

EL PILAR EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES: UN ANÁLISIS DESDE LAS COORDENADAS DEL CONSTITUCIONALISMO DE MERCADO EUROPEO

AINHOA LASA LÓPEZ¹
Universidad de Alicante
ainhoa.lasa@ua.es

Cómo citar/Citation

Lasa López, A. (2019).

El Pilar Europeo de Derechos Sociales: un análisis desde las coordenadas del constitucionalismo de mercado europeo.

Revista de Derecho Comunitario Europeo, 62, 117-154.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.62.04>

Resumen

En 2017 parece haber emergido un febril paroxismo de lo social en el *establishment* europeo con la adopción de dos textos políticos: el primero, el *Documento de reflexión sobre la dimensión social de Europa*; el segundo, el *Pilar europeo de derechos sociales*. Sendos actos pretenden abrir un escenario de análisis y debate que transcurre entre la flexibilidad, la marginalidad o la europeización controlada de la integración positiva. Sin embargo, en estas tesis está ausente la cuestión central que ha perpetuado el estatus de subordinación de la integración positiva a escala europea. Nos referimos al

¹ Profesora de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante. El presente trabajo se inscribe en las actuaciones del proyecto de investigación DER2017-84562-P: *Estado Económico, Capitalismo Financiarizado, Constitución, Gobernanza*, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016.

anclaje de esta en el marco de un modelo constitucional de nuevo signo, el constitucionalismo de mercado, que alterando las bases materiales de los derechos nacionales ha terminado por materializar la convergencia de los sistemas de protección social nacionales con un modelo social que mercantiliza la solidaridad y funcionaliza el vínculo social al poder europeo de mercado.

Palabras clave

Dimensión social; constitucionalismo de mercado; solidaridad competitiva; derechos sociales; transnacionalización; renacionalización.

THE EUROPEAN PILLAR OF SOCIAL RIGHTS: AN ANALYSIS FROM THE COORDINATES OF EUROPEAN MARKET CONSTITUTIONALISM

Abstract

In 2017, a feverish paroxysm of the social in the European establishment seems to have emerged with the adoption of two political documents: the first, Reflection Paper on the social dimension of Europe, the second, the European Pillar of Social Rights. Both acts try to open a scenario of analysis and debate that runs between flexibility, marginality or controlled Europeanization of positive integration. However, in these theses is absent the central question that has perpetuated the status of subjection of positive integration at European level. We refer to the anchoring of this in the framework of a constitutional model of a new sign, market constitutionalism that altering the material bases of national rights has ended by materializing the convergence of national social protection systems with a social model that re-commercializes the solidarity and functionalizes the social link to European market power.

Keywords

Social dimension; market constitutionalism; competitive solidarity; social rights; transnationalization; renationalization.

SOCLE EUROPÉEN DES DROITS SOCIAUX: UNE ANALYSE DES COORDONNÉES DU CONSTITUTIONNALISME DU MARCHÉ EUROPÉEN

Résumé

En 2017, il semble y avoir eu un paroxysme fiévreux du social dans l'établissement européen avec l'adoption de deux textes politiques: le premier, le Document de Réflexion sur la dimension sociale de l'Europe; le second, le Socle Européen des Droits Sociaux. Les deux actes visent à ouvrir un scénario d'analyse et de débat entre

flexibilité, marginalité ou européanisation contrôlée de l'intégration positive. Cependant, dans cette thèse, la question centrale qui a perpétué le statut de subordination de l'intégration positive au niveau européen est absente. Nous nous référons à l'ancrage de ceci dans le cadre d'un modèle constitutionnel d'un nouveau signe, le constitutionnalisme du marché, qui en modifiant les bases matérielles des droits nationaux a finalement matérialisé la convergence des systèmes nationaux de protection sociale avec un modèle social qui commercialise solidarité et fonctionnalise le lien social avec le pouvoir de marché européen.

Mots clés

Dimension sociale; constitutionnalisme du marché; solidarité compétitive; droits sociaux; transnationalisation; renationalisation.

SUMARIO

I. INTEGRACIÓN POSITIVA Y DERECHO DE LA UNIÓN: APROXIMACIONES PRELIMINARES. II. EL CONCEPTO DE MODELO SOCIAL EUROPEO: ¿AUTONOMÍA JURÍDICA O YUXTAPOSICIÓN DE MODELOS?: 1. La inconsistencia de las teorizaciones sobre la perspectiva pluriordinamental de la dimensión social europea. 2. Exégesis del modelo social del constitucionalismo de mercado europeo: principios estructurales. 3. La integración social en el derecho primario de la Unión. III. DOCUMENTO DE REFLEXIÓN SOBRE LA DIMENSIÓN SOCIAL EUROPEA: POTENCIALES ESCENARIOS PARA REAVIVAR LO SOCIAL A ESCALA SUPRANACIONAL: 1. Una integración social minimalista. 2. Una Europa social flexible. 3. La europeización plausible de la dimensión social. IV. EL PILAR EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES: 1. Antecedentes. 2. La contradicción de los derechos sociales de la Unión. V. CONSIDERACIONES FINALES. *BIBLIOGRAFÍA*

Se salvó, en líneas sustanciales, [...] un régimen económico en el que [...] los trabajadores, para sobrevivir a menudo tienen que aceptar la explotación por parte de los que les ofrecen cualquier tipo de trabajo.
Altiero Spinelli. *El Manifiesto de Ventotene* (1941).

I. INTEGRACIÓN POSITIVA Y DERECHO DE LA UNIÓN: APROXIMACIONES PRELIMINARES

Las demandas por una Europa más social, con capacidad de respuesta a los requerimientos de un sistema de bienestar de base transnacional, son una constante rastreable en la historia del proceso de integración, principalmente, desde la década de los noventa (Däubler, 1991: 177-191; Lyon-Caen y Simitis, 1993: 109-122; Rodríguez Piñero y Casas Baamonde, 1996: 23-48; Scharpf, 1998: 21; Weiss, 1998: 3-9; Sciarra, 2003: 2-5). Si en los inicios las dinámicas de la cohesión social (integración positiva) a escala europea desempeñaron un papel residual, que cierto sector doctrinal define como descuido preterintencional de los padres fundadores, el posterior avance y consolidación del mercado interior desvelaba las carencias de un proyecto edificado sobre nuevas bases materiales altamente discordantes y disonantes con las

propias del modelo social del constitucionalismo social. El déficit social trató de paliarse con mecanismos de tipo *soft* que, lejos de suavizar la inequidad apuntada, acrecentaban las profundas asimetrías entre las tutelas-garantías dispensadas al *Grundnorm* del mercado y sus correlatos, y las exiguas atenciones jurídico-políticas a la integración social europea. En este escenario de disfuncionalidad entre lo social y lo económico emergen propuestas de articulación de un espacio social a escala europea a través de un progresivo fortalecimiento de las competencias en política social y de empleo². Paradigma de ello serían: el *Documento de reflexión sobre la dimensión social europea*³, subsiguiente al *Libro blanco* de la Comisión⁴; y el *Pilar europeo de derechos sociales*. Sendos textos políticos abogan por una recomposición de los intereses sociales y económicos supranacionales pergeñando posibles opciones de profundización en la integración social europea⁵ y articulando mecanismos para una garantía reforzada del vigente acervo social de la Unión. Frente a estos planteamientos, existen otros enfoques que han ganado terreno con el devenir de la crisis sistémica del capitalismo financiero, y reclaman una renacionalización de lo social redefiniendo el significado y alcance de los penetrantes efectos sociales de la pannotia instrumental de la nueva Gobernanza Económica Europea (GEE). En definitiva, una disensión entre la transnacionalización o la nacionalización, en este caso, de la integración positiva que está presente también en otros debates surgidos al albur de las debilidades del proyecto europeo que han cuestionado la propia viabilidad de los principios estructurales tal y como fueron articula-

² Entre otras, las recomendaciones relativas a la Europa Social contenidas en el informe *El estado de la Unión Europea 2017: relanzar Europa*, elaborado por la Fundación Alternativas y la Friedrich-Ebert-Stiftung (2017). En particular: «El lanzamiento formal de la política europea de empleo debe completar la UEM, no solo generando empleo e impulsando la inversión, sino también con otras medidas como la creación de un complemento europeo a los subsidios de desempleo nacionales, que ayude a los países más castigados por la crisis a invertir en el reciclaje y formación de sus parados, así como el fortalecimiento del Fondo Social Europeo (FSE) para los parados de larga duración y la creación de un marco europeo de salarios mínimos interprofesionales, considerando el coste de la vida y el salario medio de cada Estado miembro, que aseguren a todos los trabajadores un salario digno y suficiente» (p. 141).

³ Comisión Europea (2017a: 1-36).

⁴ Comisión Europea (2017b).

⁵ Exceptuando la primera de las opciones trazada por el *Documento de reflexión*, como es el de limitar la dimensión social a la libre circulación, y que veremos con más detalle en el tercer apartado de este trabajo. Comisión Europea (2017a: 26-27).

dos por el Estado constitucional de derecho como el Estado democrático o el propio *rule of law*⁶.

En el marco de estas consideraciones iniciales podemos adelantar que la tesis a desarrollar a lo largo de estas páginas pretende poner de relieve cómo la disyuntiva entre una transnacionalización de la dimensión social, una europeización flexible de lo social o una renacionalización de lo social, junto con una revitalización del acervo social transnacional en el engranaje de la integración negativa (económica), resulta un debate estéril que obvia lo sustancial. Los contenidos de los modelos jurídicos del constitucionalismo social y del

⁶ Véanse las propuestas de Habermas y Scharpf a propósito de la crisis de los postulados de la constitución material del modelo del constitucionalismo de mercado europeo. En particular, ambos autores sitúan en la crisis de la GEE el principal elemento referencial de sus respectivos análisis. Esta ha alterado el equilibrio existente entre la integración a través del derecho, desarrollada por el juez europeo aplicando la técnica del reconocimiento mutuo en materia de libertades económicas, y el tradicional método comunitario que permitía preservar la legítima diversidad de los Estados miembros. La nueva GEE, mejorada a través del paquete de seis y dos medidas legislativas, junto con los mecanismos de derecho internacional, aprobados de acuerdo a procedimientos exógenos al DUE, han constreñido la capacidad de las políticas democráticas nacionales para hacer frente a los efectos sociales del capitalismo global. La supremacía incontestable del vínculo económico europeo ha puesto en entredicho los propios límites constitucionales nacionales. Tal sería el caso del procedimiento de desequilibrios excesivos que amplía los márgenes de discrecionalidad de la Comisión Europea, que carece de la necesaria legitimidad por la responsabilidad democrática de sus actos propia de las democracias nacionales; así como también, de la facultad otorgada al Tribunal de Luxemburgo por el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la Unión Económica y Monetaria (TECG) de supervisar la adecuación de los textos fundamentales de los estados firmantes al principio estructural del equilibrio presupuestario. Partiendo de la constatación de la alteración de los equilibrios entre supra y nacionalidad, las aportaciones divergentes de Habermas y Scharpf se alternan entre condicionar la viabilidad de Europa a la relación garantía de la heterogeneidad estatal-responsabilidad política a escala europea, defendiendo la tesis de la europeización flexible vía desconstitucionalización de la constitución económica europea y la combinación de la regla mayoritaria con opciones de *opt-outs* por los países miembros de la Unión (Scharpf, 2014: 10-15); o domesticar jurídica y democráticamente a la Unión, defendiendo la tesis de la europeización plena a través de la transnacionalización de la soberanía popular y el control bicameral Consejo-Parlamento Europeo (Habermas, 2015: 546-557; Habermas, 2012: 335-348). En esta línea de reflexión sobre la transformación de las políticas constitucionales nacionales sin cambios en las constituciones formales paralela al proceso de reconversión de la GEE resulta de gran interés el análisis de Joerges (2017a: 1-8).

constitucionalismo de mercado se definen por su oposición y contraste, lo que plantea el siguiente interrogante: ¿cómo puede predicarse la compatibilidad entre modelos, el del Estado social con el diseño constitucional europeo, teniendo en cuenta que las notas características del primero resultan comprometidas por el modelo que el derecho de la Unión Europea (DUE) incorpora?

II. EL CONCEPTO DE MODELO SOCIAL EUROPEO: ¿AUTONOMÍA JURÍDICA O YUXTAPOSICIÓN DE MODELOS?

1. LA INCONSISTENCIA DE LAS TEORIZACIONES SOBRE LA PERSPECTIVA PLURIORDINAMENTAL DE LA DIMENSIÓN SOCIAL EUROPEA

Resulta esencial para contextualizar los términos del discurso desarrollado hasta el momento clarificar el significado y alcance de la noción de «modelo social» en el DUE. Esta aproximación iniciática al término puede adoptar una dimensión unilateral o reduccionista, consistente en suscribir el concepto al espacio jurídico constitucional objeto de análisis y entender, con ello, que cabe hablar de una dimensión social europea dotada de sustantividad propia, al margen de la de los Estados que integran el proyecto europeo; o, por el contrario, suponer que esta expresión requiere de una dimensión dualista, multinivel o plural que se nutre y conjuga con elementos propios del DUE y comunes a las tradicionales constitucionales de los países miembros. De tal suerte que estaríamos en presencia o bien de un derecho social europeo originario y formulado a partir de los principios estructurales que acompañan al modelo constitucional europeo; o bien de un derecho social común europeo —parafraseando a Häberle (2000: 97-104)— que implicaría una vinculación de la dimensión social europea con las dimensiones sociales nacionales (Ferreira, 2018: 18-22).

Esta segunda acepción es la que goza de mayor predicamento doctrinal, a tenor de la adhesión mayoritaria a las teorías que propugnan la relación multinivel entre espacios constitucionales. De acuerdo con estas, los derechos europeo y nacional en el ámbito de la Unión se interpretan como dos componentes formalmente autónomos que se integran de forma unitaria en un mismo sistema legal. Concretamente, los derechos nacional y europeo están en una situación de dependencia permanente caracterizada por la europeización de los ordenamientos internos vía Tratados —principios sociales fundamentales de la UE— y derecho europeo derivado —política social europea en sentido estricto, que englobaría los espacios sociales transnacionales y el espacio de movilidad de la UE (Ferreira, 2018:19)—, y la nacionalización del DUE a través de los principios generales del derecho desarrollados por los jueces

de Luxemburgo e inspirados en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembro (Pernice, 2009: 24 y 54-55). Además, sostienen que la evolución de la jurisprudencia europea en materia de derechos fundamentales ha sido paralela a la evolución de la jurisprudencia nacional en cuanto a la apertura de los contralímites a la integración europea, a través de su individualización. De límite a la primacía del DUE a cauce de apertura del parámetro de constitucionalidad nacional a contenidos normativos procedentes del ordenamiento jurídico europeo.

De tal manera que, partiendo del reconocimiento de una afinidad axiológica entre los principios fundamentales del sistema constitucional interno y los principios generales de la Unión Europea (UE), se establece una relación funcional entre los dos niveles de derechos. Es decir, en la relación tutela supranacional-tutela nacional de los derechos, la primacía del derecho supranacional sobre las constituciones nacionales no tiene un fundamento jerárquico sino funcional. El principio de primacía se interpreta no como una primacía incondicionada, sino útil a la mejor tutela posible de los derechos (Caruso, 2010: 14-15). El significado constitucional del principio de primacía del DUE y del principio de primacía de las constituciones internas se traduce en una «primacía templada» (Groppi, 2006: 14-16) que legitima el principio de preeminencia de la mejor tutela de los derechos en el ordenamiento multinivel.

Trasladando estas premisas a la cuestión de la integración social nos encontraríamos con que esta es susceptible de ser conjugada por coordenadas que se contraponen, las dimensiones sociales nacionales, la dimensión social europea, sin que ello genere algún tipo de divergencia entre modelos dado que está llamada a prevalecer la mejor tutela del espacio social sin que se concrete en qué consiste esta, ni siquiera si implica la prevalencia de la mayor de las garantías de lo social. Por ello, es conveniente realizar las siguientes matizaciones a propósito de la construcción multinivel. Por una parte, la dimensión social europea no surge en el contexto de una realidad material detonante del surgimiento del Estado social. El reconocimiento jurídico constitucional del conflicto distributivo con la consiguiente integración política y económica de sus protagonistas es una realidad ajena a la del constitucionalismo de mercado. Por el contrario, la dimensión social europea es portadora de los valores que informan a los principios fundamentales que dotan de unidad al conjunto del diseño europeo.

La economía de mercado y la libre competencia constituye el código axiológico que preside la configuración de la integración de lo social en el espacio transnacional. Establecen las limitaciones y los condicionantes para su efectiva realización. Por otra parte, en la medida en que desde la propia teoría multinivel se postula la consideración unitaria del ordenamiento multinivel, se impone necesariamente la absorción del constitucionalismo de los Estados

miembros por el constitucionalismo de mercado europeo. Por tanto, aunque desde la reflexión multinivel no se hable de jerarquía condicionada de valores, sino de jerarquía funcional, sí se reconoce la influencia de la centralidad del mercado como principio constitutivo del ordenamiento europeo y su conexión con la configuración europea de lo social como dimensión funcional al dogma de la integración económica.

Por todo ello, entendemos que es posible fundamentar la consideración de la dimensión social en el ámbito europeo como un espacio que, si bien en los orígenes fue ajeno a los modelos sociales nacionales, ha acabado por redefinir los contenidos más característicos de los sistemas sociales nacionales del constitucionalismo social, convirtiéndose en el actual referente que determina los espacios de realización de lo social no solo en el espacio europeo, sino también en el ámbito estatal. Cuestión distinta es que sea un modelo divergente con el adscrito al Estado social. La integración social europea se formula, como hemos avanzado, en un contexto diferente que implica, por ende, unos parámetros distintos.

2. EXÉGESIS DEL MODELO SOCIAL DEL CONSTITUCIONALISMO DE MERCADO EUROPEO: PRINCIPIOS ESTRUCTURALES

El modelo social del DUE está condicionado por los principios fundamentales del constitucionalismo de mercado: el mercado y la competencia. La determinación del nivel adecuado de intervención pública se desplaza al propio mercado como espacio de actuación y promoción de la competencia. Se trata del diseño político-económico europeo de la economía social de mercado como mecanismo desregulador de los vínculos políticos del Estado social y garante institucional de las coordenadas de la integración negativa. La ausencia de mecanismos jurídicos vinculados a las tradiciones del constitucionalismo social en el espacio transnacional que ofrezcan una respuesta a la demanda de la distribución trasladada al ámbito social la competencia interestatal en el seno de la UE. La competencia define el espacio de intervención que ahora es el mercado, es decir, la competencia como decisión constitucional no solo se limita a configurar el ámbito de protección del mercado contra las tendencias a la concentración económica que pudieran distorsionar su efectiva realización, sino que se articula como espacio del intervencionismo económico del constitucionalismo de mercado frente a la intervención económica del Estado social (Bucci y Patruno, 2005: 1-42).

Al mismo tiempo, la competencia actúa redefiniendo la solidaridad que ahora deviene la solidaridad competitiva desde una doble perspectiva. Por una parte, la solidaridad se convierte en un coste externo que graba al mercado dificultando la maximización de la competencia e invirtiendo el carácter de

la intervención del Estado social. Por otra parte, para evitarlo la solidaridad deja de ser un concepto ajeno a los requerimientos del mercado para encontrar en este el espacio para su actuación. La colonización mercantilista de la solidaridad conlleva una retirada de los vínculos sociales en la construcción del nuevo referente. La desconstitucionalización de la solidaridad supone la consolidación del mercado como referente primario determinante del nuevo contenido de la solidaridad, donde la protección y las políticas de tipo distributivo ceden paso al logro del éxito competitivo y productivo que se convierten en los mecanismos de defensa de la solidaridad nacional. Pero, además, la búsqueda y consecución de mejoras en el ámbito productivo y en términos de competitividad se realiza utilizando la política en el interior y con el mercado, corroborando la vinculación de la mejora de las condiciones de bienestar social a la construcción del mercado común formulada en los Tratados originarios (Streeck, 2000: 5-6).

Por otro lado, el contenido de la solidaridad no es la redistribución porque redistribuir significa corregir la actuación del mercado y, por lo tanto, actuar sobre la competencia. Por eso, el activo social de la sistemática de la UE se configura desde la institución del mercado interior, principal motor del proceso de integración. En el proyecto europeo definido conforme a una «economía social de mercado altamente competitiva» [art. 3.3 del Tratado de la Unión (TUE)], la ausencia de una política social europea desvinculada del mercado se justifica no en las reservas a la autonomía social de los gobiernos nacionales, sino en el condicionante de la conformidad de estas con el mercado. De tal manera que la intervención social de las instituciones europeas es legítima si está justificada por las exigencias del modelo económico constitucionalizado: autonomía de mercado y libre competencia (Lasa López, 2015: 133-165).

3. LA INTEGRACIÓN SOCIAL EN EL DERECHO PRIMARIO DE LA UNIÓN

Siguiendo las premisas descritas, ya en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas era posible detectar los primeros indicios de declive de los contenidos tradicionales del Estado social que indicaban la recepción en el ámbito supranacional de una nueva realidad normativa, aunque con un impacto todavía mínimo en el ámbito interno de los Estados miembros. Con respecto al Tratado de París, el conjunto de disposiciones sociales contempladas (art. 56, en relación con el párr. 23 de la Convención sobre las disposiciones transitorias, relativo a la reocupación de los trabajadores a través de los mecanismos de la reconversión y readaptación; y el art. 68, sobre salarios y prestaciones sociales) tenían en común su funcionalidad al objetivo económico de la construcción de un mercado común. Por su parte, la tutela directa de la

competencia relativizaba la garantía del contenido social del art. 68. Fundamentalmente, porque el control de oscilaciones no justificadas en los niveles salariales de los trabajadores de las industrias carboquímicas que pudieran afectar al dogma de la competencia definía las limitaciones y alcance efectivo del precepto en cuestión (Reuter, 1970: 728-735; Durante, 1970: 958).

También en el Tratado de Roma las medidas destinadas a la corrección de las disfuncionalidades del mercado común encontraban soporte normativo para su legitimación en la libre competencia y la construcción del mercado. Este era el caso de los arts. 123 a 128, inclusive, en los que se contemplaba la creación de un Fondo Social Europeo (Valdés Dal-Ré, 1996: 265-268), y del art. 117, que formulaba la técnica de la armonización en relación con las políticas sociales. Los objetivos de mejora del nivel de vida y laboral de la mano de obra a través de la armonización en el progreso se presentaban como resultado directo de las normas vinculadas al mercado común, y solo indirectamente como consecuencia de la homogeneidad social de las demandas nacionales (Simitis y Lyon-Caen, 1996: 4-5).

El estatus de programáticos y la pérdida de autonomía normativa continuaban siendo los términos que mejor definen el estatus de marginalidad, cuando no de evidente transformación, de los contenidos del constitucionalismo social en los que los derechos sociales encontraban su razón de ser. El ligamen de las innovaciones y el centro de interés del Acta Única y del Tratado de la Unión seguía siendo el mercado ahora unificado, junto con el ambicioso objetivo de la unidad económica y monetaria que recibiría confirmación normativa en la sistemática de Maastricht (Treu, 1991: 11). Una aproximación normativa a las incorporaciones en materia social que efectuaba el Acta Única refleja los límites que el vínculo económico europeo imponía a la recepción de mecanismos de intervención pública. Instrumentos como la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989 (CCDSFT) y el programa de acción para la actuación de la misma exhiben esa anómala naturaleza jurídica que desvirtúa el tradicional estatus constitucional de los derechos sociales en el Estado social (Lo Faro, 1993:130). La falta de valor vinculante de la Carta social comunitaria confirma el estado de minoría jurídica al que permanece relegado el dispositivo social, siempre en conexión con la dinámica funcionalista del primado del mercado. Ni la cohesión económica y social permite superar el carácter programático de los condicionamientos macroeconómicos. La dimensión solidaria de la acción comunitaria erosiona el carácter autónomo que el principio de la solidaridad exhibía en el Estado social como elemento vertebrador de las dinámicas de redistribución. Ahora la solidaridad se privatiza a través del objetivo estratégico de la creación del mercado único.

En definitiva, el paradigma de la competencia implica que la política social se redefine desde su subordinación a las exigencias de la competitividad. Inspirándose en el mismo principio, el Protocolo 14, sobre política social, incorporado al Tratado de Maastricht evidenciaba el carácter marginal de los espacios de intervención europea en materia social. Sin embargo, esta fragmentación y marginación de la dimensión social europea tiene una amplificación mayor porque pone de relieve que la integración económica era la única dimensión que aglutinaba el consenso de los Estados miembros en cuanto a su actuación centralizada por la instancia europea, mientras que la política social constituía, *a priori*, una dimensión extrínseca de la que solo tenían relevancia o interés aquellos elementos vitales para el funcionamiento del mercado único y la competencia (Arrigo, 1995: 50).

Simultáneamente, la transferencia del Protocolo social de Maastricht al Tratado de Ámsterdam sin una revisión significativa de su contenido permite confirmar las consideraciones descritas. Los contenidos incorporados al título XI sobre política social (actual título X del TFUE), entre los que se encontraba el art. 136 (actual art. 151 del TFUE), ejemplifican todos los límites de una recepción normativa que, si bien formalizaba una serie de objetivos sociales comunes entonces para los doce países miembros, continuaba configurando a lo social con un carácter meramente instrumental. Las débiles referencias a los instrumentos del derecho internacional en materia de derechos sociales como la Carta Social Europea de 1961 (CSE), y la Carta Comunitaria de 1989, en un capítulo dedicado a las políticas, la política social, y no a los derechos, suponía un reconocimiento de la minoría jurídica de las normas del Tratado que construyen la dimensión social de la integración comunitaria. Al mismo tiempo, el hecho de que los derechos sociales contenidos en ambos documentos no constituyan un límite absoluto o una finalidad de la acción de la Unión, tal y como pone de relieve la fórmula empleada por el art. 136, «tenerlos presentes», circunscribe la eficacia jurídica de la disposición a un vínculo menor que aquel derivado del debate en torno a las normas programáticas (Blanpain, 1998: 11-26). El dispositivo se completaba con el establecimiento de un título VIII sobre el empleo (actual título IX del TFUE)⁷, que en ningún caso suponía su reconocimiento en el ordenamiento europeo. La ejecución se confía a las políticas estatales que deben, a su vez, ser compatibles con las orientaciones generales de los Estados miembros y la Comunidad, adoptadas de acuerdo con los postulados del vínculo económico.

⁷ La regulación de la gobernanza del empleo por Lisboa reproduce los parámetros del Tratado de Ámsterdam, pivotando en torno a la salvaguarda de la competitividad de la economía europea. Para un análisis más detallado del título IX del TFUE véase Lasa López (2013: 993-997).

Por último, el Tratado de Lisboa no hace sino profundizar en la preeminencia de la integración económica reforzándola a través de la inclusión del paradigma del mercado interior como referente en el que el dispositivo social encuentra sus límites. A tal fin, resulta clarificadora la relación entre fines y medios, porque los medios determinan los objetivos de la Unión en una relación desconocida para el constitucionalismo democrático. Los objetivos establecidos en el art. 3.3 del TUE tienen un condicionamiento fundamental, se deben de realizar mediante el mercado interior y la Unión Económica y Monetaria (UEM), así como de las previsiones del Protocolo 27, sobre mercado interior y competencia. El art. 3.3 debe de ponerse en contacto con las disposiciones que reproducen las políticas definidas en el art. 119 del TFUE, reafirmando la reconducción del modelo a la economía de mercado y de libre competencia. De tal forma que los medios vinculados a los principios del mercado y de la UEM determinan el alcance de los fines de la Unión. Los objetivos sociales que se contemplan solo pueden materializarse a través de su subordinación a las exigencias del mercado. El mercado interior y la libre competencia aparecen de nuevo como la decisión de principio del sistema que condiciona y preside el ordenamiento jurídico europeo, tal y como determinan los medios. Implican una jerarquización de los objetivos del art. 3.3 del TUE, que confirma la continuidad del modelo social respecto a los Tratados anteriores (Garben, 2017: 23-61).

Tampoco la introducción de la cláusula horizontal social del art. 9 del TFUE ha supuesto una innovación real de alcance constitucional que actúe comprometiendo el modelo descrito. Aunque se establezca que, en la ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas, entre otras, con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada; estas han de modularse con las necesarias condiciones de flexibilidad para que no acaben representando un obstáculo para la garantía del mercado interior. El rango preeminente de la economía de mercado abierta y de libre competencia en el catálogo de los valores del DUE actúa como límite y garantía del modelo social europeo.

Por lo que a los derechos sociales respecta, la capacidad de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) para establecer un sistema europeo de derechos sociales, entendiendo por tales aquella tipología de derechos construida en el ámbito del Estado social, resulta difícilmente sostenible⁸. No solo porque acentúa las diferencias entre los derechos de la

⁸ En sentido contrario, Kilpatrick (2018: 65), para quien la CDFUE implica un cambio de paradigma notable con relación a la integración positiva porque permite desplazar la política social de la Unión, tradicionalmente focalizada en la libre circulación

primera generación y los derechos sociales, sino porque el modelo que incorpora tiene un fundamento político constitucional distinto al del constitucionalismo social. En el heterogobierno del mercado los derechos sociales representan la dimensión de la tutela económica del trabajo, compensando las incertidumbres del mercado en un sentido solidario. Por el contrario, conforme al modelo normativo y material del constitucionalismo de mercado, en la CDFUE se asume como irrelevante la desigualdad socioeconómica, mientras que se fortalecen las pretensiones del atomismo individualista, en una línea de ruptura y regresión del constitucionalismo social. La economía de mercado abierta y de libre competencia actúa como límite constitucional del DUE para dotar de garantías normativas a los derechos sociales fundamentales de la Carta de Niza. Los derechos fundamentales del constitucionalismo de mercado expresan la conexión de los derechos fundamentales con el principio constitutivo del ordenamiento jurídico europeo; siendo la función de tales derechos materializar la centralidad del mercado en el orden europeo como eje articulador del modelo. La reconstrucción transnacional de los derechos fundamentales se realiza con arreglo a los fines y objetivos de la Unión. Una valoración muy presente en los contenidos de la Carta (Caretti, 2001: 947).

III. DOCUMENTO DE REFLEXIÓN SOBRE LA DIMENSIÓN SOCIAL EUROPEA: POTENCIALES ESCENARIOS PARA REAVIVAR LO SOCIAL A ESCALA SUPRANACIONAL

Con vistas a la Cumbre de Crecimiento y Empleo Social celebrada en noviembre de 2017 en Gotemburgo, la Comisión Europea elaboró un documento de reflexión sobre la integración social de la Unión. Siguiendo la lógica del *Libro blanco sobre el futuro de Europa*, se plantean tres opciones para el futuro en materia de homogeneización social: limitar la dimensión social a la libre circulación; los que desean hacer más en el ámbito social hacen más; y la UE-27 podría profundizar en la dimensión social conjuntamente. Veamos con más detenimiento estas propuestas.

1. UNA INTEGRACIÓN SOCIAL MINIMALISTA

El principal argumento de esta primera alternativa para la Europa social es el alto coste, en términos de competitividad, que suponen los elevados

de trabajadores, a nuevos escenarios que ofrecen oportunidades para revisar o reinterpretar actos legislativos y decisiones judiciales preexistentes a escala supranacional.

estándares sociales supranacionales que redundan en perjuicio de las pequeñas y medianas empresas de la Unión. Esta desventaja competitiva, en términos comparativos, con el resto del mundo requiere para su corrección que sean los Estados miembros quienes se ocupen en exclusiva de las políticas redistributivas y de asistencia social. Y solo se mantendría a escala europea la normativa destinada a favorecer la movilidad transfronteriza, los derechos de seguridad social de la ciudadanía europea móvil, el desplazamiento de trabajadores, la atención sanitaria transfronteriza y el reconocimiento de títulos. A mayor abundamiento, se apostilla que, centrando la dimensión social europea en la libertad de circulación, la mayoría de decisiones en materia de asuntos sociales y de empleo se adoptarían a escala nacional y, por tanto, a un nivel más próximo a los ciudadanos (pp. 26-27 del documento).

Ciertamente, aunque el confinamiento de lo social a la tutela de la libertad fundamental de circulación no es una tesis ajena a la lógica del modelo social de la Unión, la novedad radica en su planteamiento más incisivo, al defender adelgazar, renacionalizándolo, el radio de acción y cooperación del DUE a la integración social. De manera que la maximización de la competencia seguiría definiendo los espacios de intervención social de los legisladores nacionales. No compartimos la idea de que una integración social de este tipo permitiría a los países miembros «decidir si permiten o no el trabajo a través de empresas de trabajo temporal» (p. 26), o que «se produciría un distanciamiento de los mercados laborales nacionales, dado que, en lugar de converger, existiría un riesgo creciente de costes laborales divergentes y la amenaza de una carrera a la baja» (p. 27).

Fundamentalmente, porque el grueso de la propuesta no afecta al nudo gordiano del diseño de la integración social europea, como es la prevalencia de la dimensión económica. No se cuestiona en el documento que la apuesta europea por una austeridad competitiva, a través de la panoplia instrumental de la GEE mejorada, ha generado unas profundas divergencias sociales de carácter estructural que no han tenido respuesta desde la instancia europea ante la ausencia de un gobierno de la economía (Hyman, 2015: 97-121; Natali *et al.*, 2015: 13-29; Parker y Pye, 2017). Precisamente, ha sido la crisis del constitucionalismo de mercado y la respuesta coordinada supranacional e intergubernamental de buscar su consolidación y fortalecimiento la que ha generado la consideración de la Europa social como una expresión estéril, y la que ha fomentado la consideración de las cuestiones sociales como demandas que solo competen a los Gobiernos nacionales y regionales.

Además, el enaltecimiento de la libertad de circulación como pilar de la futura Europa social no haría sino redundar en el avance de la desigualdad. Nótese cómo la conexión entre la competencia empresarial e interterritorial ha estado muy presente en las cuestiones prejudiciales llamadas a dirimir las

controversias entre libertades económicas y derechos laborales nacionales, donde estaban en juego elementos que forman parte de la dimensión colectiva más prístina del derecho al trabajo (libertad sindical, negociación colectiva, derecho de huelga). Dichos elementos debían medirse con las libertades económicas no tanto desde la óptica de dos derechos que gozando de un mismo estatus o situados sobre un mismo plano tutelan contenidos diversos entre sí que suponen que la realización de uno implica la lesión de otro, sino desde la óptica de un derecho nacional que, interpretado como potencialmente restrictivo de una libertad fundamental, opera desde la lógica de la excepción, siendo la regla general la tutela de la libre competencia que las libertades económicas están llamadas a garantizar. De hecho, la garantía de la ventaja competitiva se ha convertido en el contenido esencial o núcleo intangible de las libertades económicas hasta el punto de que los supuestos elevados estándares laborales europeos no actuaron como contralímite o garantía de un desplazamiento de la movilidad transfronteriza de los trabajadores del plano de los derechos sociales a aquel de las libertades económicas (Lhernould, 1997: 338).

2. UNA EUROPA SOCIAL FLEXIBLE

El grueso de esta segunda opción se focaliza en los países miembros de la eurozona. Concretamente, el documento establece que «son muchas las voces que afirman que los últimos años de crisis han puesto de manifiesto la necesidad de que los países que comparten el euro como moneda única redoblen esfuerzos en el ámbito social para preservar la fortaleza y la estabilidad del euro y evitar ajustes bruscos en los niveles de vida de sus ciudadanos» (p. 28). Para ello se contempla el recurso al mecanismo de la cooperación reforzada con el objetivo de adoptar legislación social vinculante concretada en unos estándares comunes para los socios del euro en las siguientes materias: mercados de trabajo, competitividad, entorno empresarial y administración pública (p. 28). Como principales ventajas se señalan: la convergencia de los mercados laborales de la zona del euro; sistemas sociales más eficaces; y sistemas sanitarios y educativos más sólidos. No obstante, como inconvenientes se reconocen el potencial incremento de disparidades que dificultarían la futura adhesión al euro de otros países miembros, o el incremento del *dumping social* fomentado por Estados ajenos al euro sistema para la atracción de tejido empresarial reduciendo sus estándares laborales (p. 29).

Al mismo tiempo, y con relación al conjunto de los veintisiete Estados miembros, el documento, aun explorando la vía de ir más allá de la regulación social de mínimos o mínimo común denominador, *leitmotiv* del derecho social derivado, también advierte de los peligros de esa opción derivados de las posibles divergencias en los marcos jurídicos nacionales con respecto a los

derechos sociales y laborales de la ciudadanía de la Unión, con la consiguiente fragmentación social territorial e inequidad social (p. 29). No obstante, ha sido básicamente la construcción de un modelo social supranacional desde los principios estructurales del mercado y la competencia el principal detonante del debilitamiento de los sistemas sociales nacionales. Para cumplir el objetivo de maximizar la competencia de los mercados laborales internos, la moderación de los costes salariales se ha convertido en el instrumento más eficaz. La finalidad es actuar sobre los salarios para que se incrementen en menor medida que en el pasado.

La dinámica de esta estrategia de atracción de inversión extranjera empleando la devaluación salarial como ventaja competitiva fue utilizada por las empresas de los Estados miembros de Europa Central y Oriental para ganar competitividad en el mercado interior con respecto a las empresas de los antiguos países miembros con mayores cotas de bienestar, y tecnológicamente más avanzados. Si bien sus efectos pudieron ser virtuosos a corto plazo, a largo plazo el bajo coste del trabajo ha forzado y fuerza a miles de nacionales de estos países a emigrar hacia otros Estados que, aunque con mejores condiciones laborales, han terminado también por interiorizar el derecho del trabajo del constitucionalismo de mercado, generando una presión competitiva entre las fuerzas de trabajo nacionales y de terceros Estados que es aprovechada por la estrategia de acumulación del capital para ahondar en la segmentación de los mercados de trabajo del conjunto de la Unión. Esta perversa disgregación entre fuerzas de trabajo declinada en términos nacionales, y no supranacionales, genera la devaluación de una verdadera ciudadanía social europea (Maestro Buelga, 2006a: 29-30; Yuille, 2016).

3. LA EUROPEIZACIÓN PLAUSIBLE DE LA DIMENSIÓN SOCIAL

La tercera y última de las alternativas aboga por una actuación conjunta de la UE-27 para ahondar en el avance de la integración social. A tal fin, se propone reevaluar los actuales instrumentos legislativos de cooperación, orientación y financiación existentes con el fin de establecer un equilibrio competencial más eficaz entre la Unión y los países miembros. A modo de ejemplo, se propone desarrollar una «garantía infantil» financiada con cargo a la Unión o el desarrollo de unos valores referenciales como parámetros de buenas prácticas para una integración social más eficaz, a cuya consecución se supeditaría la financiación de la Unión (p. 30). Esta opción redundaría en el empoderamiento de los derechos sociales de la ciudadanía de la Unión, la disminución del *dumping* social o la integración de los mercados laborales europeos (p. 31). Sin perjuicio de que el centro de gravedad de la actuación en las políticas sociales y de empleo siga siendo de competencia estatal.

Esta tercera propuesta difiere de las anteriores en que el planteamiento sobre la dimensión social se articula, por una parte, contando con el conjunto de Estados miembros, a diferencia de la segunda que se centra, principalmente, en los miembros de la zona del euro; y, por otra, en que adopta un enfoque global de técnicas legislativas e instrumentos de *soft law*, como la coordinación, que tratan de dotar a la integración social de una dimensión más holística que la primera de las tesis circunscrita a los derechos sociales vinculados a la libertad económica de libre circulación. Empero, sigue sin considerar la cuestión de la integración positiva como una cuestión de modelo jurídico y político, para centrarse en la mejora de la técnica legislativa o la condicionabilidad de la financiación a la eficacia de las estrategias nacionales de política social. La referencia a parámetros axiales referenciales como medida de buena praxis social que puede servir de acicate para una dimensión social más proactiva se distancia, nuevamente, de la principal causa del déficit social de la Unión, como es la negación de la autonomía a lo social.

Aunque aún es pronto para aventurar el mayor o menor éxito de este documento político, creemos que la opción con mayores visos de prosperar es la que apuesta por una Europa social flexible, esto es, los que desean hacer más en el ámbito social hacen más. Máxime si observamos que el objetivo final es preservar el constitucionalismo de mercado donde deberá anclarse el modelo social más operativo para la materialización al máximo de sus postulados. De hecho, en cada una de las propuestas contempladas por el documento de reflexión se señalan, de manera específica, las ventajas e inconvenientes de las mismas para fortalecer la zona del euro, reforzando así la preeminencia del monetarismo como elemento vertebrador de la GEE y sus condicionantes en cualquier opción a adoptar para la viabilidad futura de la dimensión social. Un modelo que, lejos de ofrecer mayores espacios para corregir la acción del mercado al objeto de tutelar los objetivos sociales, adopta un lenguaje donde la integración social se concilia con las exigencias del mercado en una posición subalterna. Por un lado, ha de tratarse de objetivos sociales que sean necesarios para el funcionamiento del mercado en la medida en que mejoren la efectividad y la competitividad de los distintos recursos económicos. Por otro lado, esa compatibilidad se consigue redefiniéndolos de acuerdo con los propios parámetros del mercado, es decir, «el objetivo vital tiene que ser una economía de mercado con políticas sociales que se ajusten a las reglas del mercado» (Zweig, 1980: 5).

Empero, se obvia que esta apuesta por una Europa social dual es la que ha generado, precisamente, su propio *impasse*. La posibilidad de adoptar cláusulas de descuelgue en materia social, táctica que ha jalonado la narrativa social de la Unión con el Reino Unido a la cabeza, ha derivado en una disfuncionalidad de la integración positiva alejada de una definición de lo

social como elemento de contención y garantía a las presiones competitivas de los mercados. En su lugar, la dimensión social fragmentada se ha empleado como excusa o pretexto para denunciar, por quienes la han alentado, una precarización de sus sistemas de bienestar fomentado la aporofobia y criminalización de los *outsiders* del constitucionalismo de mercado a quienes han empleado como revulsivo para insuflar sus proclamas de retorno al nacionalismo más recalcitrante, y el abandono del proyecto de integración.

IV. EL PILAR EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES

1. ANTECEDENTES

El 9 de septiembre de 2015, Juncker, en su discurso sobre el estado de la Unión de 2015, titulado «La hora de la sinceridad, la unidad, y la solidaridad», anunciaba su intención de desarrollar un pilar europeo de derechos sociales⁹. El primer esbozo del pilar, presentado en 2016, se centra en el binomio regulación indirecta-garantías sociales, incluyendo tres ámbitos de los derechos sociales: igualdad de oportunidades y acceso al mercado laboral¹⁰; condiciones

⁹ «Quinto: tenemos que redoblar los esfuerzos encaminados a conseguir un mercado laboral justo y verdaderamente paneuropeo. En este contexto, equidad significa promover y salvaguardar la libre circulación de los ciudadanos como un derecho fundamental de nuestra Unión, evitando al mismo tiempo los casos de abusos y el riesgo de *dumping* social. La movilidad laboral es bienvenida y necesaria para que prospere la zona euro y el mercado único, pero ha de basarse en normas y principios claros. El principio fundamental que ha de guiar nuestra actuación debe ser garantizar la misma remuneración por el mismo trabajo realizado en el mismo lugar. En el marco de estos esfuerzos, tengo la intención de desarrollar un pilar europeo de derechos sociales que tenga en cuenta las cambiantes realidades de las sociedades europeas y el mundo del trabajo y que pueda servir de guía para una convergencia renovada de la zona euro. Este pilar europeo de los derechos sociales debería complementar lo que ya hemos conseguido conjuntamente en materia de protección de los trabajadores en la UE. Los interlocutores sociales están llamados a desempeñar un papel decisivo en este proceso. Creo que es acertado que pongamos en marcha esta iniciativa en la zona del euro, permitiendo que los otros Estados miembros de la UE que lo deseen se adhieran a ella posteriormente». Comisión Europea (2016a: 19-20).

¹⁰ Lo que incluye desarrollo de capacidades y aprendizaje permanente, así como apoyo activo al empleo, aumentar las oportunidades de empleo, facilitar la transición entre distintos estatus y mejorar la empleabilidad de las personas. Comisión Europea (2016b).

laborales justas¹¹; protección social adecuada y sostenible y acceso a servicios esenciales de calidad¹². La iniciativa del pilar se orienta a la zona del euro. Esto significa que tiene que tener en cuenta las bases en torno a las que se articula la UEM, materializadas en torno a la formulación Gobierno débil-control fuerte¹³. Por una parte, en la dirección económica de la Unión los preceptos clave se sitúan en los arts. 119 (política económica en consonancia con la centralidad de la integración negativa) y 120 (jerarquía de los principios rectores de la GEE) del TFUE. De la lectura conjunta de ambas disposiciones se deriva que la Unión carece de libertad en la definición de su política económica no solo por la falta de competencias, sino sobre todo porque esta debe ser llevada a cabo conforme al modelo de economía abierta y de libre competencia (art. 120) y a los principios de la estabilidad de precios, finanzas y condiciones monetarias sólidas y balanza de pagos estable. Un contenido, por lo tanto, que limita la capacidad de dirección económica de las orientaciones generales de la política económica. La función de estas no es condicionar el mercado, sino controlar el comportamiento de los Estados con respecto a las condiciones apuntadas. La renuncia a la intervención condicionante del mercado ejemplifica la separación de espacios: el europeo, encaminado a la preservación del modelo a través del control de las políticas nacionales; el estatal, dirigido a la articulación de su política económica en el seno del mercado.

La debilidad de la política económica contrasta con la fortaleza de la política monetaria, cuya definición competencial materializa el momento del control fuerte como tutela-garantía de la autonomía del mercado. Los

¹¹ Con un equilibrio adecuado y estable de derechos y obligaciones entre trabajadores y empleadores, así como entre flexibilidad y seguridad, que facilite la creación de empleo, la contratación y la movilidad a lo largo del tiempo. Comisión Europea (2016b: 3).

¹² Como la puericultura, la asistencia sanitaria y la atención a enfermos crónicos o personas dependientes, que permita una vida digna y la protección contra los riesgos, de modo que cada persona participe plenamente en el empleo y, de modo más amplio, en la sociedad. Comisión Europea (2016b: 3). Además, el proyecto identifica veinte ámbitos de actuación dentro de estos tres epígrafes principales descritos. A saber:, Capítulo I. Igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo: 1. Educación, formación y aprendizaje permanente. 2. Igualdad de sexos. 3. Igualdad de oportunidades. 4. Apoyo activo para el empleo. Capítulo II. Condiciones de trabajo justas: 5. Empleo seguro y adaptable. 6. Salarios. 7. Información sobre las condiciones de trabajo y la protección en caso de despido. 8. Diálogo social y participación de los trabajadores. 9. Equilibrio entre vida profesional y vida privada. 10. Entorno de trabajo saludable, seguro y adaptado y protección de datos. Capítulo III: Protección e inclusión social.

¹³ Tesis desarrollada por Maestro Buelga (2006b: 87-94).

mecanismos previstos para su actuación tienen una capacidad de constricción notablemente mayor que los que actúan sobre la dirección económica. El instrumento fundamental para su realización aparece recogido en el art. 126 del TFUE, que establece como ámbito competencial europeo la disciplina presupuestaria. El desarrollo de los principios de estabilidad presupuestaria se establece a través del Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC) reforzado por el paquete de seis y dos medidas legislativas que sirve, a su vez, de complemento a la política monetaria.

Y, con relación a ello, es importante destacar el informe de los cinco presidentes titulado *Realizar la Unión Económica y Monetaria Europea*¹⁴. En particular, merece especial atención el capítulo II del informe titulado, «Hacia la Unión Económica. Convergencia, prosperidad y cohesión social», porque subraya la ineludible correlación entre un modelo social transnacional eficiente y un funcionamiento regular de la GEE. Concretamente, la consideración de la situación del empleo y social como una necesidad económica. «Para que la UEM sea un éxito, los mercados de trabajo y los sistemas de bienestar deben funcionar bien y de forma justa en todos los Estados miembros. Por ello, las preocupaciones en materia de empleo y en el ámbito social deben ocupar un lugar preponderante en el *Semestre Europeo*»¹⁵. Como puede observarse, se han destacado, ex profeso, los términos de UEM, cuestiones sociales y Semestre Europeo. La principal razón es que los cinco presidentes conciben la necesidad de una Europa social real como una demanda funcional, y no como una necesidad específica y autónoma. Su integración dentro de los márgenes de la integración negativa, bajo el mantra de la convergencia sostenible, impide configurar lo social a nivel europeo como un espacio desvinculado de los requerimientos del vínculo económico. La GEE del constitucionalismo de mercado determina la funcionalidad de las disposiciones sociales al mercado interior. Ya en los tratados fundacionales de las Comunidades Europeas son visibles estas connotaciones. Como se ha señalado, en ellos las medidas sociales aparecen circunscritas al objetivo económico de facilitar la adaptación de la economía a las nuevas estructuras que condicionan su viabilidad. La combinación de objetivos sociales y económicos aparece modulada en base a la filosofía de la economía social de mercado, en la que lo determinante en la relación entre el mercado y la cohesión son las prerrogativas del vínculo económico. Es decir, el ordenamiento jurídico solo incorpora aquellas disposiciones sociales que pudiendo tener alguna incidencia en el mercado han de estar dirigidas a

¹⁴ Comisión Europea (2015: 1-26).

¹⁵ Comisión Europea (2015: 10).

su tutela y garantía. Por lo demás, la mejora de las condiciones de bienestar social se vincula a la garantía del mercado interior.

A su vez, el pilar toma como base y complementa el acervo social de la Unión, esto es, el conjunto de normas sociales existentes en el ordenamiento jurídico europeo. Abarcando los objetivos y competencias en el ámbito social contemplados en el derecho primario de la Unión (TUE¹⁶, el TFUE¹⁷ y la CDFUE¹⁸), tal como los interpreta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), fundamentalmente, mediante directivas¹⁹.

¹⁶ Art. 3.3 TUE: «La Unión establecerá un mercado interior. 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 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. La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño. La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros».

¹⁷ Art. 9 TFUE, que describe una obligación transversal de naturaleza social al declarar que, en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, 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. Los arts. 145-150, que regulan la gobernanza del empleo en la Unión. Los arts. 152, 154 y 155 del TFUE, que establecen la estructura legal para el diálogo social europeo. El art. 153 TFUE, título X. Política social, para mejorar las condiciones de trabajo; la seguridad social y la protección social; la protección en caso de rescisión del contrato laboral; o la información y la consulta a los trabajadores. Los arts. 162, 165 y 168 del TFUE sobre el Fondo Social Europeo, la educación y la salud pública.

¹⁸ La prohibición del trabajo forzado (art. 5), el respeto de la vida privada y familiar (art. 7), la libertad de asociación (art. 12), la libertad de buscar un empleo, de trabajar, de establecerse o de prestar servicios en cualquier Estado miembro (art. 15), la prohibición de toda discriminación (art. 21), la igualdad entre hombres y mujeres en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución (art. 23), el derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa (art. 27), el derecho de negociación y de acción colectiva (art. 28), el derecho de acceso a los servicios de colocación (art. 29), el derecho a una protección en caso de despido injustificado (art. 30), el derecho a condiciones de trabajo justas y equitativas (art. 31), la prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo (art. 32), y el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales (art. 34).

¹⁹ Entre otras: sobre salud y seguridad en el trabajo (Directiva marco 89/391/CEE); sobre la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones

Paralelamente, siguiendo las directrices del presidente, la Comisión Europea, junto con la presentación del borrador inicial, el 6 de marzo de 2016 lanzó una consulta pública abierta no solo a otras instituciones de la Unión, autoridades y Parlamentos nacionales de todos los Estados miembros, sino también a sindicatos y asociaciones empresariales, ONG, proveedores de servicios sociales, expertos del mundo académico y ciudadanía²⁰. El proceso de consulta concluyó el 31 de diciembre de 2016, y, seis meses más tarde, el 26 de abril de 2017, la Comisión presentó el pilar europeo de derechos sociales²¹. Finalmente, el 17 de noviembre, dentro de la citada cumbre de Gotemburgo, se procedió a la solemne proclamación del pilar.

Los principios y directrices enunciados en el primer esbozo se mantienen invariables en el documento final, así como el *telos*, impulsar la integración económica en la GEE. Siguiendo la estela de las disposiciones generales de la Carta de Niza, el pilar no genera nuevas competencias para la Unión, siendo los derechos sociales nacionales los destinatarios preferentes para su realización. La inocuidad del documento se desprende de su propio tenor literal, al reconocer que la vinculación jurídica de los derechos y principios que en él se

aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral (Directiva 91/533/CEE); sobre el trabajo a tiempo parcial (Directiva 97/81/CE); sobre el trabajo a través de empresas de trabajo temporal (Directiva 2008/104/CE); sobre la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (Directiva 2008/94/CE).

²⁰ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: «Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales», COM (2016) 127 final, 8-3-2016. Junto con el anexo I, «Primer esbozo preliminar de un pilar europeo de derechos sociales», SWD (2016) 50 final, 8-3-2016; SWD (2016) 51 final, 8-3-2016. Y, como actos conexos a la comunicación: Documento de trabajo de los servicios de la Comisión: El acervo social de la UE que acompaña a la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales», SWD (2016) 50 final, 8-3-2016. Documento de trabajo de los servicios de la Comisión: Tendencias clave de la economía, el empleo y la sociedad que sirven como base del pilar europeo de derechos sociales y acompañan a la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales», SWD (2016) 51 final, 8-3-2016.

²¹ Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión, 26-4-2017, sobre el pilar europeo de derechos sociales. A este pilar se añaden propuestas de índole legislativa y no legislativa sobre conciliación de la vida profesional y la vida familiar, modernización de las normas sobre los contratos de trabajo, sobre el acceso a la protección social, y sobre el tiempo de trabajo.

reconocen está condicionada a la adopción de medidas legislativa en el nivel adecuado (p. 8). Por ello, este nuevo instrumento no aporta ninguna novedad sustancial en materia de integración social²², dado que se limita a reafirmar el ya existente *acquis* social europeo, que ahora se articula en torno a las tres categorías ya descritas (igualdad de oportunidades y acceso al mercado de trabajo, condiciones equitativas de trabajo y protección e inclusión sociales). Y todo ello en el marco de una economía social de mercado altamente competitiva, reproduciendo el esquema de subordinación relacional del vínculo social al vínculo económico, con las consiguientes implicaciones en la configuración de los derechos sociales de la Unión. A saber: por un lado, la imposibilidad de deducir o articular en base al derecho originario europeo en el ámbito social (arts. 2, 151 y 153 del TUE) derechos para los ciudadanos de la Unión u obligaciones para los Estados debido a su carácter programático, por lo que nos movemos en el terreno de los objetivos y no de los derechos. Recobra viabilidad el criterio interpretativo presente desde la época de Weimar, cuyo máximo exponente fue Carl Schmitt, consistente en la expulsión de los derechos sociales del ámbito constitucional (de la Unión). La existencia, como tales derechos, dependería de su desarrollo en una ley, y, por ende, estaríamos en presencia de conceptos en blanco carentes de todo contenido normativo. Por otro lado, la subordinación del vínculo social al mercado define el sistema pretoriano de tutela de los derechos sociales y evidencia la ruptura del momento garantista dotado de aquella capacidad de integración propia del constitucionalismo social (Maestro Buelga, 2002: 143).

Por último, el conjunto de derechos y principios sociales del pilar europeo envuelven una noción de ciudadanía vinculada a un sistema jurídico normativo individualista o de individualización de las relaciones laborales, y de las dinámicas de la protección e inclusión social. En las primeras, porque el acento no se pone tanto en los términos de los derechos e intensidad de la protección dispensada, sino sobre todo en la potenciación de factores de producción con capacidad de gestión de las transiciones en el mercado laboral, imbuyendo la, en teoría aséptica, noción de «personas» en la no tan inocua categorización del espíritu empresarial. En las segundas, porque su interiori-

²² Contrario a esta tesis, a la que tilda de precipitada, es la posición de Ferrera (2018: 23), para quien la naturaleza instrumental de los objetivos del pilar es, precisamente, su potencial atractivo. Concretamente, precisa que el valor añadido del pilar debe ser que actúe como un marco amplio capaz de vincular, potenciar y ampliar la gama de programas y servicios ofrecidos por la UE como instrumentos para la realización de los derechos, potenciando el poder de iniciativa y motivación de sus principios normativos.

zación dentro de los postulados del Semestre Europeo conduce a una distrofia de sus capacidades sociales, tradicionalmente consustanciales a la corrección de la desigualdad estructural, al reconducirse a la necesidad de mantener la competitividad del eurosistema. En este sentido, se han señalado las insuficiencias del pilar para influir en las orientaciones y decisiones adoptadas en los ámbitos de las políticas macroeconómicas y fiscales de la UE. Las causas de las mismas se sitúan en cómo se aplican los veinte principios y derechos del pilar en el marco del Semestre Europeo, en particular, en el Informe Conjunto sobre el Empleo, a través de la herramienta denominada «cuadro de indicadores sociales» (*Social Scoreboard*)²³. Principalmente, en la relación entre los 35 indicadores y los 20 principios se excluyen del control algunos tan significativos como el derecho a la información sobre las condiciones de trabajo y la protección en caso de despido (principio 7); el derecho al diálogo social y participación de los trabajadores (principio 8) o el derecho a un entorno de trabajo saludable, seguro y adaptado y la protección de datos (principio 10). Circunstancia que pondría en evidencia la incapacidad de los indicadores para medir plenamente el contenido de algunos de los principios y, por ende, su carácter limitado para supervisar la actual situación de los principios del pilar en los países miembros de la zona del euro, pero, sobre todo, para controlar la

²³ Este cuadro de indicadores sociales sustituye al cuadro de indicadores clave en materia social y de empleo acordados en 2013. Consta de catorce indicadores principales para examinar los resultados en materia de empleo y sociales de los Estados miembros en las tres vertientes principales identificadas en el contexto del pilar: i) igualdad de oportunidades y acceso al mercado de trabajo —1. Porcentaje de abandono prematuro de la educación y la formación, 18-24 años. 2. Desigualdad en la tasa de empleo de hombres y mujeres, 20-64 años. 3. Desigualdad de ingresos medida como ratio de distribución de la renta por quintiles, S80/S20. 4. Tasa de riesgo de pobreza o exclusión social (ARPE). 5. Jóvenes que ni estudian, ni trabajan, ni reciben formación (tasa de ninis), 15-24 años—; ii) mercados de trabajo dinámicos y condiciones de trabajo justas —6. Tasa de empleo, 20-64 años. 7. Tasa de desempleo, 15-74 años. 8. Participantes en políticas activas del mercado de trabajo por cada 100 personas que desean trabajar. 9. Renta bruta disponible de los hogares en términos reales, per cápita. 10. Remuneración de los asalariados por hora trabajada, en euros—; y iii) asistencia pública/protección social e inclusión social —11. Impacto de las transferencias sociales (distintas de las pensiones) en la reducción de la pobreza. 12. Niños menores de 3 años de edad en guarderías oficiales. 13. Necesidades de cuidados médicos no satisfechas declaradas. 14. Porcentaje de la población con capacidades digitales generales básicas o por encima de las básicas—. Y veintiún indicadores secundarios que el Informe Conjunto sobre el Empleo puede presentar dentro de su texto, según proceda. Comisión Europea (2017d: 4-6).

evolución de la dimensión social y promover una convergencia al alza (Sabato y Corti, 2018: 57).

2. LA CONTRADICCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES DE LA UNIÓN

En términos generales, a los efectos de configurar los caracteres esenciales de los derechos sociales es preciso establecer el marco conceptual de su origen que no es otro que la nueva estructura estatal surgida y generalizada después de la segunda guerra mundial. La nueva relación entre Estado y clases sociales que genera el Estado social es el ámbito desde el que analizar el significado de los derechos sociales. El Estado social como consecuencia directa de un pacto entre los protagonistas del conflicto redistributivo, capital y trabajo, implica que la recepción en los textos normativos fundamentales de este compromiso que materializa la integración otorga a los derechos sociales unos caracteres en los que están presentes tanto la interiorización de los contenidos del pacto como las propias contradicciones de este. Actúan las bases materiales del nuevo orden social que la forma de Estado social interioriza y que, por lo tanto, también están presentes en los derechos sociales como categoría normativa consustancial del modelo jurídico político de Estado social. Es decir, los derechos sociales encuentran su significado en los elementos que componen el contexto económico, jurídico y político, de la constitución material del constitucionalismo social. Acusan en su estructura el carácter dual, vinculado al pacto sobre el que se fundamenta la forma de Estado constitucionalizada en la segunda posguerra. Su funcionalidad a la dinámica económica participando en la lógica del sistema capitalista, junto con su funcionalidad a la legitimación del sistema, en términos de adhesión social y de estabilidad política, reproducen el compromiso socialdemócrata en torno a la nueva articulación de las relaciones de poder entre el Estado y la sociedad que la nueva forma de Estado interioriza (García Herrera, 2004: 101).

Como derechos vinculados a la decisión política fundamental del Estado social participan de los elementos que lo caracterizan. En primer lugar, su carácter constitucional los coloca en una posición privilegiada, en contraposición con las exigencias de funcionamiento del sistema económico, legitimando una función correctora con respecto a este. Los derechos sociales expresan el vínculo social que define el aspecto de garantía vinculado al constitucionalismo social, lo que impide su subordinación al mercado. Es decir, a pesar de que acusan en su estructura una cierta dependencia de los recursos disponibles, que teoriza el momento conflictual de tales derechos, es su carácter constitucional lo que impide el desconocimiento. En segundo lugar, organizan la compatibilidad con el mercado y con el sistema económico sobre la base de

su preeminencia normativa, que comporta la prevalencia de la justicia social sobre el funcionamiento del mercado y del sistema económico.

Por último, el reconocimiento constitucional de los derechos sociales implica la necesidad para el legislador de permanecer vinculado al dictado constitucional, lo que los proyecta más allá de las fronteras de la política, superando así el estigma de las normas programáticas. Esta peculiaridad de los derechos sociales del constitucionalismo social es el aspecto que determina la propia supervivencia de este modelo de derechos. Los derechos sociales se insertan en la dinámica de la nueva conexión que se establece entre el Estado y la economía, y, a su vez, reproducen la tensión de los proyectos estratégicos en conflicto. Estos solo tienen sentido si se vinculan a las transformaciones jurídico-políticas y socioeconómicas que incorpora la forma de Estado social. De tal forma que deben insertarse en el contexto del tipo de Estado determinante de su surgimiento, sin el que no tendrían explicación (Barcellona y Cantaro, 1988: 59).

Lógicamente, la modificación de este modelo supone la transformación de sus elementos y su necesaria redefinición. En este punto la referencia hay que buscarla en el modelo jurídico-político del constitucionalismo de mercado europeo como el nuevo referente normativo. La identificación de este modelo con la preeminencia del mercado y los valores de los que es portador rediseña el significado, el sentido, la estructura y la morfología de los conceptos jurídicos del constitucionalismo social, y los derechos sociales no son una excepción. La sustitución de sus presupuestos por otros, que son la traducción del proceso de integración económico europeo y que se manifiestan como relevantes para su actuación, conforman al constitucionalismo de mercado europeo (Poiaras Maduro, 1999: 449-472). Mecanismos como las libertades económicas, el PEC renovado, instituciones como el Banco Central Europeo, e incluso el propio diseño del reparto competencial, se encuadran en un complejo normativo cuyo significado es tendente a consagrar al mercado como referente exclusivo y excluyente, en un primer momento común, después único, y de libre competencia, entre los socios europeos. Es más, si se ponen en relación estos mecanismos con las previsiones constitucionales que expresan la decisión política fundamental asumida con los Tratados por los Estados miembros de dar vida, de una parte, a un «mercado único y sin fronteras internas», y de otra, «a una economía abierta y de libre competencia», se puede verificar cómo la constitución del mercado constituye el corazón de la UE (Maestro Buelga, 2002: 143).

De esta forma, las consideraciones que se realizan con respecto a los derechos sociales en el contexto europeo vienen determinadas por la vigencia del modelo descrito. Y, por lo tanto, de la subordinación de los derechos sociales a las exigencias y necesidades del mercado. Adquiere, así, todo su significado

que el espacio social europeo se construyera desde sus orígenes en clara funcionalidad respecto a las exigencias de legitimación de un proyecto donde devenía insostenible la introducción de mecanismos dirigidos a condicionar el mercado. En particular, lejos de constitucionalizar mecanismos de homogeneización social y políticas distributivas que definen el modelo social de las tradiciones constitucionales comunes adscritas al Estado social; el verdadero criterio de legitimación del modelo social europeo serían las políticas sociales y de empleo que conectan con el sistema de garantías del mercado interior, la libre competencia y las libertades económicas fundamentales.

Al hilo de lo señalado hasta el momento, tampoco el pilar europeo de derechos sociales supone, a tenor del contenido, un punto de inflexión en la narrativa de la integración social europea. De hecho, su aparente potencial como insumo para el crecimiento e integración de la zona del euro se diluye en el marco de los desequilibrios institucionales de la propia GEE (las relaciones de la política social y la política económica con la política monetaria), que dejan abierta la puerta a una interpretación en clave desreguladora de la integración social (Deakin, 2017: 202). Circunstancia que viene a poner en evidencia, nuevamente, la incapacidad de reequilibrar la relación mercado-derechos sociales, y el deterioro normativo de estos últimos a escala europea cuando se apuesta por su reconducción a un modelo que comporta, precisamente, la negación de la dimensión objetiva y subjetiva de esta tipología de derechos debilitada por el principio de subsidiaridad y las referencias a unas legislaciones nacionales ya condicionadas por este constitucionalismo de nuevo signo. Como hemos señalado, el constitucionalismo de mercado europeo determina la funcionalidad de las disposiciones sociales al mercado común. Una filosofía que permeabiliza a cada una de las políticas sociales presentes en los diferentes Tratados. El principio de regulación mínima, el diálogo social y la cohesión económica y social constituyen algunos de los ejemplos más significativos. Introducida por el Acta Única Europea (art. 118 A), el principio de regulación mínima implicaba una tutela que se limitaba al núcleo mínimo de protección, sin que por ello se eliminase el derecho a competir entre los distintos sistemas nacionales una vez preservadas aquellas formas de *dumping* social que pudieran suponer un peligro para la realización del propio mercado. De manera paralela, el diálogo social se configuraba como una disposición jurídicamente no vinculante, desde una dimensión favorable a la convergencia de las políticas sociales con los objetivos del mercado interior (art. 118 B). En Maastricht, el Protocolo 14, sobre política social, que solo era vinculante para once de los doce Estados miembros, confirmaba la marginalidad de la integración social en el espacio europeo. Una situación que se mantiene con el Tratado de Ámsterdam y se consolida en Lisboa, en donde la explícita referencia a los derechos sociales fundamentales reconocidos en la CSE y la CCDSF

está condicionada por las políticas económicas y monetarias de la zona euro. De acuerdo con esta configuración supranacional, podemos señalar que los derechos sociales como parámetro legitimador de la intervención del Estado en la economía no existen en el contexto europeo. Si el proceso de integración económica se configura como espacio de contención del vínculo social, la contraposición entre derechos sociales y ordenamiento jurídico europeo es evidente. Además de estar circunscrito al ámbito de las políticas y no de los derechos, la consecución del bienestar social por y desde el funcionamiento del mercado común define su situación de subordinación, deslegitimando su propia razón de ser. Y, en relación a ello, es la integración del mercado la que desarrolla sus propias políticas sociales en una orientación que, lejos de dirigirse a la corrección de las disfuncionalidades del mercado, supone la asignación de objetivos orientados a su preservación.

V. CONSIDERACIONES FINALES

La necesidad de situar la tutela de lo social bien en el espacio legal europeo, bien en los derechos internos, tiene su principal fundamento en el problema de la desconexión existente entre la integración económica y la integración social debido a la permanencia, en una perspectiva formal, del espacio social como prerrogativa nacional, y a la configuración, en un plano material, de un espacio social de nuevo género. Una demanda que se hace cada vez más necesaria como consecuencia de la afectación directa de las políticas de bienestar estatales por los imperativos de la austeridad competitiva en el marco del espacio del mercado interior, y, por lo tanto, vinculada a la pérdida de la soberanía social de los Estados (Vandenbroucke y Vanhercke, 2014, 49-62; Schellinger, 2015: 3-13).

Sin embargo, el problema no es el de trasladar al ámbito supranacional europeo el espacio de protección de lo social como una consecuencia inevitable del propio proceso de integración económica. Fundamentalmente, porque se trata de un planteamiento que minimiza las implicaciones del constitucionalismo de mercado europeo y, por ello, es ajeno a los contenidos que definen el marco de la explicación del surgimiento del proceso de integración y de la configuración que este realiza de lo social. La pérdida de la soberanía social nacional y la necesidad de sustituirla por otra, la soberanía social europea, que resuelva sus insuficiencias y contradicciones, deriva de una interpretación que neutraliza las transformaciones incorporadas por la nueva estructura constitucional europea (Joerges, 2017b: 93-96). De modo que las demandas de construcción de un espacio social desde la instancia europea no pueden desvincularse de la naturaleza inherente al propio orden europeo, es decir, la

introducción de medidas positivas concebidas como mecanismos paliativos del déficit social supondría una intervención correctora en la esfera económica y, por lo tanto, un condicionamiento del mercado. Esta lógica vinculada al Estado social es ajena al ordenamiento jurídico europeo como proceso de afirmación de la centralidad y garantía del mercado.

Desde esta perspectiva, la tesis de defensa de la viabilidad de lo social exclusivamente desde los derechos nacionales tampoco supondría una recuperación de la dimensión garantista de las políticas sociales y de empleo adscritas al Estado social. De hecho, desde finales de los noventa asistimos a un proceso de convergencia de las legislaciones sociales internas con la conceptualización de lo social en el DUE. Significativas son, en este sentido, las reformas estructurales de los mercados laborales que bajo el mantra de la modernización para hacerlos competitivos y adaptables a los procesos de cambio global en curso desconstitucionalizan los elementos más prístinos del vínculo social. Desde esta óptica, y salvando las especificidades de los derechos nacionales, podemos identificar un nexo común que permite establecer puntos de encuentro significativos entre los diferentes procesos reformadores iniciados, principalmente, a finales de los noventa en los distintos Estados miembros. Este elemento común se sitúa en torno a la ruptura del trabajo propio del constitucionalismo social, y la transición hacia otro tipo de regulación de las relaciones laborales caracterizada por dos ámbitos de actuación principales. Por una parte, en el propio sistema normativo de las relaciones laborales, a través de la desregulación de la relación laboral o retirada de la regulación imperativa, con la consiguiente invasión de tales espacios bien por la norma convencional, bien por la autonomía privada y el contrato de trabajo²⁴. El segundo proceso de manifestación del nuevo carácter del derecho

²⁴ De forma directa en Francia con el contrato de nuevo empleo, introducido por la Ley 893/2005 de 2 de agosto de 2005; incluido dentro de la tipología de la contratación temporal, la exclusión del control judicial sobre el procedimiento de expulsión era el rasgo caracterizador de este contrato (Martelloni y Paschier, 2006: 804-807). De manera más velada en España, a través del nuevo régimen jurídico previsto para los salarios de tramitación por la Ley 5/2002, de 24 de mayo, donde el reconocimiento directo por el empresario de la improcedencia del despido posibilitaba la eliminación de los salarios de tramitación, con el consiguiente menor coste económico empresarial del despido (Lahera Forteza, 2003: 181-194). En Alemania, a través de la reforma del 2003 y la contrapartida de una indemnización al trabajador a condición de que no actué la impugnación judicial (Fuchs, 2006: 239-243). Y en Italia, donde la Ley 276/2003 a través de la introducción de nuevas formas de flexibilidad de entrada y la consolidación de las ya existentes, sustrae *de facto* a todo límite normativo laboral la posibilidad del empresario de liberarse de los trabajadores suscritos a estas modalidades contractuales (De Luca Tamajo, 2004: 451-455).

del trabajo es el que se despliega en el ámbito de los contenidos de las soluciones normativas en la regulación de la relación laboral. La incorporación de estructuras de adaptación al paradigma del mercado en las distintas fases de la relación de trabajo acentúa el poder empresarial. La flexibilidad de entrada a través del fomento y luego posterior normalización de la contratación temporal, junto con la ampliación de los supuestos de extinción de la relación laboral, representan la filosofía imperante en las operaciones de reforma normativa²⁵.

A su vez, la redefinición de los derechos sociales desde las coordenadas de la solidaridad competitiva materializada en el ámbito infraconstitucional implica su directa conexión con el diseño supranacional de lo social, sin que exista una correspondencia de signo contrario. Ni siquiera la pervivencia formal de la forma de Estado social permite articular espacios de resistencia frente a la estrategia de acumulación por desposesión del capitalismo financiarizado. La preferencia de la lectura de la desconexión de la forma de Estado de las transformaciones materiales que incorporó a los textos fundamentales de la segunda posguerra mundial, principalmente en lo que respecta a la constitución económica, han posibilitado interiorizar una lectura continuista entre esta y

²⁵ Ya sea en Francia, donde a través del Contrato de Nuevo Empleo, como modalidad contractual atípica se hacía hincapié en la flexibilidad de salida. En particular, si es el empresario el que decide poner fin a la relación laboral, deberá abonar una indemnización igual al 8 % del sueldo bruto, así como una contribución denominada «de solidaridad», igual al 2 % de la misma remuneración, a los organismos públicos de gestión del *assurance chômage* (Martelloni y Paschier, 2006: 806-807. En Alemania a través de la reforma del mercado de trabajo de 2003, más conocida como la ley Hartz, donde se contempla una mixtificación de medidas flexibilizadoras tanto en las modalidades de entrada como de salida. En este sentido, se amplían las dimensiones de la plantilla de trabajadores de cinco a diez, a efectos de exención del régimen de despido (Corti, 2005: 379-384). En Italia, donde los aspectos clave del proceso reformador gestado por la Ley 276/2003 se centraron en la adopción de formas de contratación temporal privadas y de segmentación de empresas (Ichino, 2007, 248-284). Y en España, donde la reforma del despido actuada por la Ley 45/2002, de 24 de mayo, sobre medidas urgentes para la reforma de la protección por desempleo y la mejora de la ocupabilidad se manifestaba, de manera especialmente gravosa, en el ámbito de los contratos temporales con vocación de indefinidos. Por un lado, porque el carácter más beneficioso, en términos económicos, de las indemnizaciones previstas para los despidos improcedentes en que se sustancian las figuras contractuales de este tipo convertían a estas tipologías en un ámbito especialmente propicio para su utilización. Por otro lado, porque el recorte en el acceso al desempleo o la disminución de la duración de la prestación social se acentuaba aún más con respecto a los trabajadores temporales (Lahera Forteza, 2003: 181-194).

las rupturas operadas por el constitucionalismo de mercado sin cuestionarse la pervivencia del modelo, poniendo de relieve, todo lo más, una interpretación en clave de crisis y revisión del sistema, que no de ruptura y total superación.

De modo que las formulaciones que apuestan por una flexibilización de la dimensión social europea, que consiste, básicamente, en dejar al albur de cada Estado miembro la decisión de avanzar en la profundización de la Europa social, no hacen sino confirmar el estatus de minoría jurídica supranacional de la integración social, y en las últimas décadas también estatal, y el carácter programático de los enunciados sociales, reclusos en el limbo de la procura asistencial y del contingente presupuestario disponible y razonable de acuerdo con el axioma irrenunciable del determinismo económico. Fundamentalmente, porque el hilo argumental de la tesis de una arquitectura multinivel de la Europa social basada en una combinación equilibrada entre las dimensiones nacional, supranacional y transnacional, como matriz generadora de una Unión de Estados de bienestar (Vanhercke, 2018: 156), concita las lecturas divergentes de la funcionalidad y la equidad de la justificación política de la integración social europea. La primera de ellas legitima la Europa social en base a su necesidad para restablecer el funcionamiento efectivo de la UEM, esto es, la justificación funcional de la dimensión social de la zona del euro. La segunda, relativa a una suerte de equidad paneuropea, se materializa en la articulación de intereses colectivos a escala europea como vector de legitimación de la integración social, pareja a la presencia en la UEM de mecanismos de estabilización que corrigen las disfuncionalidades del mercado y centralizan la mano visible. Para resolver la fricción latente entre ambas se recurre a una suerte de convergencia entre los dos componentes de forma que puedan funcionar en sincronía con refuerzos mutuos que se concretan en algunos márgenes de diferenciación, necesarios para preservar los elementos centrales del diseño de los sistemas de protección social nacionales, basados en cláusulas de adhesión y de exclusión (los Estados miembros que quieren hacer más en el ámbito social hacen más), y en una redefinición de la relación entre la integración positiva y la integración negativa a fin de limitar externalidades negativas recíprocas (Vanhercke, 2018: 157-158, 167-169). No obstante, no se hace referencia ni a la infiltración de la dimensión social del constitucionalismo de mercado europeo en los sistemas de seguridad y protección social de los países miembros, que alteran el diseño de los elementos centrales del constitucionalismo social adaptándolos a la lectura funcional de la integración social, ni tampoco a cómo conciliar las exigencias de la unidad del orden económico europeo con la diversidad que demandan las experiencias sociales estatales sin quebrar el principio estructural del orden del mercado europeo. Ampliar el presupuesto de la Unión para promover la inversión social en aquellos ámbitos que generan un interés común para la ciudadanía de la Unión es tan

solo una medida que mitiga tangencialmente las carencias de la integración social, pero que no deconstruye la falta de autonomía jurídico-normativa de la dimensión social supranacional, su discrimen con la integración económica.

Por ello, en nuestra opinión, la alternativa frente a la actual dimensión social europea sería considerar la UE como espacio político preferente para el desarrollo de lo social. Si bien esta «socialización» del espacio europeo requería, a su vez, de la materialización de dos coordenadas determinantes de la ruptura, y no de una mera reforma controlada de los Tratados, opción esta última por la que parece apostar la tercera de las alternativas del documento de reflexión, y los principios y derechos contemplados por el pilar. Para lo cual sería condición *sine qua non* un nuevo tratado que tenga como base material un gobierno de la economía europea que permita corregir las desigualdades sociales generadas por el mercado interior devolviendo al empleo a su condición de derecho y objetivo de la política económica. En segundo lugar, que documentos sociales como la CSE de 1961, a la que apela el art. 151 del TFUE, deje de tener la condición de mero principio orientador supeditado a su compatibilidad con el vínculo económico, para convertirse en un principio general constitucional como aquel del efecto directo o la aplicabilidad directa del derecho de la Unión. En tercer lugar, que los derechos contenidos en la CCDSF de 1989 adquieran la naturaleza de derechos subjetivos, justiciables y accionables ante el Tribunal de Luxemburgo. En cuarto lugar, la conveniencia de dotar de autonomía a la política de empleo europea a través del establecimiento de mecanismos sancionadores, similares a los existentes para las políticas económicas, que permitan a las instituciones europeas sancionar a aquellos Estados que se alejen de los marcos de calidad elaborados en el espacio supranacional europeo. Marcos de calidad que han de ser ajenos al determinismo del cálculo económico que redefine el trabajo como simple factor de producción, adscritos al Semestre Europeo, y que interioricen la participación de los interlocutores sociales.

Como se ha apuntado en el segundo apartado, la aproximación a las políticas sociales y de empleo de la Unión se realiza actuando su reconducción a las políticas económicas y monetarias, pero sin que esto suponga la apertura en el ordenamiento jurídico europeo de un espacio autónomo para el tratamiento de la misma. Es decir, la centralidad de los presupuestos de la unidad económica y monetaria no solo se mantiene, sino que se refuerza en la búsqueda de favorecer la competitividad del mercado europeo. Por el contrario, la política social y de empleo se presentan como consecuencias naturales de la evolución de las dinámicas señaladas y, en todo caso, desde la instancia europea se apuesta por una estrategia coordinada consistente en la puesta en práctica de políticas de empleo activas y de formación, y de políticas sociales que fomentan la naturaleza asistencial de las prestaciones. No se trata de trasladar

al contexto de la integración el proceso estructural que ha acompañado a las políticas de empleo nacionales tradicionales. Básicamente porque supondría introducir límites al rigor fiscal y monetario, paradigmas del constitucionalismo de mercado consolidado desde Maastricht. Realmente lo que se pretende es reorientar las políticas de empleo a los imperativos del mercado interior, a la jerarquía incondicionada del vínculo económico. De tal forma que la competencia de las instituciones europeas en materia de política social y de empleo se ha de acompañar no solo de mecanismos que permitan la puesta en práctica de una legislación social y laboral europea que desarrolle los objetivos del fomento del empleo y del progreso social, sino también de una constitucionalización en los Tratados de los principios estructurales que consoliden las bases materiales de un constitucionalismo europeo de nuevo signo.

Bibliografía

- Arrigo, G. (1995). *Protocollo sociale di Maastricht: realtà e prospettive/dibattito e commenti*. Roma: F. Failli.
- Barcellona, P. y Cantaro, A. (1988). El Estado social entre crisis y reestructuración. En F. J. Corcuera Atienza y M. A. García Herrera (eds.). *Derecho y economía en el Estado social*. (pp. 49-70). Madrid: Tecnos.
- Blanpain, R. (1998). Il Trattato di Amsterdam e oltre: la fine del modello sociale europeo? *Diritto delle relazioni industriali*, 1, 11-26.
- Bucci, G. y Patruno, L. (2005). Riflessioni sul c.d modello sociale europeo, sull'Europa "sociale" dei capi di governo e sul mutato rapporto tra costituzione ed economia. *Costituzionalismo.it*, 3, 1-42. Disponible en: <https://bit.ly/2sH83GX>.
- Caretti, P. (2001). I diritti fondamentali nell'ordinamento nazionale e nell'ordinamento comunitario: due modelli a confronto. *Diritto pubblico*, 3, 947.
- Caruso, B. (2010). I diritti fondamentali dopo il Trattato di Lisboa (tanto tuonó che piovve). *WP CSDL E Massimo D'Antona*, 8, 24 pp.
- Comisión Europea (2015). *Realizar la Unión Económica y Monetaria Europea*. Disponible en: <https://bit.ly/2AXAPHy>.
- Comisión Europea (2016a). *Estado de la Unión 2015*. Disponible en: <https://bit.ly/2R81mHm>.
- Comisión Europea (2016b). *Hoja informativa. Preguntas y respuestas sobre el pilar europeo de derechos sociales*. Disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-545_es.pdf.
- Comisión Europea (2016c). *Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales*. COM (2016) 127 final, 8-3-2016. Anexo I. *Primer esbozo preliminar de un pilar europeo de derechos sociales*. SWD (2016) 50 final, 8-3-2016.
- Comisión Europea (2016d). *El acervo social de la UE que acompaña a la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y*

- Social Europeo y al Comité de las Regiones. Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales.* SWD (2016) 50 final, 8-3-2016.
- Comisión Europea (2016e). *Tendencias clave de la economía, el empleo y la sociedad que sirven como base del pilar europeo de derechos sociales y acompañan a la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales.* SWD (2016) 51 final, 8-3-2016.
- Comisión Europea (2017a). *Documento de reflexión sobre la dimensión social de Europa.* COM (2017) 206, 26-04-2017 (pp. 1-36). Disponible en: <https://bit.ly/2HC3Q1c>.
- Comisión Europea (2017b). *Libro blanco sobre el futuro de Europa. Reflexiones y escenarios para la Europa de los Veintisiete en 2025.* COM (2017) 2015, 1-3-2017. Disponible en: <https://bit.ly/2U4UA7o>.
- Comisión Europea (2017c). *Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión de 26 de abril de 2017 sobre el pilar europeo de derechos sociales.* Disponible en: <https://bit.ly/2B1aNmX>.
- Comisión Europea (2017d). *Social Scoreboard que acompaña al documento Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales.* SWD (2017) 200 final, 26-4-2017. Disponible en: <https://bit.ly/2CFhZVW>.
- Corti, M. (2005). Lento ma inesorabile tramonto della stabilità reale? Qualche riflessione italiana sulla riforma della disciplina dei licenziamenti in Germania. *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1, 379-384.
- De Luca Tamajo, R. (2004). La riforma del mercato del lavoro del 2003: un compiuto manifesto neo-liberalista? *Diritti Lavori Mercati*, 3, 451-455.
- Däubler, W. (1991). Market and Social Justice in the EC. The rationale and substance of a European fundamental rights Act. En W. Däubler (ed.). *Market and Social Justice in the EC. The other side of the internal market* (pp. 177-191). Günterloh: Bertelsmann Foundation.
- Deakin, S. (2017). What Follows Austerity? From Social Pillar to New Deal. En F. Vandenbroucke *et al.* (eds.). *A European Social Union after the Crisis*. United Kingdom: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/9781108235174.009>.
- Durante (1970). Introduzione agli articoli 68-69. En R. Quadri *et al.* (eds.). *Trattato istitutivo della Comunità del Carbone e dell' Acciaio*. Padova: Cedam.
- Ferrera, M. (2018). The European Social Union: how to piece it together. En B. Vanhercke *et al.* (eds.) *Social policy in the European Union: state of play 2018* (pp. 18-23). Brussels: ETUI.
- Fuchs, M. (2006). La reforma del mercado del trabajo en Alemania. *Revista de Derecho Social*, 36, 239-243.
- Fundación Alternativas y Friedrich-Ebert-Stiftung (2017). *VI Informe sobre el estado de la Unión Europea 2017: Relanzar Europa*. Disponible en: <https://bit.ly/2T9wOa2>.

- Garben, S. (2017). The constitutional (im)balance between the Market and the Social in the European Union. *European Constitutional Law Review*, 13, 23-61. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S1574019616000407>.
- García Herrera, M. A. (2004). I diritti sociali nella vecchia Europa. *Quaderni di Rassegna Sindacale*, 1, 2004, 101.
- Groppi, T. (2006). La *primauté* del derecho europeo sobre el derecho constitucional nacional: un punto de vista comparado. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 5, 225-244.
- Häberle, P. (2000). El Estado constitucional europeo. *Cuestiones Constitucionales. Revista mexicana de Derecho Constitucional*, 2, 87-104.
- Habermas, J. (2012). The crisis of the European Union in the light of a constitutionalization of International Law. *The European Journal of International Law*, 2, 335-348. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/ejil/chs019>.
- (2015). Democracy in Europe: Why the development of the EU into a transnational democracy is necessary and how it is possible. *European Law Journal*, 4, 546-557. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/eulj.12128>.
- Hyman, R. (2015). Austeritarianism in Europe: What options for resistance? En D. Natali y B. Vanhercke (eds.). *Social policy in the European Union: state of play 2015* (pp. 97-121). Brussels: ETUI.
- Ichino, P. (2007). I primi due decenni del diritto del lavoro repubblicano. *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1, 248-284.
- Joerges, C. (2017a). Emergency governance through the legalization of technocratic rule and the idea of a Treaty on the democratization of the Governance of the EURO Area. En *Joint Committee Meeting for the Future of Europe*, Athens 8 June 2017, Hellenic Parliament (pp. 1-8). Disponible en: <https://bit.ly/2DsL4p0>.
- Joerges, Chr. (2017b). Social Justice in an Ever More Diverse Union. En F. Vandenbroucke et al. (eds.). *A European Social Union after the Crisis* (pp. 93-96). United Kingdom: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/9781108235174.005>
- Kilpatrick, C. (2018). The displacement of Social Europe: a productive lens of inquiry. *European Constitutional Law Review*, 14 (1), 62-74. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S1574019618000019>.
- Lyon-Caen, A. y Simitis, S. (1993). L'Europe sociale á la recherche de ses références. *Revue du Marché Unique Européen*, 4, 109-122.
- Lahera Forteza, J. (2003). Los efectos de la reforma del despido. En P. Gete Castrillo y F. Valdés Dal-Ré (eds.). *Nuevo régimen jurídico del despido y del desempleo: análisis crítico de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre* (pp. 181-194). Madrid: Cinca.
- Lasa López, A. (2013). El impacto de la nueva gobernanza económica europea en la estrategia hacia una política de empleo mejorada. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 46, 993-997.
- (2015). Constitución económica europea y modelo social: límites e ineficiencias de la integración negativa mejorada en la lucha contra la exclusión social. *Cuadernos Europeos de Deusto*, 53, 133-165. Disponible en: <https://doi.org/10.18543/ced-53-2015pp133-165>.

- Lhernould, J. P. (1997). Les avantages sociaux en droit communautaire. *Droit Social*, 4, 338.
- Lo Faro, A. (1993). Maastricht ed oltre. Le prospettive sociali dell'Europa comunitaria tra resistenze politiche, limiti giuridici ed incertezze istituzionali. *Diritto delle relazioni industriali*, 3 (1), 125-150.
- Maestro Buelga, G. (2002). Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 4 (7), 123-156.
- (2006a). El impacto de la ampliación de la Unión Europea sobre el modelo social europeo. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 23, 7-44.
- (2006b). El sistema de competencias en la constitución económica europea: Unión y Estados miembros. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 6, 87-94.
- Martelloni, F. y Paschier, Th. (2006). I licenziamenti in Italia e in Francia: la tutela del datore di lavoro. *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 4, 779-807.
- Natali, D., Vanhercke, B. y Johnson, R. (2015). Introduction The EU and the social legacy of the crisis: piecemeal adjustment or room for a paradigm shift? En D. Natali y B. Vanhercke (eds.). *Social policy in the European Union: state of play 2015* (pp. 13-29). Brussels: ETUI.
- Parker, O. y Pye, R. (2017). Mobilising social rights in EU economic governance: a pragmatic challenge to neoliberal Europe. *Comparative European Politics*. Disponible en: <https://doi.org/10.1057/s41295-017-0102-1>.
- Pernice, I. (2009). *The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action*. Berlin: Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht.
- Poiars, M. (1999). Striking the elusive balance between economic freedom and social rights in the EU. En Ph. Alston (eds.) *The EU and Human rights* (pp. 449-472). Oxford: Oxford University Press.
- Reuter (1970). Commento all'articolo 56. En R. Quadri *et al.* (eds). *Trattato istitutivo della Comunità del Carbone e dell' Acciaio. Commentario* (vol II, pp. 728-735). Padova: Cedam.
- Rodríguez Piñero, M. y Casas Baamonde, M. E. (1996). In Support of a European Social Constitution. En P. Davies *et al.* (eds.). *European Community Labour Law: Principles and perspectives. Liber Amicorum Lord Wedderburn* (pp. 23-48). Oxford: Clarendon Press.
- Sabato, S. y Corti, F. (2018). The times they are a-changin'? The European pillar of social rights from debates to reality check. *Social policy in the European Union*. En B. Vanhercke *et al.* (eds.) *Social policy in the European Union: state of play 2018*. Brussels: ETUI.
- Scharpf, F. W. (1998). Integrazione negativa e integrazione positive: i dilemmi della costruzione europea. *Stato e Mercato*, 18 (1), 21-52.
- (2014). After the crash. A perspective on multilevel European democracy. *MPIFG Discussion Paper*, 21, 10-15.
- Sciarra, S. (2003). La costituzionalizzazione dell'Europa Sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law. *WP CSDCE Massimo D'Antona*, 24, 2-5.

- Schelling, A. (2015). Giving teeth to the EU's social dimension. Dismal failure and promising potential. *International Policy Analysis, Friedrich-Ebert-Stiftung* (pp. 3-13). Disponible en: <http://library.fes.de/pdf-files/id/ipa/11649.pdf>.
- Simitis, S. y Lyon-Caen, A. (1996). Community labour law: a critical introduction to its history. En P. Davies *et al.* (eds.). *European Community Labour Law: Principles and perspectives. Liber Amicorum Lord Wedderburn* (pp. 4-5). Oxford: Clarendon Press.
- Streeck, W. (2000). Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva. *Stato e mercato*, 20 (1), 3-24.
- Treu, T. (1991). L'Europa sociale: dall Atto Unico a Maastricht. *Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, 10, 9.
- Valdés Dal-Ré, F. (1996). Economic and social cohesion and the European Social Fund. En P. Davies *et al.* (eds.). *European Community Labour Law: Principles and perspectives. Liber Amicorum Lord Wedderburn* (pp. 265-268). Oxford: Clarendon Press.
- Vandenbroucker, F. y Vanhercke, B. (2014). *A European Social Union: 10 tough nuts to crack. Background report for the Friends of Europe High Level Group on Social Union* (pp. 49-62). Disponible en: <https://bit.ly/2S59w8e>.
- Vanhercke, B. (2018). The European Pillar of Social Rights as a game changer. En B. Vanhercke *et al.* (eds.) *Social policy in the European Union: state of play 2018*. Brussels: ETUI.
- Weiss, M. (1998). Il Trattato di Amsterdam e la politica sociale. *Diritto delle relazioni industriali*, 1, 3-9.
- Yuille, M. (2016). Dealing with immigration: from poison to progress. *Social Europe* [blog], 5-8-2016. Disponible en: <https://bit.ly/2UeTTbP>.
- Zweig, K. (1980). *The origins of the German social market economy: the leading ideas and their intellectual roots*. London: The Adam Smith Institute.