERCISE OF COMMUNITY FREEDOMS: LABOUR LAW'S CHARACTERIZATION AS AN OBSTACLE TO COMMERCE

## SUMMARY

I. INTRODUCTORY ISSUES: ECHR DOCTRINE, METHODOLOGICAL BASIS IN REMOVING BARRIERS TO TRADE? II. QUASI FEDERAL RELATIONSHIP BETWEEN NATIONAL LABOUR LAW AND EU ECONOMIC ORDER. III. CONSTITUTIONALIZATION PROCESS OF COMMUNITY FREEDOMS. IV. CONCLUSIONS: CAN COMMUNITY LAW DETERMINE THE CONTENT OF NATIONAL ECONOMIC CONSTITUTIONAL LAW?

<sup>43</sup> *Ibidem* [fundamentos de derecho 2, 3 y 4].

<sup>44</sup> C. SALCEDO BELTRÁN, «Crisis económica, medidas laborales y vulneración Carta Social Europea», *Revista Europea Derechos Fundamentales* núm. 22, 2013, pp. 93-97, ha identificado el origen de las medidas legislativas anticrisis en la imposición de condiciones por parte de la Unión Europea, previamente a la concesión de ayuda económica para hacer frente a la crisis financiera.

**KEY WORDS**

*Socioeconomic Constitution; Community freedoms; Internal Market; Services; Fundamental Social Rights; Primacy principle; TTIP; Free Trade; Proportionality principle.*

**ABSTRACT**

*The Community principle, of removal of barriers, allows the ECJ to render inapplicable any social standard which, even not violating the freedom of provision of services, has the capacity to discourage its exercise. This community principle is based on «the deterrent effect» doctrine, developed in the field of human rights by the ECHR. Thus, when labor standards impose «excessive sacrifices» to economic freedoms, this principle develops a technical parallelism with those cases where the aim pursued by a national rule, and the means employed, imply an «excessive sacrifice» to a fundamental right. Such instrument of «negative integration», gives the Union practically unlimited powers, absorbing incessantly new spaces to State intervention.*

---

Fecha de recepción: 13/04/2016

Fecha de aceptación: 05/05/2016