

Antonio Adrián Arnáiz*

ESPAÑA Y EL MERCADO INTERIOR

Este artículo analiza las relaciones entre el Derecho español y el proceso de construcción europea, por lo que respecta exclusivamente a la noción legal del mercado interior comunitario. Dicho análisis refleja la correcta y provechosa interacción normativa entre el proceso general de adaptación a la nueva realidad comunitaria a través del Acta de Adhesión de España a las Comunidades Europeas y el proceso de incorporación de las previsiones normativas del mercado interior instaurado por el Acta Única Europea de 1 de Julio de 1987 (artículo 8A del TCEE).

Palabras clave: Acta de Adhesión España CEE, Acta Única Europea, mercado interior, libertad económica circulación, Tratado Unión Europea.

Clasificación JEL: O5, O57, P23.

1. Introducción ¿Qué mercado interior para la Europa comunitaria?

En el terreno de las realidades económicas (Adrián, 2016), es necesario subrayar, a todos los efectos, reales o posibles, que utilizaremos en el presente trabajo una noción estrictamente legal del concepto de mercado interior instaurado por el Acta Única Europea, es decir, una noción limitada exclusivamente a la libre circulación de los factores de producción según (hoy) el artículo 26 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE): es decir, la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. Y, todo ello, pese a que tras la Gran Recesión económica y financiera (2007-2012) es muy probable que algunos elementos básicos de las libertades económicas

de circulación en la Unión Europea (UE) actúen de forma diferente que en el pasado (en particular, a como actuaron durante los períodos de vigencia del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE)-Maastricht, del TCE-Ámsterdam y del TCE-Niza) como consecuencia de los procesos de ajuste de actividades en los sectores industriales y de servicios y de las reformas que están produciéndose actualmente en el sector de los mercados financieros presenciales y en línea¹.

La citada concreción del concepto de mercado interior en el Derecho de la UE es consecuencia, al menos, de dos evidencias empíricas relativas a la muy compleja sistemática del TFUE-Lisboa por lo que se refiere a la funcionalidad del régimen normativo de las libertades económicas de circulación.

La primera evidencia se refiere a que el título IV, tercera parte, del TFUE-Lisboa utiliza textualmente en su encabezamiento la expresión «libre circulación de personas, servicios y capitales» (al igual que sucedía

* Profesor de Derecho Internacional Privado. Miembro del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid.

¹ ADRIÁN (2013). *La libre circulación de personas*.

en el título III, tercera parte del TCE-Niza; en el título III, tercera parte del TCE-Ámsterdam; en el título III, segunda parte, del TCE-Maastricht; y, originariamente, en el TCEE de Roma de 1957).

La segunda evidencia alcanza a que el título IV, tercera parte, del TFUE-Lisboa retiene (o mantiene) una estructura jurídica claramente superada por la realidad económica comunitaria actual, pues presupone en el segundo decenio del Siglo XXI que la libre circulación de mercancías (en adelante LCM) es (como en el pasado) la libertad fundamental de choque del proceso de construcción europea y las otras libertades operan como libertades conexas de la LCM. Pocas dudas caben al respecto de que esta distinción está en buena medida superada en la actualidad, en particular por el papel absolutamente relevante que juega la libre circulación de capitales en el establecimiento y buen funcionamiento de la Unión Económica y Monetaria (UEM) y, por añadidura, la incidencia creciente de la libre circulación de los servicios en cuanto que estos son la fuerza motriz de la economía de la UE en el presente siglo. Por si estos argumentos no fueran de por sí de gran peso, el título IV, parte tercera, del TFUE-Lisboa no tiene en cuenta adecuadamente (como sucede desde siempre en el proceso de construcción europea desde el TCEE de Roma de 1957) el dato básico relativo a que las libertades económicas de circulación se caracterizan básicamente por la división primigenia entre libertades materializadas (mercancías y capitales) y libertades personales (trabajadores y derecho de establecimiento y libre prestación de servicios). Las libertades materializadas se distinguen por las cosas que forman su objeto de actividad: mercancías y capitales. Las libertades personales alcanzan a las actividades económicas ejercidas por las personas físicas y jurídicas, pero se distinguen peor, pues afectan a conductas humanas de peor distinción en el plano jurídico, en particular cuando se realizan por la vía de las nuevas tecnologías de la comunicación².

Llegados a este punto una conclusión se impone con claridad y efectos relevantes para la incorporación de España a las Comunidades Europeas: el título IV, tercera parte, del TFUE-Lisboa se refiere solo a una parte sustancial de la extranjería económica comunitaria: la libre circulación de trabajadores (LCT) (artículos 45 a 48 del TFUE), el derecho de establecimiento (artículos 49 a 55 del TFUE), la libre prestación de servicios (artículos 56 a 62 del TFUE), y la libre circulación de capitales y pagos (artículos 63 a 66 del TFUE), a los que hay que añadir el título III del TFUE que incluye la LCM de productos industriales y agrícolas (regulada en el título II, tercera parte, del TFUE).

Obviamente, otras nociones del mercado interior son posibles, incluso deseables. En todo caso, poner de relieve la lógica postura expansiva de la Comisión Europea al respecto basada sobre todo en la necesaria igualdad de actuaciones en el mercado interior para evitar las barreras a la libre competencia y garantizar plenamente los derechos de los consumidores³.

2. El Acta de Adhesión de España a las Comunidades Europeas y el Acta Única Europea

La principal característica del proceso de adhesión de España a las Comunidades Europeas es que, en prácticamente la primera década de dicha adhesión, el Derecho español tuvo que acometer un doble y complejo proceso de adaptación a la Europa comunitaria: de una parte, el proceso general de adaptación a la nueva realidad comunitaria, en particular al mercado común de la Comunidad Económica Europea (artículo 8 del TCEE de Roma de 1957) y; de otra parte, el proceso de incorporación de las previsiones normativas del mercado interior instaurado por el Acta Única Europea de 1 de Julio de 1987 (artículo 8A del TCEE).

Por consiguiente, la ampliación de las Comunidades Europeas a España (y Portugal) fue un proceso

² ADRIÁN y FONSECA (1998).

³ COMISIÓN EUROPEA (2015 y 2017).

histórico paralelo al proceso de profundización de la construcción europea a través del Acta Única Europea. Más aún: ambos procesos son complementarios y no pueden explicarse por separado, en particular si atendemos a los rasgos centrales del modelo europeo de integración económica en el Siglo XX: la integración económica negativa (eliminación de obstáculos legales) para el establecimiento del mercado interior⁴. Subrayar, por tanto, que el proceso de adaptación al Mercado Común se realizó a través de las disposiciones del Acta de Adhesión de España a las Comunidades Europeas, pues el Tratado de Adhesión de España a las Comunidades Europeas es formalmente un único instrumento jurídico en el cual las condiciones de ingreso de España y las adaptaciones de los tratados comunitarios como consecuencia de dicho ingreso figuran en la citada Acta.

Esta Acta (que en la práctica es el texto jurídico más relevante de todo el proceso de adhesión de España) se dividió en cinco partes. La primera parte se refirió a los principios. La segunda parte versó sobre las adaptaciones de los tratados comunitarios. La tercera parte contenía las adaptaciones de los actos adoptados por las instituciones comunitarias. La cuarta parte estableció las medidas transitorias y la quinta, y última parte, las disposiciones relativas a la aplicación del Acta de Adhesión.

La primera parte del Acta de España refleja la idea central subyacente a las condiciones de ingreso de nuestro país a la Europa comunitaria: a saber, la regla general de la adhesión (con las correspondientes medidas transitorias) es que desde el primer día de la incorporación España debió respetar todas las obligaciones jurídicas que incumbían a las Comunidades Europeas en relación con el cumplimiento estricto del acervo comunitario.

Esta idea básica tuvo fiel reflejo en el ordenamiento jurídico español desde el primer día de la adhesión y, en general, se mantuvo en el tiempo sin fisuras de importancia.

3. La libre circulación de mercancías

España se ha adaptado más que correctamente y sin grandes problemas jurídicos a la normativa comunitaria por lo que respecta a la LCM, tanto en el período transitorio de adhesión a las Comunidades Europeas como en el cumplimiento de las previsiones legales del mercado interior instaurado por el Acta Única Europea, por ejemplo, en el caso muy importante de la aplicación del Reglamento (CEE) nº 2913/92 del Consejo, de 12 de octubre de 1992, por el que se aprobó el Código Aduanero Comunitario y cuya última reforma importante es el Reglamento 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo.

De los cuatro instrumentos jurídicos básicos de la LCM, posiblemente la incorporación a la Unión Aduanera sea la más acertada jurídicamente por regla general. A este respecto, poner de relieve que tres instrumentos jurídicos de la LCM (Unión Aduanera Comunitaria, Arancel Aduanero Común y las restricciones cuantitativas y sus medidas de efecto equivalente) tienen su base legal directamente en los tratados comunitarios, y un cuarto instrumento jurídico (monopolios de Estado de carácter comercial) es un instrumento de carácter mixto (es decir, de naturaleza legal y jurisprudencial al mismo tiempo), que se perfiló de forma desigual por el legislador ordinario comunitario y el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE), a partir del comienzo del decenio de 1990, atendiendo a los objetivos y finalidades inherentes al modelo comunitario liberalizador de integración económica⁵.

España incorpora con pleno éxito (cumplidos los plazos transitorios) la Unión Aduanera Comunitaria, lo que consistió básicamente en la supresión de los derechos de aduana entre España y los otros Estados miembros de las Comunidades Europeas (obviando a este respecto las reglas especiales de las relaciones bilaterales entre España y Portugal). A efectos del Derecho español, según la jurisprudencia del TJUE,

⁴ VICENTE BLANCO (2017).

⁵ ADRIÁN y FONSECA (1998).

subrayar que un derecho de aduana es una carga pecuniaria que grava los productos importados en el momento de su despacho en territorio español. Desde este punto de vista, la Unión Aduanera ha sido a efectos del ordenamiento español un instrumento liberalizador del tráfico intracomunitario de primera magnitud.

Para España el Arancel Aduanero Común es, desde un primer momento y cumplidos los correspondientes períodos transitorios con terceros Estados, el aspecto externo de la Unión Aduanera Comunitaria, puesto que la creación de la Unión Aduanera exigió que España adoptase un arancel común en sus intercambios con dichos Estados⁶.

A efectos del Derecho español, este segundo instrumento de la LCM conllevó, al mismo tiempo, sin grandes dificultades prácticas, la instauración de una normativa específica comercial respecto del comercio mundial, dado que la elaboración de un régimen común de importaciones y exportaciones de bienes y servicios frente al resto del mundo es una condición previa para que exista un nivel equivalente de competencia dentro del mercado interior comunitario⁷.

El tercer instrumento jurídico de la LCM es para el Derecho español la prohibición efectiva de las restricciones cuantitativas y, sobre todo, en la práctica, las medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas. Esta prohibición contiene dos figuras jurídicas distintas para el ordenamiento jurídico español. En primer lugar, la figura jurídica de la prohibición de las restricciones cuantitativas, es decir, las prohibiciones totales o parciales a los contingentes o cuotas a las importaciones o exportaciones españolas. Lo que ciertamente no ha supuesto ningún problema particular para España. En segundo lugar, la figura jurídica finalmente emblemática de la construcción europea de la prohibición de las medidas de efecto equivalente a una restricción cuantitativa (MEE)⁸.

La prohibición de las MEE es, sin duda alguna, a efectos del ordenamiento jurídico español el elemento fundamental de todo el proceso de construcción de la Europa comunitaria, al menos, en todo caso, en el ámbito del Derecho material comunitario. Más aún: la prohibición de las MEE en el ordenamiento jurídico español, en la actualidad, más que nunca, desempeña el papel de muro de contención frente a las hipotéticas o reales tentaciones proteccionistas del legislador español en la construcción europea.

No obstante el papel absolutamente primordial de la prohibición de las MEE en el modelo comunitario de integración económica (Adrián, 1995), subrayar que no hay definición legal para las MEE en el TFUE, y ha sido, en consecuencia, el TJUE quien ha establecido el contenido y los límites de la noción de la prohibición de las MEE en la sentencia *Dasonville*, de 11 de julio de 1974, de la siguiente manera: toda legislación comercial de un Estado miembro de la CEE susceptible de obstaculizar directa o indirectamente, actual o potencialmente, el comercio intracomunitario puede ser reputada como una medida de efecto equivalente a un derecho no arancelario del entonces artículo 30 del TCEE (en la actualidad, artículo 34 del TFUE) y, por lo tanto, incompatible con el sistema comunitario.

Esta fórmula de la sentencia *Dasonville* ha sido mantenida y reiterada por el TJUE en toda su jurisprudencia posterior, si bien ha sido objeto de graduación expansiva en la sentencia *Cassis de Dijon* de 29 de febrero de 1979 y objeto de revisión restrictiva en la sentencia *Keck y Mithouard* de 24 de Noviembre de 1993 relativa a las modalidades de venta.

Para España tuvo importancia especial la sentencia del TJUE-Comisión contra Francia, de 9 de diciembre de 1997, relativa al incumplimiento por Francia de los artículos 5 y 30 del TCE-Maastricht (en la actualidad artículo 28 del TFUE), por no adoptar las medidas necesarias y proporcionadas con el fin de que determinadas acciones de los agricultores franceses no impidieran la libre circulación de frutas y hortalizas procedentes de España. A tal efecto, el TJUE declaró que

⁶ ADRIÁN (2013). *Política Comercial*.

⁷ COMISIÓN EUROPEA (2015). *Mejorar el mercado único*.

⁸ MARTÍNEZ LAGE (1993).

el artículo 30 del TCE obligaba a los Estados miembros de la UE no solo a no adoptar ellos mismos actos o comportamientos que puedan constituir un obstáculo a los intercambios, sino también, en relación con el artículo 5 del TCE, a tomar todas las medidas necesarias y adecuadas para garantizar en su territorio el respeto de dicha libertad fundamental.

A este respecto, subrayar que el Reglamento (CE) nº 2679/98 del Consejo, de 7 de Diciembre de 1998, sobre el funcionamiento del mercado interior en relación con la libre circulación de mercancías entre los Estados miembros supone para España la adopción de un instrumento jurídico que tiene como objetivo fundamental poner fin a la cadena de atentados a la libre circulación de mercancías no imputables directamente a los poderes públicos nacionales, es decir, cuando dichos atentados son consecuencia de que en un Estado miembro de la UE se obstaculiza la libre circulación de mercancías mediante acciones realizadas por particulares, perturbando gravemente el buen funcionamiento del mercado interior comunitario y ocasionando pérdidas muy graves a los particulares perjudicados. En este contexto, a los efectos del ordenamiento español, se entenderá por «obstáculo» todo obstáculo a la libre circulación de mercancías entre España y otros Estados miembros de la UE que sea imputable a un Estado miembro, ya sea por acción u omisión por su parte, que pueda constituir un incumplimiento de la LCM.

Las excepciones a la LCM para España están contenidas en el artículo 36 del TFUE y solo operan en el ámbito de las MEE del artículo 34 del TFUE. Estas excepciones no intervienen, por tanto, ni en la prohibición de las restricciones cuantitativas ni en los otros tres instrumentos jurídicos de la LCM. A estos efectos, dichas excepciones son: *i)* orden público, moralidad pública y seguridad pública; *ii)* salud pública; *iii)* protección del patrimonio histórico-nacional; y *iv)* protección de la propiedad industrial y comercial.

Por último, indicar respecto de la importancia de las MEE para el Derecho español, la enorme incidencia práctica tanto del llamado paquete legislativo sobre LCM

y armonización de legislaciones en el sector alimentario, los llamados «enriquecedores alimentarios» (es decir, el Reglamento (CE) nº 1331/2008, el Reglamento (CE) nº 1332/2008, el Reglamento (CE) nº 1333/2008 y el Reglamento (CE) nº 1334/2008) como del llamado paquete legislativo sobre LCM y eliminación de las normas técnicas nacionales de los Estados miembros de la UE (esto es, el Reglamento (CE) nº 764/2008, Reglamento (CE) nº 765/2008 y la Decisión nº 768/2008/CE).

El cuarto y último instrumento de la LCM es la prohibición de los monopolios de Estado de carácter comercial (en la actualidad, artículo 37 del TFUE) y la prohibición de los monopolios de servicios según la jurisprudencia del TJUE. El cuarto instrumento jurídico de la LCM es a efectos del Derecho español un instrumento liberalizador del tráfico intracomunitario. A este respecto, indicar que un monopolio español de carácter comercial supone una situación en la que las autoridades españolas están en condiciones de controlar o dirigir los intercambios entre España y los Estados de la UE, o bien influir sensiblemente en dichos intercambios, por medio de un organismo constituido con ese fin o de un monopolio concedido por el Estado español a un tercero. Por consiguiente, España tuvo que eliminar y/o reordenar los monopolios comerciales de Campsa (Ley 34/1992, BOE, 24 de diciembre) y Tabacalera (Ley 13/1998, BOE, 5 de mayo de 1998).

Por lo que respecta al Derecho español, subrayar que según la jurisprudencia del TJUE, el TFUE no exige la supresión total de los monopolios nacionales de carácter comercial, sino únicamente su adecuación, de tal manera que quede asegurada la exclusión de toda discriminación entre los nacionales de los Estados miembros de la UE respecto de las condiciones de abastecimiento y mercado. Por el contrario, el TJUE entiende que la normativa comunitaria sobre LCM se opone a los monopolios en la venta al por menor en los que se da la situación de que las compras de cada punto de ventas están absolutamente centralizadas.

La prohibición del artículo 37 del TFUE alcanza, además, según el TJUE a los llamados monopolios

de servicios (por ejemplo, el caso de Telefónica en España) al interpretar el TJUE que el ámbito material de aplicación del artículo 37 del TFUE se relaciona estrechamente con la prohibición de las MEE.

Para España tiene especial importancia que el TJUE, en las cuatro sentencias de 23 de octubre de 1997, sobre los monopolios del gas y la electricidad y tras señalar que los monopolios comerciales se aplican a los derechos exclusivos de importación y exportación de la electricidad, declara que el derecho de la libre competencia de la UE puede invocarse para justificar la concesión, por parte de un Estado miembro a una empresa encargada de la gestión de servicios de interés económico general, de derechos exclusivos contrarios, en particular el artículo 37 del TCE-TFUE, en la medida en que: (primera condición) el cumplimiento de la misión específica a ella confiada no pueda garantizarse sino mediante la concesión de tales derechos y (segunda condición) siempre que el desarrollo de los intercambios no resulte afectado de una forma contraria al interés de la Comunidad.

Finalmente, por lo que respecta al futuro de la LCM, el Derecho español deberá afrontar (sin previsibles dificultades) el paquete legislativo de la Comisión Europea sobre la modernización de la legislación sobre las mercancías, en particular la aplicación tanto de la propuesta de reglamento relativo al reconocimiento mutuo de mercancías comercializadas legalmente en otro Estado miembro como de la propuesta de reglamento que establece normas y procedimientos para el cumplimiento y la garantía de cumplimiento de la legislación de la UE sobre productos⁹.

4. El derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios

Mucho más problemática ha sido y es la adaptación del ordenamiento jurídico español a la normativa comunitaria en materia de derecho de establecimiento

(DE) y libre prestación de servicios (LS). Una de las razones principales de esta difícil adaptación (a la que no escapan otros Estados de la UE) es que con lo dispuesto en los artículos 49 del TFUE-Lisboa relativo al DE y 56 del TFUE-Lisboa relativo a la LS esta libertad de circulación se materializa en el derecho o libertad económica que tiene todo español a desplazarse a otro Estado de la UE con la finalidad de ejercer una actividad económica no asalariada y la misma libertad respecto a España de los demás nacionales de los Estados de la UE.

Una definición que describe, sin duda alguna, bastante mejor la idea de DE que la idea mucho más compleja de LS en el Derecho de la UE en lo que respecta a España, como certifican, por ejemplo, tanto la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (BOE, 24 de noviembre de 2009) como la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (BOE, 23 de diciembre de 2009). Leyes tan problemáticas en su adaptación española como errático el contenido de algunas de las disposiciones de la Directiva 123/2006 relativa a los servicios en el mercado interior.

El concepto de DE y LS así enunciado lleva consigo, por tanto, al menos, dos ideas básicas delimitadoras de su ámbito de aplicación en España. El DE y la LS son un mismo derecho subjetivo económico o si se quiere una misma y única libertad económica, pero su ejercicio tiene dos modalidades de actuación diferentes y mutuamente excluyentes entre sí: dos modalidades, pues, que son objeto en el TFUE (como en todos los anteriores tratados comunitarios) de regulaciones separadas y con características normativas diversas, de tal suerte que las condiciones impuestas al DE son más estrictas o rigurosas que las condiciones impuestas a la LS. El DE implica que este derecho se haga efectivo con carácter permanente, por ejemplo, en España, y para el ejercicio de una actividad económica no asalariada, por ejemplo, fuera de España;

⁹ COMISIÓN EUROPEA (2017).

mientras que la LS solo implica una presencia ocasional o discontinua del prestador del servicio para el ejercicio de la actividad económica no asalariada, esto es, que el prestador del servicio está establecido en un Estado distinto del Estado del destinatario del servicio (Adrián, 1996).

No obstante, hay zonas intermedias entre el DE y la LS a efectos del Derecho español: aquí el elemento distintivo de las dos modalidades de ejercicio no es el carácter permanente de la presencia en el Estado del destinatario del servicio, sino la propia actividad económica en cuestión. Para España ha sido un ejercicio complejo asimilar correctamente en nuestra legislación la doctrina del TJUE en orden a que las nociones de ejercicio permanente y ejercicio temporal, a los efectos del DE y la LS en el sistema comunitario, suponen que el concepto de establecimiento permanente implica la posibilidad de que un nacional comunitario participe, de forma estable y continua, en la vida económica de un Estado miembro distinto de su Estado de origen. Por el contrario, el carácter temporal de una actividad económica radica en que la participación del interesado en la vida económica del Estado miembro de acogida no tenga un carácter estable y continuo. Esta complejidad puede apreciarse, por poner un ejemplo actual, en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE.

Las consecuencias prácticas del párrafo anterior son, por ejemplo, una continuada mala praxis en el ámbito del régimen de la libre circulación de profesionales liberales con título universitario con origen o destino a España. Así sucedió con los regímenes españoles de sistemas generales de reconocimiento de formaciones profesionales y las defectuosas adaptaciones tanto de la Directiva 89/48/CEE como de la Directiva 92/51/CEE. España ha sido condenada en reiteradas ocasiones en este ámbito por el TJUE. Por ejemplo, los regímenes de enfermería o ingeniería (Adrián, 1991).

Otro tanto ha ocurrido, aunque menos, con las tres excepciones al DE y la LS en el TFUE. Dos de estas excepciones son de carácter legal y están contenidas en el TFUE y una tercera es de carácter jurisprudencial. La primera excepción legal se refiere a las razones de orden público, seguridad pública y salud pública (artículo 52 TFUE-Lisboa). La segunda excepción de carácter legal alcanza a las razones del ejercicio del poder público en un Estado de la UE (artículo 51 del TFUE). La tercera excepción de origen jurisprudencial son las normas justificadas por el interés general. A este respecto, incidir en la confusa y compleja caracterización del Derecho español por lo que respecta al ejercicio del poder público del Estado español.

Compleja igualmente ha sido la delimitación por el Derecho español del ámbito de aplicación material del DE y la LS. Pues no siempre puede apreciarse en el Derecho español que el ámbito de aplicación tiene que alcanzar a las actividades económicas no asalariadas que consisten (precisamente) en la prestación de un servicio. Luego al final, en todo caso, debe quedar siempre correctamente materializada la siguiente idea de base: de un lado, el DE sirve a los fines de las actividades económicas permanentes por cuenta propia; y de otro lado, la LS sirve a los objetivos de las actividades económicas temporales y por cuenta propia.

En último lugar, en lo que concierne al devenir del DE y la LS, subrayar el importante desafío que supone para el Derecho español la adopción del conjunto de medidas legislativas del Mercado Único Digital (Comisión Europea, 2015), como certifica claramente la primera de dichas medidas: es decir, el complejo y trascendental Reglamento (UE) 2018/302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2018, sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior (DOUE L/60 I de 2 de marzo de 2018).

5. La libre circulación de trabajadores

En el imaginario colectivo español, las disposiciones transitorias sobre la LCT (y la introducción del IVA) reflejan una visión inicial relativamente pesimista sobre las bondades del proceso de integración europea. Ciertamente la realidad de que el artículo 48 del TCEE (hoy artículo 45.2 del TFUE) solo fuese aplicable a España a partir del 1 de enero de 1993 tuvo un gran impacto social, pues el citado artículo señala que la LCT implica la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros de la Comunidades Europeas (hoy UE) respecto del empleo, la remuneración y las demás condiciones de trabajo.

En todo caso, recordar que la LCT consiste, básicamente, en el derecho que tienen todos los trabajadores nacionales de un Estado miembro de la UE a desplazarse a otro Estado miembro a los efectos de ejercer una actividad económica asalariada. Según la legislación básica derivada del artículo 48 del TCEE (el Reglamento 68/360/CEE y el Reglamento 1408/71 en el ámbito de la Seguridad Social), tres elementos configuran la noción de la LCT por lo que interesa al Derecho español: el campo de aplicación personal, es decir, los beneficiarios de la LCT; el campo de aplicación espacial, a saber, el desplazamiento de un Estado miembro de la UE a otro; y, por último, el campo de aplicación material, esto es, el ejercicio de una actividad económica asalariada.

El primer elemento, el campo de aplicación personal de la LCT, es el que más incidencia práctica ha tenido para la mano de obra española, pues dicho elemento alcanza al trabajador nacional de un Estado miembro, pero también a los miembros de su familia incluso aunque estos no tengan la nacionalidad de un Estado miembro de la UE. La distinción entre trabajadores españoles y miembros de sus familias o supervivientes determina la aplicabilidad personal de numerosas disposiciones de la normativa comunitaria en el ámbito de la Seguridad Social en la LCT, algunas de

las cuales se aplican exclusivamente a los trabajadores españoles o comunitarios.

El segundo elemento, el desplazamiento o actividad migratoria, implica el traslado de un Estado miembro a otro, es decir, cuando una persona trabaja en un Estado miembro distinto de su Estado de origen, o en su Estado de origen siendo residente en el extranjero, lo que incluye a los trabajadores fronterizos, los trabajadores de temporada, y a los trabajadores que adquieren una capacitación de formación profesional que posibilitará luego la LCT. Y también como pone de relieve la Comisión Europea, una persona podrá ser considerada trabajador o trabajadora migrante de la UE en España si ha ejercido el derecho a la libre circulación y regresa a España (Comisión Europea, 2010).

El tercer elemento, la noción de actividad económica asalariada, se basa según la jurisprudencia del TJUE en el ejercicio de actividades reales y efectivas con relevancia económica, con exclusión de las actividades que se presentan como meramente marginales o accesorias a la dedicación principal del trabajador. Quedan incluidas, en cambio, en el campo de la LCT a efectos del Derecho español, todas las actividades a tiempo parcial y/o a cambio de una remuneración inferior al salario mínimo legal establecido en ese sector de actividad económica. Asimismo, según el TJUE no es tampoco necesario que el ciudadano español sea parte de una relación laboral actual: basta con que se prepare a serlo o que lo haya sido y permanezca en el Estado en el que trabajó desarrollando estudios relacionados con su experiencia anterior.

En la actualidad, hay tres excepciones a la LCT: dos son de carácter legal y una tercera posible excepción es de carácter jurisprudencial. La primera excepción legal se refiere a las razones de orden público, seguridad pública, salud pública (hoy artículo 45.3 del TFUE). La segunda excepción legal alcanza a los empleos en la Administración Pública (hoy artículo 45.4 del TFUE). La tercera excepción es de origen jurisprudencial y tiene su fundamento jurídico en la sentencia Bosman, de 15 de diciembre de 1995, que declaró que son compatibles

con el artículo 48 del TCE (hoy artículo 45 del TFUE) las medidas que obstaculizan a la LCT siempre que pretendan un objetivo perseguido por el TCE (hoy TFUE) y si se justifican por razones imperiosas de interés general. Obviamente, la segunda y la tercera de las excepciones son muy relevantes a efectos del ordenamiento jurídico español. La segunda, por las serias discrepancias entre el legislador y la jurisprudencia españoles con las instituciones de la UE. Y, la tercera, por sus notables repercusiones sociales en el ámbito deportivo español, en particular en el mundo del fútbol.

En última instancia, por lo que se refiere a la profundización de la LCT, en la perspectiva del fundamental Primer Pilar Europeo de los Derechos Sociales (Comisión, 2017) aprobado en la Cumbre Social de Gotemburgo, el 17 de noviembre de 2017, por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, la legislación española deberá conseguir (no sin problemas) la plena inserción del mercado español en unos mercados laborales y en unos regímenes de protección social europeos que sean justos y funcionen adecuadamente a los efectos de la plena operatividad de la LCT, así como asumir las nuevas realidades derivadas de la próxima autoridad laboral europea (Comisión, 2018) e incorporar correctamente la decisiva propuesta de Directiva relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la UE (Comisión, 2017).

6. La libre circulación de capitales

No siempre bien entendida por el Derecho español la singularidad y la amplitud de la libre circulación de capitales, esta figura jurídica engloba tradicionalmente (también en el TFUE) dos nociones jurídicas diferentes en el sistema de la UE: de una parte, la libre circulación de pagos corrientes; y, de otra parte, la libre circulación de movimientos de capital¹⁰.

Ambas nociones (que carecen de siempre de una definición legal en los tratados comunitarios) fueron

perfiladas con carácter definitivo en el ordenamiento jurídico comunitario en la sentencia Luisi y Carbone del TJUE, de 31 de enero de 1984 y, por consiguiente, sus primeros efectos son anteriores a la adhesión de España a las Comunidades Europeas. A este respecto, recordar que el TJUE señaló que los pagos son «transferencias de divisas que constituyen una contraprestación en el marco de una transacción subyacente (en el marco de la LCM, la LCT o el DE y la LS)». Por el contrario, el TJUE subrayó que los movimientos de capital son «operaciones financieras que persiguen esencialmente la colocación o inversión de la cantidad en cuestión, y no el pago o contraprestación de una transacción subyacente». En consecuencia, el TJUE señaló, con efectos posteriores muy importantes para España, que el dinero destinado a «los viajes de negocios, los viajes de estudios, los viajes para recibir cuidados médicos y el turismo» se inserta en la libre circulación de pagos en la medida en que tales actividades son servicios a efectos del modelo comunitario de integración económica (Azofra, 1990).

La libre circulación de pagos corrientes está totalmente liberalizada en la Europa comunitaria desde el comienzo del decenio de 1960 (y en paralelo a la liberalización de la circulación intracomunitaria de las mercancías, servicios y trabajadores), y España comenzó su aplicación el 1 de enero de 1986. No obstante, es necesario poner de relieve que los mercados de servicios de pago de los Estados de la UE han estado organizados durante mucho tiempo de manera independiente, esto es, según criterios nacionales y, además, el marco jurídico de dichos servicios se encontraba totalmente fragmentado en regímenes nacionales como el régimen español. Para poner fin a esta situación, la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, sobre servicios de pago (que incorporó la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007) estableció, a los efectos del ordenamiento español, un marco jurídico de los servicios de pago en la UE, neutral y que garantiza la igualdad de condiciones para todos los sistemas de pago, con la finalidad de preservar la elección del consumidor.

¹⁰ ADRIÁN y SACRISTÁN (2004).

La principal novedad de la Ley 16/2009 fue la introducción de una nueva categoría de proveedores de servicios de pago, «las entidades de pago», que contempla la autorización de actividades, sujeta a una serie de requisitos estrictos y generales, de personas jurídicas no pertenecientes a las categorías existentes a los efectos de prestar servicios de pago en toda la UE.

En este contexto, el Reglamento (CE) nº 924/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, tiene para España la finalidad esencial de la consecución del mercado interior para pagos y servicios en euros sin distinguir entre pagos transfronterizos y pagos realizados sobre una base española. Así, el Reglamento garantiza para España el principio de igualdad de comisiones a los adeudos directos y ajustando las definiciones y las formulaciones a las de la Directiva 2007/641/CE sobre servicios de pago.

La normativa comunitaria sobre los movimientos de capital fue adaptada al Derecho español por la Ley 18/1992, de julio, y los Reales Decretos 671/1992 y 672/1992 que incorporaron con algunas dificultades los períodos de transición de los artículos 62 a 66 del Acta de Adhesión de España a las Comunidades relativos a los movimientos de capital y que concluían el 31 de diciembre de 1990.

Dichas dificultades de adaptación se solapan con las propias previsiones que el Acta Única Europea contemplaba en cuanto a la libre circulación de capitales, lo que supone un fiel reflejo del Libro Blanco de la Comisión sobre el mercado interior de 1985.

El paso del tiempo acentuará estas dificultades en varios ámbitos importantes de las transacciones de capitales intracomunitarias y extracomunitarias. Destacaremos al respecto las dos principales dificultades desde el punto de vista español: en primer lugar, el problema del blanqueo de capitales y, a continuación, las llamadas «acciones de oro».

La primera dificultad española deriva del carácter internacional del blanqueo de capitales y de la problemática derivada de la financiación del terrorismo. En este sentido, el conjunto normativo español a partir de

la Ley 10/2010, de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (y además la Ley 19/1993, el RD 925/1995, la Ley 9/1999 y la Ley 12/2003) tiene como finalidad reforzar los mecanismos relativos a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo. Desde este punto de vista, España debería de aplicar mejor y de manera más coordinada con los otros Estados de la UE las 40 recomendaciones revisadas del Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el blanqueo de capitales (GAFI), pues conviene subrayar que el ámbito de aplicación de dichas recomendaciones se ha extendido del blanqueo de capitales a la financiación del terrorismo. En consecuencia, la legislación española de forma imprecisa incluye en su régimen normativo sobre blanqueo de capitales, entre otras cuestiones, que la financiación del terrorismo se acomode a la definición de blanqueo de capitales, la modificación de la definición de «delito grave» sobre el blanqueo de capitales, la ampliación de la relación de personas y entidades sujetas a la prohibición del blanqueo de capitales, de manera que incluye, entre otros, a los proveedores de servicios a sociedades y fideicomisos, así como los intermediarios de seguros.

En paralelo, la aplicación en España del Reglamento (CE) nº 1889/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, aspira a reconciliar el principio fundamental de la libertad económica de circulación con la prevención del blanqueo de capital y de la financiación del terrorismo en el contexto del mercado interior y también de la unión económica y monetaria. En particular, este reglamento establece que el dinero efectivo transportado por cualquier persona física o jurídica que entre o salga de España debe estar sujeto al principio de la obligatoriedad de declaración.

Por lo que respecta a las «acciones de oro», la problemática en el ordenamiento jurídico español ha sido muy intensa. El TJUE en las sentencias de 4 de junio de 2002 relativas a las acciones de oro amplió el ámbito de

aplicación de la legislación comunitaria sobre los movimientos de capital al señalar que la prohibición derivada del artículo 56 del TCE-Niza (hoy artículo 63 del TFUE-Lisboa) va más allá de la eliminación de toda desigualdad de trato de los operadores en los mercados financieros basada en su nacionalidad.

A este respecto, el TJUE declaró que la legislación sobre las acciones de oro reservadas a los poderes públicos en ciertas empresas privatizadas, aunque no dé lugar a un trato desigual, pueden impedir la adquisición de acciones en las empresas afectadas así como disuadir a los inversores de otros Estados miembros de invertir en el capital de dichas empresas y, en consecuencia, pueden hacer que la legislación sobre los movimientos de capital sea ilusoria.

A mayor abundamiento, el TJUE declaró en el caso de las acciones de oro ejercidas por Portugal (a favor de la empresa privatizada Portugal Telecom) que dichas acciones otorgan una influencia sobre la toma de decisión de la empresa que pueden disuadir las inversiones de operadores de otros Estados miembros (en este caso Telefónica y Vivo).

En todo caso, subrayar que el TJUE declaró en su sentencia de 13 de mayo de 2003 (asuntos C-463/00 y C-98/01) que la Ley 5/1995 debe ser aplicada siempre en el sentido de que la libre circulación de capitales se opone a los sistemas normativos relativos a Repsol, Telefónica, Argentaria, Tabacalera y Endesa.

Para terminar, poner de relieve la ingente y difícil tarea que espera al ordenamiento jurídico español en el ámbito de los movimientos de capital como consecuencia básicamente de la profundización del Plan de Acción para la Unión de los Mercados de Capitales (Comisión Europea, 2015), en particular las medidas relativas a la propuesta de Directiva sobre mercados financieros, la propuesta para los bonos garantizados a escala de la UE, la propuesta para facilitar la distribución transfronteriza de fondos de inversión colectiva, la propuesta sobre el derecho aplicable a la oponibilidad frente a terceros de la cesión de créditos y la propuesta sobre el derecho aplicable a los efectos en

materia de derechos de propiedad de las operaciones con valores (Comisión Europea, 2018).

7. Conclusiones

La evidencia empírica se impone con meridiana claridad: el Derecho español ha jugado un papel importante en el establecimiento del mercado interior comunitario y relativamente menos importante en el buen funcionamiento del mercado interior comunitario.

En este sentido, poner de relieve que las disposiciones sobre la LCM son sin duda alguna la normativa mejor adaptada a la realidad comunitaria, en particular la siempre compleja legislación sobre la Unión Aduanera. Con algunas reservas en el tema de los empleos en la Administración Pública, las disposiciones sobre la LCT también han sido bien adaptadas a la legislación sobre los flujos migratorios intracomunitarios.

Por el contrario, en el terreno de las realidades comunitarias, subrayar que las disposiciones sobre el DE y la LS reflejan una problemática intensa y diversificada, en particular en la legislación sobre los regímenes profesionales con título universitario. Dicho de otra manera: la adaptación acometida por el Derecho español en este ámbito de las actividades económicas no asalariadas ha acabado por ser errática y algo confusa. En menor medida, las disposiciones sobre los movimientos de capital, por lo que se refiere especialmente al blanqueo de capitales, sigue sin estar bien definida y su rumbo futuro parece incierto en algunos aspectos muy importantes relativos a los flujos de capital globalizados.

Referencias bibliográficas

[1] ADRIÁN, A. (1991). «El sistema general de reconocimiento de títulos universitarios que sancionan formaciones profesionales». En: *Libre circulación de profesionales liberales en la CEE*. Centro de Documentación Europea de la Universidad de Valladolid. Valladolid. Lex Nova.

[2] ADRIÁN, A. (1995). «La Constitución económica española y el Derecho internacional privado comunitario».

En: *XVI Jornadas de Estudio sobre La Constitución española en el Ordenamiento Comunitario Europeo*. Vol. 1. Ministerio de Justicia e Interior. Madrid.

[3] ADRIÁN, A. (1996). «Nuevas perspectivas legales en el derecho de establecimiento de abogados en la Comunidad Europea». *Noticias de la Unión Europea*, 1996, nº 143.

[4] ADRIÁN, A. (2013). «Libre circulación de personas, servicios y capitales». En: *Políticas Comunitarias: Bases Jurídicas*. Coord. CALONGE y MARTÍN. Valencia. Tirant lo Blanch.

[5] ADRIÁN, A. (2013). «Política comercial común». En: *Políticas comunitarias: bases jurídicas*. Coord. A. CALONGE y R. MARTÍN. Valencia. Tirant lo Blanch.

[6] ADRIÁN, A. (2016). «El Derecho internacional privado de la economía globalizada en el terreno de las realidades». *Revista Pensamiento Jurídico*, vol. 9, nº 1.

[7] ADRIÁN, A. y FONSECA, F. (1998). *El Mercado Interior: Aspectos Jurídicos*. Valladolid. Lex Nova.

[8] ADRIÁN, A. y SACRISTÁN, M. (2004). «Los fundamentos de la Comunidad Europea: las libertades de circulación». En: *La Unión Europea: guiones para su enseñanza*. Granada. Editorial Comares.

[9] AZOFRA, V. (1990). *El sistema de la Directiva 88/361/CEE y los instrumentos para la libre circulación de capitales. Libre circulación de capitales en la CEE*. Centro de Documentación Europea de la Universidad de Valladolid. Valladolid. Lex Nova.

[10] COMISIÓN EUROPEA (2010). *Reafirmación de la libre circulación de trabajadores: derechos y avances importantes*. COM (2010) 373. Bruselas, 13.7.2010.

[11] COMISIÓN EUROPEA (2015). *Comercio para todos. Hacia una política de comercio e inversión más responsable*. COM (2015) 497. Bruselas, 14.10.2015.

[12] COMISIÓN EUROPEA (2015). *Mejorar el mercado único: más oportunidades para los ciudadanos y las empresas*. COM (2015) 550. Bruselas, 28.10.2015.

[13] COMISIÓN EUROPEA (2015). *Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa*. COM (2015) 192. Bruselas, 6.5.2015.

[14] COMISIÓN EUROPEA (2015). *Plan de Acción para la Unión de los Mercados de Capitales*. COM (2015) 468. Bruselas, 30.9.2015.

[15] COMISIÓN EUROPEA (2017). *El paquete sobre mercancías: reforzar la confianza en el mercado único*. COM (2017) 787. Bruselas, 19.12.2017.

[16] COMISIÓN EUROPEA (2017). *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al reconocimiento mutuo de mercancías comercializadas legalmente en otro Estado miembro*. COM (2017) 796. Bruselas, 19.12.2017.

[17] COMISIÓN EUROPEA (2017). *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que establece normas y procedimientos para el cumplimiento y la garantía de cumplimiento de la legislación de armonización de la UE sobre productos*. COM (2017) 795. Bruselas, 19.12.2017.

[18] COMISIÓN EUROPEA (2017). *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo relativa a unas condiciones laborales y previsibles en la UE*. COM (2017). Bruselas, 21.12.2017.

[19] COMISIÓN EUROPEA (2017). *Propuesta de proclamación interinstitucional sobre el pilar europeo de derechos sociales*. COM (2017) 251. Bruselas, 26.4.2017.

[20] COMISIÓN EUROPEA (2017). *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea la Autoridad Laboral Europea*. COM (2018) 131.

[21] COMISIÓN EUROPEA (2017). *Es el momento de dar un impulso definitivo a la plena realización de la Unión de los Mercados de Capitales en 2019*. COM (2018) 114. Bruselas, 8.3.2018.

[22] MARTINEZ LAGE, S. (1993). «La contribución de la jurisprudencia a la realización de la libre circulación de mercancías: la eliminación de las medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas». En: *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*. Dir. por G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS y D. LIÑÁN NOGUERA. Madrid. Civitas.

[23] VICENTE BLANCO, D.F.J. (2017). «Derechos humanos y mercado en la Unión Europea. ¿Las contradicciones de un modelo de integración regional con institucionalidad pública?». En: *Retos para la acción exterior de la Unión Europea*. Coord. C. MARTÍNEZ CAPDEVILA y E. J. MARTÍNEZ. Tirant lo Blanch. Valencia.