

FELIPE CHIARELLO DE SOUZA PINTO  
DANIEL FRANCISCO NAGAO MENEZES  
ERNANI DE PAULA CONTIPELLI  
(ORGANIZADORES)

# CONCEPÇÕES DOS DIREITOS ECONÔMICOS E FUNDAMENTAIS

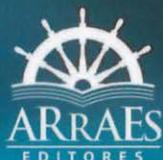
## AUTORES

ÁLVARO BUFARAH JÚNIOR  
ANTÔNIO SÉRGIO ROCHA  
DANIEL FRANCISCO NAGAO MENEZES  
ERNANI DE PAULA CONTIPELLI  
ESTEBAN SZMULEWICZ RAMÍREZ

GERSON LEITE DE MORAES  
FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA  
JOSÉ TUDELA ARANDA  
WALTER F. CARNOTA



Mack  
Pesquisa



**CONCEPÇÕES DOS DIREITOS  
ECONÔMICOS E FUNDAMENTAIS**

FELIPE CHIARELLO DE SOUZA PINTO  
DANIEL FRANCISCO NAGAO MENEZES  
ERNANI DE PAULA CONTIPELLI  
(ORGANIZADORES)

# CONCEPÇÕES DOS DIREITOS ECONÔMICOS E FUNDAMENTAIS



Belo Horizonte  
2016

## CONSELHO EDITORIAL

Álvaro Ricardo de Souza Cruz	Jean Carlos Fernandes
André Cordeiro Leal	Jorge Bacelar Gouveia - Portugal
André Lipp Pinto Basto Lupi	Jorge M. Lasmar
Antônio Márcio da Cunha Guimarães	Jose Antonio Moreno Molina - Espanha
Bernardo G. B. Nogueira	José Luiz Quadros de Magalhães
Carlos Augusto Canedo G. da Silva	Kiwonghi Bizawu
Carlos Bruno Ferreira da Silva	Leandro Eustáquio de Matos Monteiro
Carlos Henrique Soares	Luciano Stoller de Faria
Claudia Rosane Roesler	Luiz Manoel Gomes Júnior
Clémerson Merlin Clève	Luiz Moreira
David França Ribeiro de Carvalho	Márcio Luis de Oliveira
Dhenis Cruz Madeira	Maria de Fátima Freire Sá
Dircêo Torrecillas Ramos	Mário Lúcio Quintão Soares
Emerson Garcia	Martônio Mont'Alverne Barreto Lima
Felipe Chiarello de Souza Pinto	Nelson Rosenvald
Florisbal de Souza Del'Olmo	Renato Caram
Frederico Barbosa Gomes	Roberto Correia da Silva Gomes Caldas
Gilberto Bercovici	Rodolfo Viana Pereira
Gregório Assagra de Almeida	Rodrigo Almeida Magalhães
Gustavo Corgosinho	Rogério Filippetto de Oliveira
Gustavo Silveira Siqueira	Rubens Beçak
Jamile Bergamaschine Mata Diz	Vladmir Oliveira da Silveira
Janaína Rigo Santin	Wagner Menezes
	William Eduardo Freire

---

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos reprográficos, sem autorização expressa da editora.

Impresso no Brasil | Printed in Brazil

Arraes Editores Ltda., 2016.

**Coordenação Editorial:** Fabiana Carvalho  
**Produção Editorial e Capa:** Danilo Jorge da Silva  
**Revisão:** Responsabilidade do Autor

---

341.378    Concepções dos direitos econômicos e fundamentais / Felipe Chiarello  
C744      de Souza Pinto, Daniel Francisco Nagao Menezes, Ermani de Paula  
2016      Contipelli (Orgs.). Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.  
p.152

ISBN: 978-85-8238-247-9

1. Direitos econômicos. 2. Direitos fundamentais. I. Pinto, Felipe Chiarello de Souza (Org.).  
II. Menezes, Daniel Francisco Nagao (Org.). III. Contipelli, Ermani de Paulo (Org.). IV. Título.

CDDir - 341.378  
CDD(23.ed.) - 341.4

Elaborada por: Fátima Falci  
CRB/6-700

---

**MATRIZ**  
Rua do Ouro, 136, Sala 406 - Bairro Serra  
Belo Horizonte/MG - CEP 30220-000  
Tel: (31) 3031-2330

**FILIAL**  
Rua Senador Feijó, 154/cj 64 - Bairro Sé  
São Paulo/SP - CEP 01006-000  
Tel: (11) 3105-6370

[www.arraeseditores.com.br](http://www.arraeseditores.com.br)  
[arraes@arraeseditores.com.br](mailto:arraes@arraeseditores.com.br)

Belo Horizonte  
2016

## SUMÁRIO

CAPÍTULO 1 CONVERGÊNCIA MUDIÁTICA E LIBERDADE DE EXPRESSÃO: DISCUSSÕES INICIAIS SOBRE O CONTEXTO COMUNICACIONAL CONTEMPORÂNEO <i>Álvaro Bufarah Júnior</i> .....	1
CAPÍTULO 2 LEMBRAI-VOS DE 67 TENSÕES E DISPUTAS NA FORMAÇÃO DE UM CONSTITUCIONALISMO AUTORITÁRIO <i>Antônio Sérgio Rocha</i> .....	16
CAPÍTULO 3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, PODER E SOLIDARIEDADE <i>Daniel Francisco Nagao Menezes</i> .....	30
CAPÍTULO 4 INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA DEL DERECHO <i>Ernani Contipelli</i> .....	37
CAPÍTULO 5 IGUALDAD POLÍTICA: IMPORTANCIA Y PROPUESTAS INSTITUCIONALES <i>Esteban Szmulewicz Ramírez</i> .....	55
CAPÍTULO 6 RELAÇÃO INDIVÍDUO, SOCIEDADE E GLOBALIZAÇÃO <i>Gerson Leite de Moraes</i> .....	66
CAPÍTULO 7 LIBERTADES Y DERECHOS ECONÓMICOS <i>Francisco Javier Matia Portilla</i> .....	76

CAPÍTULO 8

LOS DERECHOS Y LIBERTADES EN LOS ESTATUTOS  
DE AUTONOMÍA

*José Tudela Aranda* ..... 97

CAPÍTULO 9

VISION DE CONJUNTO DEL FEDERALISMO ARGENTINO:  
HISTORIA Y BALANCE

*Walter F. Carnota* ..... 143

# CAPÍTULO 7

## LIBERTADES Y DERECHOS ECONÓMICOS

Francisco Javier Matia Portilla<sup>1</sup>

### 1.- INTENCIONES

El tema que se somete a nuestra consideración es “Libertades y derechos económicos”. Se trata de una temática abierta, cuya aproximación se puede producir de diversas formas<sup>2</sup>. Se podría analizar, por ejemplo, el ejercicio de libertades públicas al servicio de los derechos económicos, examinando, así, la vinculación de la libertad de empresa con el derecho de propiedad privada. Se podría optar por un enfoque distinto, que examinara si las libertades pueden comprometer los derechos económicos, centrando entonces nuestra mirada, por ejemplo, en el impacto del derecho de huelga en la libertad de empresa y en la propiedad.

Sin embargo, hemos optado por un enfoque diferente, y que se concreta en un triple análisis. En primer lugar, para tratar de profundizar en las relaciones entre libertades (en general, derechos fundamentales) y los derechos (fundamentales) económicos, y para eso será preciso recordar algunos datos históricos<sup>3</sup>. Explicaremos después, en segundo lugar, cómo la relación de los derechos económicos con el modelo estatal difiere no solamente en el tiempo, sino también en el espacio, examinando el mundo anglosajón y el modelo continental europeo. Y dedicaremos el último apartado de este escrito a examinar algunos de los problemas que afectan a la, en ocasiones, tensa relación entre los derechos económicos y el modelo de Estado.

<sup>1</sup> Profesor (ApC) de Derecho Constitucional. Universidad de Valladolid. javierfacultad@gmail.com

<sup>2</sup> Se excluye, de entrada, aquella que puede conectar la expresión derechos económicos con la de los derechos propios del Estado social, por ser ajena a las materias que se abordan en el presente Seminario. Sin embargo, dicho entendimiento de los derechos económicos también se ha producido, tanto en la doctrina española [ver, por todos, Puy Muñoz, Francisco de Paula: “¿Qué son los derechos económicos?”. En *Anuario de la Facultad de Derecho* 6 (1988), pp. 561 ss., con apoyo en el tenor literal empleado en el artículo 42 CE, p. 563] como brasileña (ver Wunder Hachem, Daniel: *Derechos fundamentales económicos y sociales y la responsabilidad del Estado por omisión*. Estudios Constitucionales 2014/1, pp. 285 ss.). Esta visión, muy extendida de los derechos económicos, tiene su origen en el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en su resolución 2200 (XXI) de 16 de diciembre de 1966.

<sup>3</sup> Aunque centraremos nuestra mirada en el Estado liberal y en el Estado social y democrático de Derecho, no puede eludirse la importancia de la Revolución inglesa del Siglo XVII, en la que ya se vinculan las libertades económicas con la idea de Constitución. Así, por ejemplo, Coke defiende, con apoyo en la Carta Magna de 1215, el derecho de todo hombre a no ser privado de su propiedad sin su consentimiento expresado a través de una ley del Parlamento. Dato extraído de García Vitoria, Ignacio: *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008, p. 22.

## 2.- LOS DERECHOS ECONÓMICOS

### 2.1.- Una aproximación a la categoría derechos económicos

partamos de una hipótesis: los derechos económicos son, también, sin ningún género de dudas, derechos fundamentales. Tampoco admite discusión que el derecho a la propiedad privada es el derecho principal de los reconocidos en el Estado liberal.

Podemos apoyarnos, para sostener esta afirmación, en la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789<sup>4</sup>. Conviene recordar que de los derechos allí recogidos (libertad, seguridad, resistencia ante la opresión, igualdad formal, presunción de inocencia, libertades ideológica y de expresión e información) solamente uno se define como “sagrado e inviolable”<sup>5</sup>: es la propiedad privada.

Es lógico que así sea porque, desde el primer momento, se asocia en Francia que el derecho a la propiedad es el motor de cambio que modificará la estructura social imperante en el Estado absoluto. Un modelo social marcado por la existencia de clases sociales cerradas, e ilustrado en la Filosofía por el determinismo medieval. Si uno deja de defender que el Rey lo es por voluntad divina, o que uno puede moverse en la escala social, dichas transformaciones dependerán, en un sistema liberal, de su capacidad para generar y detentar dinero. Esta concepción explica algunas otras nociones que caracterizan al Estado liberal y que conviene, al menos, recordar: en el plano filosófico, el individualismo y el liberalismo<sup>6</sup>; y, en el plano económico, el capitalismo.

Al abrigo del renacimiento en el arte y de la Ilustración en la filosofía, que no son otra cosa que el redescubrimiento del hombre y su situación en el centro del mundo y, del que es dueño y puede modificarlo con su actuación, se deriva la relevancia que se va a conferir al derecho de propiedad privada en el Estado liberal.

<sup>4</sup> La Declaración y el proceso revolucionario francés han merecido una profunda atención doctrinal en multitud de países. En España siguen siendo ineludible la lectura de García de Enterría, Eduardo: *La lengua de los derechos: la formación del Derecho Público europeo tras la revolución francesa*. Alianza, Madrid, 1999. Es oportuno recordar que la Declaración es hoy derecho vigente en Francia, porque a ella se remite el preámbulo de la Constitución de 1958 (“El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos humanos y a los principios de la soberanía nacional tal y como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946...”). La primera Decisión del Consejo Constitucional en la que se cita es la 73-51 DC, de 27 de diciembre (disponible en [www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1973/7351dc.htm](http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1973/7351dc.htm)).

<sup>5</sup> Artículo 17. Es conocida la influencia del norteamericano Jefferson en la confección de la citada Declaración, sin bien discrepaba de que los franceses lo incluyeran entre los “derechos naturales e imprescriptibles del hombre”, al entender que estamos en presencia de un derecho inexistente en el estado de la naturaleza y que solamente puede ser reconocido por la sociedad. Considera, en efecto, que “así como la sociedad transforma la independencia natural en libertad, del mismo modo el hombre posee un derecho natural a entrar en sociedad para empezar a ser propietario” [Tropér, Michel: “Jefferson y la interpretación de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789”. *Derechos y libertades* 5 (2000), pp. 557-558]. En la conformación filosófica del derecho de propiedad también resulta esencial Locke (*Ensayo sobre el Gobierno civil*. 3ª ed. Porrúa, México, 2003), como hace notar Ignacio García Vitoria (en *La libertad...*, cit., pp. 22-23), con un contundente apoyo bibliográfico al que nos remitimos sin más trámite.

<sup>6</sup> Sobre el liberalismo filosófico destacan los trabajos de John Locke (en especial, *Ensayo sobre...*, cit., y *Segundo Tratado sobre el Gobierno civil*. Tecnos, Madrid, 2010) y en el plano económico Adam Smith (*La riqueza de las naciones*. Alianza Editorial, Madrid, 2011).

Para comprender esta importancia puede ser conveniente también aludir brevemente al estudio “*The right to privacy*”, de Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis. Este artículo, publicado en la *Harvard law Review* en 1890<sup>7</sup>, sigue siendo cada año el trabajo doctrinal más citado en Estados Unidos. A nosotros nos interesa ahora porque la tesis que los autores defienden de que las personas tienen un derecho a la intimidad<sup>8</sup> parte de la premisa de que éste es una extensión de su derecho a la propiedad. En efecto, si uno tiene un derecho al respeto de la propiedad de sus bienes, también lo tiene sobre su propia imagen, y eso limita la libertad de los periodistas para fotografiarla.

Podemos concluir, pues, de lo señalado hasta ahora que la propiedad era un derecho especialmente valorado en el Estado liberal y que su relevancia dogmática fue útil para el despegue de otros derechos fundamentales, que, con el paso del tiempo, encontrarían otros asideros en distintos bienes jurídicos (intimidad, vida privada, etc.).

Hasta ahora nos hemos centrado en el derecho a la propiedad privada. Aunque este derecho presente una indudable importancia por su reconocimiento temprano y por su importancia en la historia y en la filosofía no es el único derecho que puede definirse como económico. Podrían citarse además y cuando menos, los derechos a la herencia y la libertad de empresa. Sería posible incluir también el derecho al trabajo y, en particular, el derecho a elegir una profesión u oficio, así como el derecho a impulsar fundaciones<sup>9</sup>, pero nos parece que incluir estas perspectivas haría imposible examinar con detalle todas las nuevas cuestiones que pudieran plantearse. Por ejemplo, y únicamente en relación con la libre elección de profesión u oficio sería necesario determinar los requisitos exigibles para el ejercicio de determinadas profesiones, el papel de los Colegios Profesionales o el cumplimiento de las normas deontológicas, entre otros muchos aspectos.

Por eso nos limitaremos a realizar un sumario examen de los derechos a la propiedad privada, a la herencia y a la libertad de empresa, por parecernos que son los que, a lo largo de la evolución del Estado liberal, han experimentado más transformaciones y presentan hoy mayor interés.

## 2.2.- El derecho a la propiedad privada (y a la herencia)

en líneas anteriores se ha indicado que el derecho a la propiedad privada, que no es otra cosa que “el derecho a gozar y disponer de una cosa, sin más

<sup>7</sup> Disponible en [http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy\\_brand\\_warr2.html](http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html). Existe una versión en castellano: *El derecho a la intimidad*. Civitas. Madrid, 1995, que cuenta con un estudio preliminar de Benigno Pendás.

<sup>8</sup> Optamos por emplear por este término porque, aunque desde un punto de vista literal puede ser más cercano a la *privacy* (dado que no existe en nuestra lengua el vocablo privacidad) el de la vida privada, nos parece que la obra reseñada se refiere a lo que nosotros denominamos intimidad. El Juez Cooley aludió al derecho a ser dejado sólo (*the right to be let alone*) (Cooley, Thomas M: *The elements of torts*. Brennan. Chicago, 1895), aunque en nuestra doctrina se ha utilizado la expresión del derecho a ser dejado en paz, que también ha tenido bastante éxito. Ver, por ejemplo, Ferrero-Tejedor, Fernando: *Honor, intimidad y propia imagen*. Madrid, 1990, p. 78, y Urabayen, Miguel: *Vida privada e Información. Un conflicto permanente*. Pamplona, 1977, pp. 13-14.

<sup>9</sup> Y es que “el derecho de fundación (art. 34 CE), refuerza uno de sus rasgos identificativos que es el de ser una manifestación de la autonomía de la voluntad del sujeto respecto del destino de sus bienes, a través de la constitución de un especial tipo de persona jurídica que garantice el cumplimiento de los fines deseados (STC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 5)” (STC 98/2013/3, de 23 de abril).

limitaciones que las establecidas en las leyes”<sup>10</sup>, fue considerado sagrado e inviolable en el Estado liberal.

Antes de matizar esta frase conviene señalar ya que el derecho a la herencia no es otra cosa que ese mismo derecho cuando media una *mortis causa*. Por eso se ha optado por escribir el título en singular, porque ambos derechos son uno en realidad, y mientras que el Derecho nos permite disponer de nuestros bienes durante nuestra vida, también se puede disponer de ellos ante nuestra muerte.

Pues bien, resulta tópico (y erróneo) afirmar que ese derecho a la propiedad privada, absoluto, sagrado e inviolable en el Estado liberal, se ha visto debilitado por el Estado social y democrático de Derecho. No es cierto, sino que estamos en presencia de un derecho que siempre ha sido débil y devaluado. Es ésta una debilidad ontológica y que ya se expresa con nitidez en esa misma Declaración donde se definía como derecho sagrado e inviolable, puesto que se afirma que “nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y con la condición de haya una justa y previa indemnización”.

Esto supone que la expropiación es un instituto jurídico tan antiguo como el de la propiedad privada, y que la propiedad, como cualquier otro derecho fundamental puede verse sometido a lícitas restricciones. Lo relevante, sin embargo, es que el derecho a la propiedad está condicionada por “la necesidad pública legalmente comprobada”, en términos de la citada Declaración, o por la “función social” de este derecho que delimitará su contenido “de acuerdo con las leyes” (artículo 33.2 CE<sup>11</sup>).

Y eso explica por qué la propiedad ha sido clásicamente considerando un derecho débil o devaluado<sup>12</sup>. En primer lugar, y desde una perspectiva general, porque, como no puede ser de otra forma, “Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general”<sup>13</sup>. En segundo lugar, porque también está vinculada, como ya hemos visto, a su función social. Y en tercer lugar porque es el legislador democrático el encargado de moldear este derecho fundamental para que atienda a esta doble finalidad.

Estos datos explican que en el régimen jurídico de la propiedad haya un intenso intervencionismo estatal, que ya no opera como una causa de limitación (externa) del derecho fundamental, sino que, realidad, delimita, desde el interior, su contenido y alcance. En palabras de nuestro más alto Tribunal, “la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las Leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho

<sup>10</sup> Artículo 348 CC español. El artículo 1228 del CC brasileño dispone, en sentido muy cercano, que “El propietario tiene el derecho de uso, goce y disfrute de la cosa y el derecho de reclamar a quién injustamente la posea o detente”.

<sup>11</sup> Ver, en el mismo sentido, el artículo 5.22 de la Constitución de Brasil, que también alude a la expropiación (por causa de necesidad o utilidad pública, o por interés social) que será regulada por Ley.

<sup>12</sup> Extremo criticado por López Quetglas, Francisca: “El derecho a la propiedad privada como derecho fundamental (breve reflexión)”. En *Anuario Jurídico y Económico Escurilense* 2006, pp. 335 ss., especialmente p. 359-361.

<sup>13</sup> Artículo 128.1 CE. Una fórmula similar se recoge en el artículo 44 de la Constitución de 1931.

a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir". Más específicamente hemos afirmado que, "por el contrario, la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos. De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae" (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2)<sup>14</sup>.

De esta forma, el Estado puede impedir el acceso a determinados tipos de bienes (armas), elaborar regulaciones específicas para la propiedad de otros (considerados estratégicos, por ejemplo obras de arte) e imponer límites que afecten a facultades inherentes del derecho de propiedad (como es la venta o cesión de los mismos)<sup>15</sup>. Esta limitación de libertad también existe, en nuestro país, con la transmisión *mortis causa*, en la que se impone que dos terceras partes de la herencia vayan a parar a manos de los descendientes directos del finado<sup>16</sup>.

Podemos decir, a modo de resumen, que estamos en presencia de "una extraordinaria diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diverso", "que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos" (bienes, derechos, etc.). Ahora bien, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada no solamente *uti singuli*, sino "en atención a valores o intereses de la comunidad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir". "Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes", y aquéllas son definidas por el legislador, que debe respetar el contenido esencial del derecho de propiedad<sup>17</sup>.

### 2.3.- La libertad de empresa

El artículo 38 CE reconoce "la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado". Es oportuno recordar que el reconocimiento constitucional expreso de la libertad de empresa es históricamente muy posterior al de la propiedad

<sup>14</sup> STC 152/2003/5, de 17 de julio.

<sup>15</sup> La STC 227/1998 de 29 de noviembre. Se pueden ver afectados, incluso, intereses legítimos de contenido patrimonial.

<sup>16</sup> Se prevén una legítima (una tercera parte de la herencia se debe distribuir, a partes iguales, entre los descendientes), una mejora (una tercera parte se debe distribuir entre los descendientes pero de la forma que se elija en el testamento) y una de libre disposición (en la restante tercera parte, que se puede transmitir a quien quiera) (artículo 808 CC).

<sup>17</sup> STC 204/2004/5, de 18 de noviembre.

privada, porque se entiende anteriormente que éste la engloba<sup>18</sup>. Curiosamente, el primer reconocimiento de este derecho se hace para los extranjeros en las Constituciones de 1869 y 1876<sup>19</sup>, y hay que esperar a la Constitución de 1931 donde se reconoce la libertad de industria y comercio<sup>20</sup>.

No vamos a examinar en profundidad este derecho fundamental, pero sí puede resultar útil realizar una consideración general sobre la libertad de empresa y explicar, brevemente, algunas categorías que se vinculan con esta libertad.

La consideración general es que la libertad de empresa, como ocurría con la el derecho a la propiedad privada, se somete al interés general (como toda la riqueza nacional) y que, además, “Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación” (artículo 38 CE). La Constitución vincula, pues, este derecho con “las exigencias de la economía general” y con la, eventual (“... en su caso...”) planificación<sup>21</sup>.

Esto supone, de un lado, que existe un amplio margen de actuación para el legislador en el ámbito de este derecho. En palabras de nuestro Tribunal Constitucional, “la libertad de empresa está obligada a convivir con las limitaciones o restricciones que legalmente se le impongan, por la incidencia que tiene el interés público en la actividad que realizan”<sup>22</sup>. O, dicho con otras palabras, este derecho se ve “limitado por la regulación que, de las distintas actividades empresariales en concreto, puedan establecer los poderes públicos, limitaciones que han de venir establecidas por la ley, respetando, en todo caso, el contenido esencial del derecho”<sup>23</sup>.

Estamos, pues, en presencia de un derecho en el que el legislador tiene mucho que decir. Como además nuestro modelo de Estado autonómico prevé la existencia de parlamentos regionales que cuentan con poderes legislativos, se comprenderá enseguida que las leyes que inciden en este ámbito sean tanto estatales (que fijan las normas básicas<sup>24</sup>) como autonómicas (legislación de desarrollo). También pueden incidir las autoridades locales en su actuación diaria.

<sup>18</sup> García Vitoria, Ignacio: *La libertad...*, cit., p. 56. De la propiedad se deriva tanto “el poder de disposición sobre el patrimonio como la libre iniciativa económica” (idem).

<sup>19</sup> Artículos 25 y 12, respectivamente (*ibidem*, pp. 56-57).

<sup>20</sup> Siguiendo la estela marcada por el artículo 151 de la Constitución de Weimar. Acaso pueda vincularse este reconocimiento expreso de la libertad económica con el surgimiento de modelos alternativos al liberalismo (Rubio Llorente) (*ibidem*, p. 79).

<sup>21</sup> Si bien es cierto que nuestra Constitución contempla la posibilidad de que exista una planificación estatal de la economía (artículos 128 y, especialmente, 131 CE), esa posibilidad es hoy irreal porque, como veremos en el último epígrafe del presente estudio, las bases de la economía y del modelo económico están determinadas en la actualidad por el Derecho de la Unión Europea.

<sup>22</sup> SSTC 109/2003/8 y 181/2014/2, de 6 de noviembre.

<sup>23</sup> STC 53/2014/7, de 10 de abril.

<sup>24</sup> Así, por ejemplo, “la Ley general de sanidad regula, junto a actividades sanitarias públicas, otras privadas, para cuyos establecimientos reconoce tanto la incidencia del interés público como la libertad de empresa a la que este interés puede sujetar a restricciones diversas. Los distintos modelos de organización que derivan de los distintos grados y formas que puede asumir la libertad de empresa en este ámbito inciden sobre el modo y forma en que los establecimientos privados sirven al interés público, de modo que cuando se trate de elementos estructurales de un determinado diseño de la empresa, estaremos indudablemente ante materia propia de las bases, siendo la transmisibilidad o no de las oficinas de farmacia uno de esos elementos estructurales” (STC 181/2014/2, de 6 de noviembre).

La libertad de empresa se explica, de otro lado, en el marco en algunas categorías que merece recordar brevemente. La primera es que la libertad de empresa tiene sentido en una economía de mercado<sup>25</sup>. La segunda es que para que su funcionamiento sea eficiente resulta esencial que se actúe bajo el principio de unidad de mercado<sup>26</sup>.

La economía de mercado viene, así, impuesta por nuestra Constitución, aunque sea compatible con ella un grado de planificación de la economía por parte del Estado. Cándido Paz-Ares Rodríguez y Jesús Alfaro Águila-Real recuerdan que para su existencia es preciso el reconocimiento de una serie de derechos económicos (previstos en los artículos 33 y 35 CE), la libertad contractual (que se vincula con el libre desarrollo de la personalidad recogido en el artículo 10 CE) y algunos derechos clásicos (libertad de expresión e información, derecho de asociación) y los derechos específicamente relacionados con eventuales actividades empresariales (libertad de enseñanza, ex art. 27 CE)<sup>27</sup>.

También nos interesa aludir, brevemente, a la unidad de mercado. Este principio se recoge en el artículo 139.2 CE: "Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español". Ahora bien, solamente serán censurables la medida que "persiga de forma intencionada la finalidad de obstaculizar la libre circulación o genere consecuencias objetivas que impliquen el surgimiento de obstáculos que no guarden relación y sean desproporcionados respecto del fin constitucionalmente lícito que pretenda la medida adoptada (SSTC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2, y 64/1990, de 5 de abril, FJ 5). De esta forma, será admisible desde la perspectiva del art. 139.2 CE la adopción de medidas económicas diversas para distintas partes del país siempre que las medidas divergentes resulten proporcionadas al objeto legítimo que se persigue, "de manera que las diferencias y peculiaridades en ellas previstas resulten adecuadas y justificadas por su fin y, por último, que quede en todo caso a salvo la igualdad básica de todos los españoles" (SSTC 88/1986, de 1 de julio, FJ 6, y 64/1990, de 5 de abril, FJ 5)" (STC 18/2011/15, de 3 de marzo).

En nuestro país, corresponde al Estado central fijar las "bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica" del art. 149.1.13 CE (en tal sentido, STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 68)" (STC 26/2012/6, de 1 de marzo). De ahí que haya sido tradicional comparar esta disposición con la cláusula de comercio, recogida en el artículo I, Sección Octava, apartado 1 de la Constitución de Estados Unidos, que dispone que el Congreso tendrá facultad "para reglamentar el comercio con las naciones extranjeras, entre los diferentes Estados y con las tribus indias". Como es sabido, el Tribunal Supremo se ha apoyado en esta disposición para interpretar de forma más

<sup>25</sup> Las SSTC 88/1986/4, de 1 de julio y 108/2014/5, de 26 de junio, vinculan la exigencia de la defensa de la competencia con la previsión constitucional referida a la economía de mercado, que, como se indica en la segunda resolución citada, constituye "un presupuesto y un límite necesario de la libertad de empresa".

<sup>26</sup> Conviene recordar que aunque la Constitución de 1812 no reconoce expresamente la libertad de empresa, sí que dispone que "no habrá aduanas sino en los puertos de mar y en las fronteras" (artículo 354).

<sup>27</sup> En "Artículo 38". En Casas Baamonde, María Emilia y Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, Miguel (dirs.); Borrajo Iniesta, Ignacio y Pérez Manzano, Mercedes (coords.): *Comentarios a la Constitución española (XXX aniversario)*. Fundación Wolters Kluwer. Toledo, 2009, pp. 980-981.

o menos extensiva<sup>28</sup> las facultades del Derecho de la Federación para incidir en los Estados federados<sup>29</sup>. Acredita la importancia que esta cláusula presenta en el Derecho norteamericano que la reciente reforma sanitaria haya sido discutida bajo su luz<sup>30</sup>.

Presentados los perfiles básicos de los derechos a la propiedad y a la libertad de empresa se puede concluir que ambos son consustanciales al liberalismo (y por tanto, también, al Estado constitucional). También se ha visto que estamos en presencia de derechos devaluados o débiles, expresión con la que quiere indicarse que el legislador tiene un gran margen de actuación a la hora de determinar el régimen jurídico de los diferentes tipos de propiedades y empresas.

Ahora queremos afirmar algo más, y que exige un nuevo desarrollo. Y es que estos derechos fundamentales son, como cualquier otro derecho, hijos de las específicas culturas existentes tanto en los distintos territorios como en los diferentes momentos históricos. Uno y otro son, como todo producto social, fruto de su tiempo y de sus circunstancias. Y este dato, como veremos a continuación, no presenta menor interés.

### 3.- LA DISTINTA EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS EN EL MUNDO ANGLOSAJÓN Y EUROPEO CONTINENTAL.

No merece la pena insistir nuevamente en la importancia del derecho a la propiedad privada en el Estado liberal. Se ha explicado ya su íntima conexión con el liberalismo en el plano filosófico, que tiene dos corolarios en la configuración del Estado liberal

El primero es la fe absoluta del Estado liberal<sup>31</sup> en el individualismo<sup>32</sup> (lo que pretende disolver todos los cuerpos sociales interpuestos entre el poder del Estado

<sup>28</sup> Mientras que en algunos momentos, el Tribunal Supremo ha respaldado la actuación federal [ver, por ejemplo, las Sentencias *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 9 Wheat. 1 1 (1824), en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/22/1/case.html> o *C NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.* 301 U.S. 1 (1937), en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/301/1/case.html>], en otros momentos ha interpretado restrictivamente la cláusula de comercio [ver, por ejemplo, las Sentencias *United States v. E. C. Knight Co.* 156 U.S. 1 (1895), en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/156/1/case.html> o *United States v. Lopez* 514 U.S. 549 (1995), en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/514/549/case.html>]. Sobre la cláusula de comercio la doctrina es abundantísima. Para una aproximación resulta de interés Barnett, Randy E: "The Original Meaning of the Commerce Clause". *Chicago Law Review* 68 (2001), p. 101 ss.

<sup>29</sup> Junto a esta vertiente positiva, la cláusula de comercio impide a los Estados adoptar medidas que restrinjan ilícitamente el principio de unidad de mercado. Estamos ante la *domant commerce clause*, que también ha sido tratada abundantemente en la doctrina. Ver, a mero título de ejemplo, Redish, Martin H. y Nugeni, Shane V.: "The dormant commerce clause and the constitutional balance of federalism". *Duke Law Journal* 1987/4, pp. 569 ss.

<sup>30</sup> Aludimos al Voto Particular suscrito por el Juez Scalia en relación con la reciente Sentencia *King v. Burwell* 576 (US) 2015, en la que se afirma la constitucionalidad de la reforma sanitaria de Obama. Dicho Juez estima (en [http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-114\\_gol1.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-114_gol1.pdf), p. 20) que esta medida debería haberse declarado incompatible con la cláusula de comercio, siguiendo la doctrina fijada en *Miller v. Alabama*, 567 (US) (2012). Ver, en el plano doctrinal, Boykin, Scott: "The Commerce Clause, American Democracy, and the Affordable Care Act". *The Georgetown Journal of Law & Public Policy* 2012/10, pp. 89 ss.

<sup>31</sup> Ver, en el plano doctrinal, por todos, Laski, H: *El liberalismo europeo*. México, 1969 y Vachet, A: *La ideología liberal*. Fundamentos. Madrid, 1972.

<sup>32</sup> Ver Devine, James: "The Positive Political Economy of Individualism and Collectivism: Hobbes, Locke, and Rousseau". *Politics & society* 2000/2, pp. 265 ss. y Macpherson, C.B: *La teoría política del individualismo posesivo: de Hobbes a Locke*. Trotta. Madrid, 2005.

y el individuo: los estamentos, los gremios, etc.). Es la apuesta por el hombre y su libertad, que se incardina en los derechos naturales y el pacto social. No podemos detenernos ahora en los muchos autores clásicos (Locke<sup>33</sup>, Rousseau<sup>34</sup>) que se valen de estas nociones para explicar su visión del mundo y del Estado. Lo relevante es que se suprimen los cuerpos intermedios entre Estado e individuo, y ello explica también una defensa de la igualdad formal, en la que cualquier persona merece un trato idéntico en relación con los poderes públicos, desapareciendo todos los privilegios. Es esa la imagen de la justicia ciega, que se aplica sin mirar sobre quién lo hace.

El segundo eje sobre el que se organiza el Estado liberal es el principio de abstencionismo estatal<sup>35</sup>. La sublimación de la libertad individual, que se expresa en el plano económico a través del derecho a la propiedad privada, debe suponer que el Estado no obstaculice la iniciativa privada, que se desarrolla en la sociedad civil. ¿Qué se espera entonces del Estado? Poca cosa, que aporte seguridad pública (en el interior y frente a ataques externos), las reglas jurídicas necesarias que garanticen la seguridad en el tráfico jurídico y las infraestructuras que faciliten el mercado.

Estas ideas entran en crisis con la revolución industrial y el surgimiento del movimiento obrero, que implantará el comunismo en Rusia. Conviene recordar<sup>36</sup> que el precedente del Estado social en el continente europeo se encuentra en la legislación surgida en Inglaterra y Alemania, sobre el trabajo infantil y/o femenino, la educación o la progresividad fiscal. Este nuevo modelo de Estado se caracteriza porque el Estado abandona su papel abstencionista, se quita esa máscara y mira una sociedad desigual con el fin de mitigar las diferencias existentes en su seno. Se abandona la vieja visión de la igualdad formal (o, más correctamente, se matiza y reinterpreta su alcance) para hacerla compatible con la búsqueda por parte del Estado de igualdad social entre las personas y los grupos en los que se inserta<sup>37</sup>. El Estado deja de mirar a la sociedad, para actuar en ella, tratando de transformarla<sup>38</sup>. Finalmente, el Estado social adquiere rango constitucional en Querétaro (1917) y en Weimar (1919), y encontrará un decidido respaldo doctrinal en los estudios jurídicos de Herman Heller<sup>39</sup>, Forsthoff y Abendroth<sup>40</sup> y económicos de Keynes<sup>41</sup>.

Pero es cierto que el avance del Estado social en la Europa continental es mucho más decidido que en los países de cultura anglosajona. Y esto a pesar de que

<sup>33</sup> *Ensayo sobre...*, cit., y *Segundo Tratado...*, cit.

<sup>34</sup> *El Contrato Social*. Istmo. Madrid, 2004.

<sup>35</sup> Ver, por todos, Blas Guerrero, Andrés de y Rubio Lara, María Josefa: *Teoría del Estado I: El Estado y sus instituciones*. UNED. Madrid, 2015.

<sup>36</sup> Las siguientes ideas se extraen de diversos pasajes de Carmona de Cuenca, Encarnación: *El Estado social de Derecho en la Constitución*. Consejo Económico y Social. Madrid, 2000, cuyas principales ideas fueron retomadas por el autor de estas líneas en "La caracterización jurídico-constitucional del Estado social de Derecho". *Revista Española de Derecho Constitucional* 60 (2000), pp. 343 ss.

<sup>37</sup> Fernández-Miranda y Campoamor: Alfonso: "El Estado social". *Revista Española de Derecho Constitucional* 69 (2003), especialmente pp. 163 ss.

<sup>38</sup> Véase Rodríguez de Santiago, José María: *La Administración del Estado social*. Marcial Pons. Madrid, 2007.

<sup>39</sup> En "Rechtsstaat oder Diktatur?" (1929), publicado ahora, bajo el título "¿Estado de Derecho o dictadura?", en *Escritos Políticos*. Alianza Editorial. Madrid, 1985.

<sup>40</sup> Abendroth, Wolfgang, Forsthoff, Ernst y Doehring, Karl: *El Estado social*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

<sup>41</sup> En *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*. Fondo de Cultura Económica. México, 2006.

existen avances sociales evidentes en Gran Bretaña y en Estados Unidos<sup>42</sup>, pero de una intensidad muy inferior a los producidos en el Continente europeo.

Es lógico que ello ocurra puesto que los derechos fundamentales presentan siempre, inevitablemente, un trasfondo cultural<sup>43</sup>. Sin pretender ahora profundizar ahora en esta afirmación, interesa recordar un dato evidente. Mientras que, por ejemplo, en Estados Unidos, el individualismo y la libertad ocupan un lugar muy privilegiado en su sistema de valores y en su historia (baste con recordar la ocupación del oeste), en el continente europeo impera la idea de que la libertad solamente se puede ejercer cuando algunas necesidades básicas están cubiertas. De ahí que en ese duelo libertad-igualdad se ponga especial énfasis en la protección de la igualdad<sup>44</sup>. Se trata de conjugar las concepciones formal y material de igualdad<sup>45</sup>. Un buen ejemplo que especifica este cambio es el principio de progresividad fiscal que vincula el porcentaje de impuesto a pagar sobre la renta de acuerdo con los emolumentos recibidos. Este mecanismo opera como redistribuidor cuando, como resulta lógico, los menos favorecidos económicamente ingresan menos impuestos directos y perciben ayudas y subsidios que no beneficiarán, lógicamente, a las clases más pudientes.

Todos estos datos inciden, de forma directa e indirecta, en los derechos económicos.

- a) De forma directa porque, como se acaba de ver, el Estado puede incidir en los patrimonios de los particulares (a través de impuestos directos progresivos sobre la renta, o de impuestos relacionados con la herencia o con la actividad empresarial).
- b) Pero esta nueva realidad también incide de forma indirecta en los derechos económicos. Por ejemplo, las normas que limitan el trabajo de menores, prevén la negociación colectiva o regulan el derecho de huelga tienen un impacto en los derechos económicos del empresario.

Resulta imprescindible aclarar que aunque estas normas se inscriben en el Estado social, no constituyen, en puridad, derechos sociales. Aunque en ocasiones se confunden ambas categorías, resulta adecuado deslindarlas. Deben ser

<sup>42</sup> Ritter, Gerhard A: "Los comienzos y el desarrollo del Estado social en Alemania, Europa y los Estados Unidos hasta la II Guerra Mundial". *Studia Historiaca. Historia Contemporánea* 1990/8, pp. 160 ss., en las que recuerda las *friendly societies* británicas, en las que se aseguraban muchos trabajadores a finales del Siglo XIX, que terminó por imponer el seguro obligatorio en 1911. También se hace referencia, cómo no, al *new deal* surgido en Estados Unidos tras la brutal crisis de 1929 y unas limitadas bases de seguridad social seis años después.

<sup>43</sup> Resulta preciso señalar que no es esta la única diferencia constitucional existente entre los modelos anglosajón y europeo. Es sabido, por ejemplo, que la importancia de un texto constitucional escrito es inexistente en el Reino Unido y menor en Estados Unidos, países en los que existe un profundo control social, mientras que en el Continente se privilegia la importancia del texto escrito y actualizado.

<sup>44</sup> Que el aumento de una de estas categorías implica la disminución de la otra ha sido extensamente analizado por Bobbio, Norberto: *Liberalismo y democracia*. 3ª ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

<sup>45</sup> Rey Martínez, Fernando: "De qué hablamos cuando hablamos de igualdad material?". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 45 (2011), p. 168. Resulta también de interés Simón Yarza, Fernando: "De la igualdad como límite a la igualdad como tarea del Estado. Evolución histórica de un principio". *Revista Española de Derecho Constitucional* 97 (2013).

considerados derechos sociales, en sentido estricto<sup>46</sup>, aquéllos en los que se espera una protección (subsidio, ayuda, etc.) o prestación (sanidad, educación) del Estado. Así, por ejemplo en nuestro país, es un derecho social la educación (artículo 27.1 CE), pero no el derecho de huelga. Éste, en su estructura interna, es un derecho civil o de libertad, en el que su único contenido es que los terceros (especialmente el empleador) respete el libre ejercicio del derecho.

A la vista de estos datos, resulta oportuno subrayar que el Estado social (más que los derechos sociales) impone una visión renovada del principio de igualdad, y que éste consiente una mayor incidencia de las normas estatales en la propiedad y los derechos económicos. Los controles, por ejemplo, medioambientales o sanitarios, restringen inevitablemente la libertad de empresa.

Esto no quiere decir, claro ésta, que las empresas no carezcan de limitaciones jurídicas en los Estados anglosajones. Pero estas se vinculan, principalmente, con la propia protección de la economía de mercado, y han generado un nuevo sector jurídico, relacionado con el Derecho de la competencia<sup>47</sup>. Un sector que los Estados Unidos han tratado de exportar fuera de sus fronteras, como acredita el impulso político dado a la Ley contra las restricciones de la competencia, aprobada en Alemania en 1958, o su influencia en la redacción de los preceptos del Tratado de Roma que prohíben las prácticas colusorias y los abusos de posición dominante que alteren el libre funcionamiento del mercado<sup>48</sup>. A este listado deberíamos añadir la negociación del Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea, al que aludiremos al finalizar el presente trabajo.

Se pone de manifiesto, así, que el alcance actual de los derechos económicos es más profundo en los Estados anglosajones que en el continente europeo. No es que la propiedad no siga siendo entre nosotros un derecho fundamental, que lo es, es que su ejercicio debe atender a una serie de intereses generales (en ocasiones, difusos, como es el medio ambiente) que limitan su alcance.

Esta limitación se produce, en primer lugar, a través de la ley, que delimita los derechos fundamentales en general y los derechos económicos en particular. Pero también a través de un comportamiento intervencionista del Estado, que administra y supervisa aquéllas políticas relacionadas con el Estado social.

<sup>46</sup> Matia Portilla, Francisco Javier: "Droits sociaux et droits fondamentaux". En Bon, Pierre (dir.): *Trente ans d'application de la Constitution espagnole*. Dalloz. París, 2009, p. 45-46.

<sup>47</sup> En Estados Unidos todo viene provocado por la unión o acuerdos de grandes empresas que, valiéndose de prácticas monopolísticas, fijan precios comunes para el todo el territorio sobre sectores estratégicos (petróleo, 1882; aceite de algodón, 1884; azúcar, whisky, carne, confecciones, gas, etc., 1887). Estas prácticas fueron combatidas a través de la Ley *Sherman* en 1890 [Miranda Londoño, Alfonso: "Origen y evolución del Derecho de la Competencia en Colombia". *Revista de Derecho de la Competencia* 6 (2011), pp. 65 ss.]. Sin embargo, esta legislación se había visto precedida por trece de los Estados federados [Alcaide Guindo, Cristina: "La evolución de la política de defensa de la competencia". *Información Comercial Española* 826 (2005), p. 246 in fine]. Sobre la evolución del derecho de la competencia en Estados Unidos es especialmente útil Peritz, Rudolph J.R.: *Competition Policy in America, 1888-1992: History, Rhetoric, Law*. Oxford University Press. Oxford, 1996. Huelga decir que esta preocupación también existió en otros Estados, como acredita el Código Penal francés de 1810 o la ley canadiense de 1889 [Alcaide Guindo, Cristina: "La evolución...", *cit.*, p. 246 in fine].

<sup>48</sup> Alcaide Guindo, Cristina: "La evolución...", *cit.*, p. 247. Ver, en el Derecho español, la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Conviene también advertir que, lógicamente, el alcance y extensión del Estado social es distinto en cada uno de los Estados europeos<sup>49</sup>. Por ejemplo, nunca ha alcanzado éste en nuestro país (cuyo indudable baluarte es la sanidad) la importancia que el Estado social ha tenido en algunos países del norte de Europa, como es Suecia, en el que hay un constante respaldo económico a sus ciudadanos<sup>50</sup>.

Casi tan antiguo como el debate del Estado social en Europa es la discusión sobre su crisis. Podría entenderse que ahora, en el marco de la actual crisis que está sufriendo Europa, especialmente visible en algunos Estados entre los que se incluye el español, se abriera un debate sobre la necesaria reformulación del Estado social, pero basta con dar un vistazo a la bibliografía nacional para ver que la crisis del Estado social es un clásico. Es un mantra que se comienza a tratar en los años 80 del siglo pasado<sup>51</sup>, pero se mantiene de forma intermitente en nuestra doctrina<sup>52</sup>. Este debate ha sido lógicamente reabierto al albur de la reciente crisis económica<sup>53</sup>. No vamos a entrar ahora en él, porque nuestro interés es abordar, en el último epígrafe de este trabajo, algunos de los retos actuales a los que se ven sometidos los derechos económicos. Mientras que algunos de ellos no precisan de mayor justificación, otros abren puertas novedosas en las que poco más podemos hacer que tratar de exponerlos de forma sintética y ordenada.

#### 4.- LOS DERECHOS ECONÓMICOS EN UN CONTEXTO COMPLEJO

Se ha dicho en líneas anteriores que los derechos económicos (en especial, la propiedad -en sentido amplio- y la libertad de empresa) son derechos débiles o, si se prefiere, especialmente dúctiles, en la medida en que el legislador democrático<sup>54</sup> tiene un amplio margen de decisión en su delimitación y concreción.

Siendo esto cierto desde una perspectiva formal, resulta evidente que las cosas no son tan claras si se examinan con un enfoque material. Desde estos parámetros, resulta evidente que los derechos económicos disfrutaban de una muy buena salud

<sup>49</sup> Alemán Bracho, Carmen y Ramos Lorente M<sup>a</sup> del Mar: "Política social y bienestar social: Modelos comparados y situación en España". En Alemán Bracho, Carmen y Fernández García, Tomás (coords.): *Política Social y Estado de Bienestar*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006, pp. 181 ss.

<sup>50</sup> Sánchez de Dios, Manuel: "El modelo sueco del Estado de bienestar". *Revista de Estudios Políticos* 79 (1993), pp. 283 ss.

<sup>51</sup> Velasco Arroyo, Juan Carlos: "Los derechos sociales y la crisis del Estado de bienestar". *Anuario de la Facultad de Derecho* 7 (1989), p. 413. Mientras que unos abogaban por su supresión, otros defienden su necesaria reestructuración (Giddens, Anthony: *La tercera vía*. Taurus. Madrid, 1999).

<sup>52</sup> Ver por ejemplo los trabajos de Vander Dijs, Miguel: "Las Tendencias del Intervencionismo Estatal. ¿De regreso al Estado Liberal?". *Cuadernos del Cendes* 13-14 (1990), pp. 60 ss. y el publicado, diez años después, por Parejo Alfonso, Luciano: "El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y los servicios públicos". *Revista de Administración Pública* 153 (2000), pp. 217 ss.

<sup>53</sup> Ver, por todos, Fernández-García, Tomás: "El Estado del bienestar frente a la crisis política, económica y social". *Portularia* XII (2012), pp. 3 ss. y Pisarello, Gerardo: *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Trotta. Madrid, 2007.

<sup>54</sup> No nos ocuparemos aquí de las tensiones existentes entre gobiernos no democráticos que pretenden imponer sus postulados acabando con el derecho de propiedad de los medios editoriales críticos con su gestión o restringiendo de tal forma su ejercicio que les impide cumplir con su relevante papel constitucional. Ver, en este sentido, Páez, Thomas: "Libertad de expresión, democracia y propiedad". *Derecom* 12 (2013), pp. 33 ss., de especial interés para reflexionar sobre la deriva del Presidente venezolano.

en el plano fiscal, pero que su régimen jurídico plantea problemas en nuestro país. También aludiremos al reto derivado de la globalización económica.

#### 4.1.- El tratamiento fiscal de la propiedad y de las empresas

Esto es especialmente visible en lo que atañe al derecho de propiedad. Nuestra Constitución prevé que “Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad...”. Dicha progresividad se aprecia, claramente, en el impuesto sobre la renta, que es el que grava los ingresos habidos cada año. Ahora bien, el peso de los impuestos directos en los ingresos del Estado no es decisivo. La principal partida son las cotizaciones sociales (que superan la media de la UE en 2012 en seis puntos), 36,8% de los ingresos impositivos<sup>55</sup>. Le siguen los impuestos indirectos (6 puntos inferior a la media europea), 32,9% del total. Los impuestos directos aportan solamente el 30% y es harto probable que dicha incidencia disminuya en el futuro porque es superior a la media UE en 2012.

Son por otra parte constantes las voces que solicitan optar por *linealizar* los impuestos, estableciendo un gravamen único para ellos, y estableciendo mecanismos correctores (a través, por ejemplo, de un sistema renovado de deducciones). En todo caso, no resulta necesario profundizar en el análisis de estas propuestas<sup>56</sup> porque ni en nuestro país ni en los de nuestro entorno las grandes fortunas tributan grandes cantidades por los beneficios que originan. Y es que actúan a través de Sociedades de Inversión de Capital Variable (SICAV), que tributan al tipo nominal del 1%. No resulta de extrañar que la recaudación de sus impuestos sea testimonial (23 millones de euros en 2012 y 2013, que tienen su origen en unos beneficios de 3.752 millones de euros<sup>57</sup>). Aunque se han formulado propuestas en nuestro país para acabar o mitigar con esta evidente injusticia<sup>58</sup>, no debemos engañarnos: “En la mayoría de los países del mundo, incluyendo el nuestro, el tratamiento fiscal a las grandes fortunas y las rentas del capital resulta mucho más favorable que el otorgado a las que provienen del trabajo”<sup>59</sup>.

Algo parecido ocurre con las empresas. El recurso de poner bienes inmuebles y muebles (vehículos) hace que el nivel de vida real de los empresarios no guarde relación directa con los impuestos que pagan.

Sería preciso hacer referencia, finalmente, a los impuestos sobre el patrimonio y de sucesiones, porque inciden directamente en la propiedad privada. El primero de

<sup>55</sup> Estos datos se extraen de Hernández de Cos, Pablo y López Rodríguez, David: *Estructura impositiva y capacidad recaudatoria en España: un análisis comparado con la Unión Europea*. Banco de España. Madrid, 2014, p. 11.

<sup>56</sup> Sobre estas materias destaca la tesis doctoral de José María Durán Cabré sobre *El impuesto lineal y el impuesto dual como modelos alternativos al IRPF. Estudio teórico y análisis empírico aplicado al caso español*. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 2002. (disponible en [http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/libros/Investigaciones/Inves2002\\_05.pdf](http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/libros/Investigaciones/Inves2002_05.pdf)).

<sup>57</sup> El dato se extrae de Luque, Víctor Antonio y Luque, Miguel Ángel: “A vueltas con las SICAV. Reflexiones críticas desde el punto de vista económico-tributario”. *Papeles de Europa* 2014/2, p. 2.

<sup>58</sup> Este es el propósito del trabajo citado en la nota anterior.

<sup>59</sup> Navarro, Pedro Antonio: “Impuesto rico, impuesto pobre: El 75 por ciento de los empresarios españoles tributa como *mileurista*”. *El siglo de Europa* 1002 (2013) pp. 32 ss.

ellos existe en muy pocos Estados de la Unión Europea<sup>60</sup>, y tiene, desde su creación en 1978, carácter extraordinario (esto es, transitorio). El mismo Gobierno que defendió su supresión en 2008, lo recuperó, al abrigo de la crisis, para los ejercicios 2011 y 2012, y el actual ejecutivo lo ha mantenido hasta la actualidad, aunque corresponde a las Comunidades Autónomas su gestión y cobro. Se ha debatido permanentemente la razonabilidad de este impuesto y su configuración<sup>61</sup>.

También se ha discutido, como no, el impuesto de sucesiones, que ha sido igualmente transferido a las Comunidades Autónomas. Como explica Luis María Cazorla, desde que el País Vasco y Navarra eliminaron la carga fiscal en las transmisiones hereditarias era evidente que se iba a extender la bonificación del impuesto en otras comunidades Autónomas<sup>62</sup>. En todo caso, la diversidad de regímenes jurídicos autonómicos sobre el impuesto de sucesiones ha sido objeto de razonables críticas, por generar una evidente desigualdad de trato, tanto en sede doctrinal<sup>63</sup> como jurisprudencial. Interesa destacar la muy relevante Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de septiembre de 2014 condena al Reino de España por “permitir que se establezcan diferencias en el trato fiscal de las donaciones y las sucesiones entre los causahabientes y los donatarios residentes y no residentes en España, entre los causantes residentes y no residentes en España y entre las donaciones y las disposiciones similares de bienes inmuebles situados en territorio español y fuera de éste”<sup>64</sup>. Juan José González Fernández estima que estamos en presencia de una condena anunciada, recordando las premonitorias palabras escritas por Francisco de la Torre<sup>65</sup>: En España hay 20 regímenes jurídicos distintos en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones: “15 de las Comunidades Autónomas de régimen común, uno en Navarra, tres en las

<sup>60</sup> En una noticia firmada por Bruno Pérez para *La información* de 4 de marzo de 2014 se puede leer que “Solo Francia, Suecia, Finlandia y Luxemburgo mantienen esta figura, aunque también Grecia tiene un impuesto sobre grandes propietarios”. Paradójicamente, y como allí mismo se puede leer, “España, sin embargo, es el gran país de la UE que menos recauda por impuestos patrimoniales” (disponible en [http://noticias.lainformacion.com/economia-negocios-y-finanzas/instituciones-economicas-internacionales/espana-uno-de-los-cinco-paises-de-la-ue-que-aun-tiene-impuesto-de-patrimonio\\_hBwRYwmVEOGVoBzYsvVJg/](http://noticias.lainformacion.com/economia-negocios-y-finanzas/instituciones-economicas-internacionales/espana-uno-de-los-cinco-paises-de-la-ue-que-aun-tiene-impuesto-de-patrimonio_hBwRYwmVEOGVoBzYsvVJg/)).

<sup>61</sup> Ver, por ejemplo, Pablos Escobar, Laura de: “Alternativas a la supresión del impuesto del patrimonio”. *Documento de trabajo* 2009-06, disponible en <http://eprints.ucm.es/92811/1/2009-06.pdf>.

<sup>62</sup> En “La agonía del impuesto sobre sucesiones”. En *Escritura Pública* 20 (2003), p. 33.

<sup>63</sup> La “posible vulneración de diferentes principios constitucionales, por el hecho de que los beneficios fiscales, reconocidos a efectos del impuesto sobre sucesiones, únicamente se prevean para los residentes en algunas Comunidades autónomas y no para el resto, unido a su anacrónica configuración y las dudas del legislador sobre la justicia de someter a tributación las transmisiones en las herencias directas, cuya integración en el patrimonio familiar ya ha sido objeto de tributación, primero vía IRPF sobre sus rentas y más tarde durante años en el IP y en el IBI, lleva a considerar la necesaria supresión del impuesto sobre sucesiones entre padres, hijos y cónyuges, unificando así el tratamiento fiscal en todo el territorio” [Feltre Rambaud, Loreto y Lamo Espinosa Rocamora, Patricia: “El debate del impuesto sobre sucesiones y sus consecuencias en las explotaciones agrarias”. En *Estudios Agrosociales y Pesqueros* 201 (2004), p. 51].

<sup>64</sup> Asunto C-127/12. Ver, en el plano doctrinal, Barciela Pérez, José Antonio: “El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y la libre circulación de capitales”. *Quincena fiscal* 6 (2015), pp. 105 ss.

<sup>65</sup> En “El Impuesto de Sucesiones y Donaciones, la Sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2014, y su posible reforma”, entrada del blog *¿Hay Derecho?* publicada el 4 de septiembre de 2014, disponible en <http://hayderecho.com/2014/09/04/el-impuesto-de-sucesiones-y-donaciones-la-sentencia-del-tjue-de-3-de-septiembre-de-2014-y-su-posible-reforma/>. Un mapa mucho más reciente de la desigualdad se puede consultar en la noticia de Raúl Salgado: “Sucesiones, ¿un impuesto confiscatorio?”, publicada en *La Razón* el 15 de junio de 2015 (disponible en <http://www.larazon.es/economia/sucesiones-un-impuesto-confiscatorio-XF9997176h.Tu11BMviSO2BFJh>).

Diputaciones Forales vascas y el peor, que se aplica a los no residentes, establecido por el Estado, en el que no hay bonificaciones. El impuesto debería ser objeto de un cambio radical antes de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea nos obligue, *manu militari*, a modificarlo". Pues ya nos ha obligado.

Hemos visto que los impuestos directamente vinculados con la propiedad no son especialmente incisivos con las grandes fortunas, optándose por una mayor tributación de las rentas de trabajo que las de capital.

#### 4.2.- Una legislación incoherente sobre los derechos económicos.

Pero también se deja ya entrever una realidad que debe ser criticada, y que tiene que ver con el muy discutible entendimiento del proceso de descentralización política experimentado en nuestro país, y es la desigualdad jurídica existente entre los distintos territorios y que impacta tanto en la propiedad privada como en la libertad de empresa.

En relación con el derecho a la propiedad, por la desigual tributación existente en las distintas Comunidades Autónomas<sup>66</sup>. En relación con los impuestos cedidos, el impulso inicial de los Gobiernos autonómicos ha sido bonificarlos o eliminarlos en la práctica para captar algunos votos, al tiempo que reclamaban mayores partidas presupuestarias al Gobierno de la Nación. Esta perniciosa práctica sólo ha comenzado a variar cuando la crisis ha obligado a los ejecutivos regionales a incrementar los ingresos. En todo caso, sería razonable someter a una reflexión crítica la legitimidad constitucional de la desigualdad tributaria en el Estado y las prácticas que genera (empadronamientos en otros territorios, etc.). Dado que esa reforma se debe acometer en relación con los impuestos de sucesiones y donaciones por la reciente condena al Estado español por parte del Tribunal de Luxemburgo, sería conveniente ampliar su objeto y alcance.

Pero también debemos aludir a la dispersión normativa que incide, a diario, en la libertad de empresa<sup>67</sup>. En efecto, todas las Comunidades Autónomas son competentes para regular el mercado interior, mientras que el Estado dispone de una competencia para fijar las "bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica" (artículo 149.1.13<sup>a</sup>).

Sin embargo, como es sabido, el Tribunal Constitucional ha realizado una interpretación amplia de este título competencial, que la mejor doctrina ha definido como de "ordenación general de la economía"<sup>68</sup>. Resulta esta una tendencia que no es sorprendente y que también se ha producido en otros Estados federales de

<sup>66</sup> Práctica denunciada sistemáticamente, como acreditan las noticias de Mercedes Serraller "El mapa de los impuestos autonómicos en 2015" y "Así son los reinos de taifas de los impuestos autonómicos", publicadas en *Expansión* los días 12 de marzo y 1 de abril de 2015 y disponibles en <http://www.expansion.com/economia/politica/2015/03/12/5500afa3268e3ec62f8b4578.html> y <http://www.expansion.com/economia/2015/03/31/551acec322601d5a318b4584.html>, respectivamente.

<sup>67</sup> Ver, con carácter general, Carrasco Durán, Manuel: *El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre la actividad económica*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

<sup>68</sup> García Torres, Jesús: "La ordenación general de la economía, título sustantivo de competencia estatal". *Revista Española de Derecho Constitucional* 17 (1986), pp. 241 ss., especialmente p. 254, en la que se vincula con el principio de unidad, al hilo de la (entonces) reciente STC 29/1986, de 20 de febrero.

nuestro entorno, como son Alemania o Suiza<sup>69</sup>. Y esta evolución no ha variado con la relevante STC 30/2010, sobre el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña<sup>70</sup>.

Aunque los dos últimos autores expresan su temor a que el Estado central abuse de esta competencia<sup>71</sup>, lo cierto es que son constantes las quejas de los empresarios, dado que ejercer una actividad en más de una Comunidad Autónoma plantea problemas concretos que dificultan su actividad. El propio Gobierno español es consciente de que la fragmentación del mercado y los obstáculos derivados de la pluralidad de regulaciones provocan un importante coste económico y afecta seriamente a la productividad, y ha presentado un proyecto de Ley ante el Congreso de los Diputados. Las Cortes han aprobado, finalmente, la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado<sup>72</sup>.

Aunque no podemos examinar este texto con el detalle que merece<sup>73</sup> sí que debemos señalar, en primer lugar, que con esta norma se profundiza en la dirección contenida en la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior<sup>74</sup>. De hecho, esta Directiva ha exigido la reforma de miles de normas (estatales, autonómicas y locales, legales y reglamentarias)<sup>75</sup> y se ha subrayado generalmente su altísima importancia<sup>76</sup>. En segundo lugar, la Ley crea el Consejo para la Unidad de Mercado como órgano de cooperación administrativa para la implantación de la Ley. Y en

<sup>69</sup> Carrasco Durán, Manuel: "La interpretación de la competencia del Estado sobre las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica (artículo 149.1.13ª de la Constitución)". *Revista de Derecho Político* 62 (2005), p. 59.

<sup>70</sup> Cidoncha Martín, Antonio: "La unidad económica, antes y después de la STC 31/2010". *Revista General de Derecho Constitucional* 13 (2011), p. 33.

<sup>71</sup> Por considerar que esta competencia se ha ampliado más allá de lo previsto constitucionalmente en el caso de Manuel Carrasco Durán ("La interpretación...", *cit.*, p. 92) y por la generosidad con la que se ha interpretado lo básico en el caso de Antonio Cidoncha Martín ("La unidad...", *cit.*, p. 37).

<sup>72</sup> Disponible en [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-12888](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-12888). La importancia económica de este principio ha sido ampliamente examinada en el número monográfico de la revista *Información Comercial Española* la 871 (2013).

<sup>73</sup> Ver los estudios de Tomos Más, Joaquín: "Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. En particular, el principio de eficacia". *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals* 19 (2014), pp. 144 ss. y Lozano Cutanda, Blanca: "Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado: las diez reformas clave". En *Revista CESCO Derecho de Consumo* 9 (2014), pp. 157 ss.

<sup>74</sup> Estamos en presencia de una norma fundamental de la UE, que ha provocado un volumen de doctrina ingente. Destacamos el estudio de Quadra-Salcedo Janini, Tomás: "Mercado interior y Directiva de Servicios". *Revista Catalana de Dret Públic* 42 (2011), pp. 257 ss., y, en relación directa con el presente estudio, Salvador Armendáriz, M<sup>a</sup> Amparo: "La directiva de servicios y su transposición ¿una ocasión para repensar el derecho a la libertad de empresa?". En Rivero Ortega, Ricardo (coord.): *Mercado europeo y reformas administrativas: la transposición de la Directiva de servicios en España*. Thomson Reuters. Madrid, 2009, pp. 89 ss.

<sup>75</sup> Sobre la transposición de la directiva pueden consultarse los trabajos del autor de este trabajo "La transposición de la Directiva de Servicios en el Estado Central y en la Comunidad Autónoma de Castilla y León (un estudio de fuentes del Derecho)". En Vicente Blanco, Dámaso Javier y Rivero Ortega, Ricardo (dirs.): *Impacto de la transposición de la directiva de servicios en Castilla y León*. Consejo Económico y Social de Castilla y León. Valladolid, 2010, pp. 139 ss. y de Fuertes López, Mercedes: "Luces y sombras en la incorporación de la Directiva de servicios". *Revista Catalana de Dret Públic* 42 (2011), pp. 57 ss. Sobre el encaje de la directiva con el modelo autonómico español, vid. Quadra-Salcedo Janini, Tomás: "Estado autonómico y transposición de la Directiva de Servicios". En Vicente Blanco, Dámaso Javier y Rivero Ortega, Ricardo (dirs.): *Impacto...*, *cit.*, pp. 171 ss.

<sup>76</sup> Es "la norma más importante que la Comunidad Europea ha aprobado hasta hoy y la que tiene un mayor potencial transformador de la economía de los Estados miembros en la medida en que los servicios representan un 70% del PIB y de los puestos de trabajo en la mayoría de ellos" (Ramón Fernández, Tomás: "La larga marcha por la libertad de

tercer lugar, configura el principio de eficacia en todo el territorio nacional, lo que permite que un operador que ya ha cumplido con las condiciones exigidas en cualquier parte del territorio nacional pueda prestarlo en todo el país.

Este último es el aspecto más debatido de la Ley, porque podría vulnerar el reparto competencial plasmado en los distintos Estatutos de Autonomía<sup>77</sup>. Este y otros motivos de inconstitucionalidad han alegado los Gobiernos de Canarias, Andalucía y Cataluña y el Parlamento de Cataluña interponiendo recursos que todavía no han sido resueltos por el Tribunal Constitucional español.

A la espera de estas resoluciones, podemos concluir, en todo caso, y con independencia de cuál sea el parecer del alto Tribunal, que la diversidad normativa perturba el libre desarrollo empresarial y encarece su actividad, lo que dificulta, a su vez, su competitividad con empresas del exterior y la productividad del país. Se impone una simplificación normativa, y está se está produciendo, fundamentalmente, por la globalización que estamos viviendo y de la que nos ocupamos en el último subepígrafe del presente estudio.

### 4.3.- Globalización y libertad de empresa. La unión europea y el posible acuerdo de libre intercambio con Estados Unidos

No precisa de mayores justificaciones afirmar hoy que la economía está hoy más globalizada que nunca<sup>78</sup>. Lo que ocurre es que esta globalización tiende a primar la máxima productividad y es difícil que esto se consiga en Estados que tienen unos altos costes sociales y laborales, como son los europeos. Existe una tensión evidente, pues, entre la productividad y el Estado social<sup>79</sup>. Si bien este último aporta una muy relevante calidad de vida, encarece, inevitablemente, la producción industrial y el consumo. Esa inevitable tensión la está ganando, en el marco social de Europa, la productividad.

No debe sorprendernos este balance. Como es bien sabido, las Comunidades Europeas apostaron desde un primer momento por el establecimiento de cuatro libertades de circulación (de mercancías, de servicios, de capitales y de trabajadores), todas ellas vinculadas con la libertad de empresa (en sentido amplio). Posteriormente

---

empresa". En VV.AA: *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios*. Círculo de Empresarios. Madrid, 2009, p. 168).

<sup>77</sup> Esta es la opinión, por ejemplo, de Joaquín Joaquín Tornos Más, cuando afirma que lo cierto "es que el principio de eficacia supone introducir un nuevo criterio de relación entre ordenamientos jurídicos que supone de hecho una novedad de gran calado, ya que el citado principio permite que la normativa de una Comunidad Autónoma, o incluso de un ente local, desplace las normativas de los entes territoriales que ostenten las mismas competencias materiales (en "Ley 20/2013...", *cit.*, p. 165), siguiendo la senda marcada por el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo Económico y Social (ibídem, pp. 166-167).

<sup>78</sup> En el día en el que escribimos estas líneas las bolsas de Europa pierden posiciones por la convocatoria electoral griega y por la crisis china. Ver [http://economia.elpais.com/economia/2015/08/21/actualidad/1440142130\\_330330.html](http://economia.elpais.com/economia/2015/08/21/actualidad/1440142130_330330.html).

<sup>79</sup> Ver, por ejemplo, Marcilla Córdoba, Gema: "Desregulación, Estado social y proceso de globalización". *DOXA* 28 (2005), pp. 239 ss. y Haro, Ricardo: "Problemas de la globalización para la gobernabilidad y el Estado social de Derecho". En Hernández, Antonio M<sup>o</sup> y Valadés, Diego: *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos. Homenaje a Pedro J. Frías*. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2003, pp. 209 ss. y, especialmente, Aragón Reyes, Manuel: *Libertades económicas y Estado social*. McGraw-Hill. Madrid, 1995 y Mishra, Ramesh: *Globalization and the Welfare State*. Ed. Edward Elgar. Cheltenham, 1999.

se impuso la idea del mercado interior, y éste se ha potenciado a través de diversas normas, entre las que se incluye la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior, a la que ya se ha hecho referencia en líneas anteriores.

La recordamos ahora nuevamente porque en su gestación se intentó incluir el denominado “principio de origen” o “principio del país de origen”, según el que el prestador del servicio está únicamente sometido a las leyes del país de origen en el cual está establecido y no a las normas de otros Estados donde lo preste. Un principio cuya previsión generó multitud de críticas y reservas doctrinales. Se señaló, por ejemplo, que la “aprobación de la Directiva con esa configuración del principio de origen, que garantizaba la falta de respuesta de los Estados ante el dumping social, habría supuesto un revés inequívoco al presunto modelo social europeo y a cualquier posibilidad futura de instaurar una Europa Social, que hiciese reales los objetivos del Tratado de Unión Europea en materia social”<sup>80</sup>.

Aunque finalmente, el principio de origen ha sido retirado de la Directiva<sup>81</sup> es indudable que dicha norma potencia la libertad de empresarios y emprendedores, y también que esos avances limitan el alcance de la actuación de los poderes públicos para controlar su adecuación a las normas medioambientales, sanitarias y sociales.

No podemos terminar el presente estudio sin hacer una referencia al Tratado de Libre Comercio que se está negociando entre la Unión Europea y Estados Unidos, y que ha generado muy serias críticas por el secretismo de las conversaciones<sup>82</sup>, por algunos de sus contenidos y por los eventuales efectos adversos que podría presentar para los Estados miembros de la Unión Europea.

En relación con el secretismo que rodea la elaboración del Tratado, incompatible con la transparencia, es oportuno hacer notar que éste se ha ido levantando poco a poco. La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de julio de 2014<sup>83</sup> anula una decisión del Consejo en la que decide dar acceso parcial a un dictamen de su Servicio Jurídico sobre la apertura de negociaciones en una determinada materia solicitado por una europarlamentaria. Poco tiempo después, y acuciada por las incesantes críticas sobre el secretismo que rodeaba al Tratado, la Unión decide hacer público el borrador de Acuerdo para acallar las críticas (octubre de 2014)<sup>84</sup>. Y, posteriormente, atendiendo a los requerimientos

<sup>80</sup> Vicente Blanco, Dámaso-Javier: “La libre circulación de servicios, el proceso de elaboración de la Directiva y el problema medular del principio de origen. En Vicente Blanco, Dámaso Javier y Rívero Ortega, Ricardo (dirs.): *Impacto...*, cit., p. 78.

<sup>81</sup> Sin embargo, quedan trazas de dicho principio en el articulado de la Directiva (*ibidem*, pp. 81 ss).

<sup>82</sup> Ver las noticias publicadas por Raquel Céspedes en *La Información* el 16 de marzo de 2015 ([http://noticias.lainformacion.com/economia-negocios-y-finanzas/informacion-para-empresas/el-secretismo-del-tratado-de-libre-comercio-de-la-ue-con-eeuu-ntp-alimenta-los-rumores-sobre-intereses-ocultos\\_abSSchBK5js6mqBjuN1bZ2/](http://noticias.lainformacion.com/economia-negocios-y-finanzas/informacion-para-empresas/el-secretismo-del-tratado-de-libre-comercio-de-la-ue-con-eeuu-ntp-alimenta-los-rumores-sobre-intereses-ocultos_abSSchBK5js6mqBjuN1bZ2/)), y Juan Emilio Ballesteros, En *Cambio 16* (EEUU y la UE negocian en secreto el mayor tratado comercial del siglo XXI, disponible en <http://www.cambio16.com/reportajes/eeuu-y-la-ue-negocian-en-secreto-el-mayor-tratado-comercial-del-siglo-xxi/>).

<sup>83</sup> Asunto C- C 350/12 P. La Sentencia se puede consultar en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=154535>.

<sup>84</sup> Diego Pardo Fernández publica la noticia “Bruselas hace público el borrador del TTIP en respuesta a las críticas por falta de transparencia” en *Euroexpress* el 16 de octubre de 2014 (disponible en <http://www.euroexpress.es/index.php/noticias/2014/10/16/bruselas-hace-publico-el-borrador-del-ttip-en-respuesta-a-las-criticas-por-falta-de-transparencia/>).

de Emily O'Reilly, Defensora del Pueblo de la Unión Europea<sup>85</sup>, ha comenzado a ofrecer informaciones sobre los avances de las negociaciones<sup>86</sup>.

¿Cuáles son los puntos críticos de este Tratado? Hemos optado por remitirnos a una concreta información, aunque existen cientos de opiniones e informaciones en internet<sup>87</sup>, porque nos ha parecido que sintetiza bastante bien los temores y las críticas que la gestación del Tratado está provocando.

Preocupa mucho que se pueda ver alterada la posición de los trabajadores, que gozan de una mayor protección jurídica y social en Europa. Habrá que ver si se recoge algo parecido al principio de origen al que ya se ha hecho alusión en líneas anteriores, al tratar de la Directiva de Servicios, porque ello provocaría un dumping social evidente y una falta de competitividad de las empresas europeas para trabajar en su propio continente.

También genera críticas que se elimine o suspenda principio de precaución que opera en la Unión Europea en relación con la comercialización de productos. En virtud de dicho principio, no se pueden poner en circulación un producto cuando existan dudas de sus efectos perniciosos sobre la salud o el medio ambiente. En Estados Unidos ocurre justamente lo contrario<sup>88</sup>. Solamente es posible retirar un producto cuando existen pruebas fehacientes de que es perjudicial.

También se está discutiendo si podrán mantenerse en el futuro las actuales obligaciones de etiquetado y de denominación de origen de los productos, dado que podrían comprometer la libre competencia. Si se acabará adoptando esta medida el consumidor no podría conocer el origen ni la composición del alimento que va a consumir<sup>89</sup>.

Por otra parte, también se cuestiona si determinados servicios públicos (salud, educación, agua) pueden abrirse a cualquier empresa, o como asegurar la protección de datos (y su eventual utilización comercial) en estos casos.

Pero acaso lo más perturbador sea el recurso a tribunales de arbitraje (ISDS) para la resolución de conflictos entre los Estados y los inversores. Estos Tribunales ad hoc pueden contribuir a una significativa pérdida de la soberanía estatal,

<sup>85</sup> "La defensora del pueblo de la UE pide transparencia para el tratado con EEUU". *El Público*, 7 de enero de 2015 (disponible en <http://www.publico.es/internacional/eeuu/defensora-del-pueblo-ue-pide.html>).

<sup>86</sup> La página web de la representación de la Comisión en Europa recoge abundante información, aunque se produce una cierta confusión entre ésta y la publicidad, claramente escorada hacia las bondades del futuro Tratado, incluyendo referencias doctrinales favorables, pero ninguna crítica. Ver [http://ec.europa.eu/spain/sobre-la-ue/ltip/espana\\_es.htm](http://ec.europa.eu/spain/sobre-la-ue/ltip/espana_es.htm). El Parlamento, por su parte, ha aprobado el pasado 8 de julio una Resolución que contiene las recomendaciones del Parlamento Europeo a la Comisión Europea relativas a las negociaciones de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (ATCI) (disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P8-TA-2015-0252&format=XML&language=ES>).

<sup>87</sup> Aludimos a la información de Gloria Rodríguez-Pina titulada "TTIP: todo lo que necesitas saber sobre el acuerdo comercial entre la UE y EEUU" y que ha sido publicada en el *Huffington Post* el pasado 28 de mayo (disponible en [http://www.huffingtonpost.es/2015/05/28/ttip-acuerdo-comercio-ue-eeuu\\_n\\_7440474.html](http://www.huffingtonpost.es/2015/05/28/ttip-acuerdo-comercio-ue-eeuu_n_7440474.html)). Una recopilación de escritos contrarios al Tratado se recoge en "70 Artículos sobre el TTIP y los Tratados del Libre Comercio de Economía Ciudadana" (disponible en <http://www.economiaciudadana.org/2015/04/70-articulos-sobre-el-ttip-y-los-Tratados-Libre-Comercio.html>).

<sup>88</sup> Baste con recordar, como se hace en la información que estamos resumiendo, que mientras que en Europa se prohíben 1.400 productos químicos, en Estados Unidos apenas una docena.

<sup>89</sup> Recuérdese, como hace la periodista, que en Estados Unidos se utilizan productos transgénicos modificados genéticamente (maíz principalmente) y hormonas para el engorde del ganado.

en la medida en que puedan condicionar la legislación estatal sobre los derechos de los ciudadanos<sup>90</sup>.

A estas observaciones, cabría añadir el propio temor que puede suscitarse en relación a la vigencia del propio Derecho de la Unión Europea, que también puede verse afectada indirectamente a través de los laudos dictados por estos Tribunales de arbitraje. No sería de extrañar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea reclame, en estos casos, tener la última palabra cuando se vea afectado e ordenamiento jurídico de la Unión como ha hecho en relación con el borrador de acuerdo de la Unión Europea y el Consejo de Europa que permitiría la eventual adhesión por parte de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>91</sup>.

En todo caso, conviene señalar que esta novedad no lo es en realidad. Desde el 17 de septiembre de 1994<sup>92</sup>, es habitual que muchas de las reclamaciones planteadas por inversores extranjeros se vehiculen a través del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CEADI). Como se explica en su Convenio regulador, “la jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”<sup>93</sup>.

No resulta necesario ahondar ahora en las causas que originaron la impulsión del CEADI<sup>94</sup> pero sí recordar que sus laudos son inapelables ante cualquier otra instancia<sup>95</sup>, por lo que las tensiones que pudieran producirse con las jurisdicciones

<sup>90</sup> En la citada noticia se utilizan algunos buenos ejemplos: “una tabacalera puede demandar a un Gobierno que democráticamente prohíba el consumo de tabaco por razones de salud. Ya ha pasado en Uruguay y Australia. También en Egipto se ha demandado al Estado por elevar el salario mínimo lo que ha reducido los beneficios estimados de una firma”.

<sup>91</sup> Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia, de 18 de diciembre de 2014, disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=160882&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=862528> y que ha sido valorado críticamente por el autor de estas líneas en “La adhesión de la UE al CEDH: una valoración de los trabajos realizados hasta el momento”. En Gordillo Pérez, Luis Ignacio (dir.): *Constitutionalism of European Supranational Courts*. Thomson Reuters-Aranzadi. Cizur Menor, 2015, pp. 217 ss.

<sup>92</sup> Día en que entró en vigor el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, disponible en [https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/2006%20CRR\\_Spanish-final.pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/2006%20CRR_Spanish-final.pdf). Conviene recordar que existen otros mecanismos internacionales de arbitraje, como son la Comisión de Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL) o la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI) (Carbajal Valenzuela, Christian Armando: “Regulación del arbitraje entre inversionistas extranjeros y Estados receptores de inversión en los Tratados de libre comercio e inversión en América latina: el caso del TLC entre Perú y Estados Unidos de Norteamérica”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* 2007, p. 536). Ver, con carácter general, Cremades Sanz-Pastor, Bernardo: “Del arbitraje comercial internacional al arbitraje de protección de inversiones”. *Revista de la Corte Española de Arbitraje* 2007, pp. 13 ss. y Claros Alegría, Pedro: “El sistema arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)”. *Revista de Derecho Procesal* 2007/1, pp. 209 ss.

<sup>93</sup> Artículo 25.1.

<sup>94</sup> Podrían apuntarse la fragilidad de los sistemas judiciales de los países en vías de desarrollo y fomentar una atmósfera de confianza mutua entre inversores y países anfitriones [Dañino Zapata, Roberto: “El CIADI: 40 años después”. *Themis* 53 (2007), p. 144].

<sup>95</sup> “El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio” (artículo 53.1). Estos casos son los referidos a la aclaración, revisión y anulación del laudo, pretensiones que se sustancian ante el propio CIADI (artículos 50 ss.).

nacionales por parte del Tratado de Libre Comercio no serían novedosas. De hecho, en nuestro país, su influencia ha sido muy relevante en tiempos recientes, por los problemas planteados por las autoridades argentinas con una importante empresa española<sup>96</sup> y por la variación de las políticas del Gobierno español sobre energías renovables<sup>97</sup>.

En todo caso, no vamos a examinar profundamente ninguna de estas reservas existentes en relación con el Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Estados Unidos, porque lo que interesa subrayar en el marco del presente análisis es que resulta indudable que este instrumento servirá para conferir un mayor protagonismo y realce a las empresas y a la competitividad. Puede, pues, afirmarse que existe una evidente pujanza en la libertad de empresa en la Unión Europea.

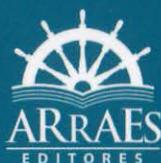
Concluimos, pues, con una paradoja. Mientras que algunas normas nacionales menores (sobre temas tan relevantes como el calado de los vehículos de transportes) perjudican la libertad de empresa, la apuesta decidida por la Unión Europea favorece su progresivo fortalecimiento. Sería muy deseable que dicho robustecimiento se haga compatible con el mantenimiento del Estado social que, más allá de su desarrollo jurídico, nos identifica también social y culturalmente.

<sup>96</sup> Nos referimos a la estatización de YPF en Argentina, que fue impugnado por Repsol ante el CIADI. Finalmente, el Gobierno se avino a entregar bonos de deuda por esta expropiación, lo que se reflejó en la resolución procesal en la que se dejaba constancia de la terminación del procedimiento de arbitraje (disponible en [https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC4554\\_Sp&casId=C2684](https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC4554_Sp&casId=C2684)).

<sup>97</sup> Ver, en el plano periodístico, la noticia de Víctor Martínez "Sólo Venezuela supera ya a España en pleitos con inversores internacionales", publicada en *El Mundo*, en la que se explica que la "práctica totalidad de estas demandas está vinculada a los continuos recortes sufridos por el sector de las energías renovables desde el año 2010 y, en particular, al hachazo de 2.000 millones de euros incluido en la reforma eléctrica del año 2013" (disponible en <http://www.elmundo.es/economia/2015/08/27/55de0ce4ca474104508b4589.html>) y, en el plano doctrinal, López Escudero, Manuel: "Arbitrajes de inversiones contra España por los recortes en los incentivos a la generación eléctrica mediante energías renovables". En Martín y Pérez de Nanclares, José (coord.): *España y la práctica del Derecho internacional*. Ministerio de Asuntos Exteriores. Madrid, 2014, pp. 223 ss.

Este livro que vem a público é fruto do Seminário Concepções dos Direitos Econômicos e Fundamentais, realizado pelo Grupo de Pesquisa "Estado e Economia" do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, financiado pelo Fundo Mackenzie de Pesquisa.

O evento reuniu pesquisadores de Argentina, Brasil, Chile e Espanha em um rico e colaborativo diálogo sobre os temas contemporâneos do Direito Econômico e o dos Direitos Fundamentais, estabelecendo um imprescindível relação que permitirá o avanço do Direito no mundo latino.



[www.arraeseditores.com.br](http://www.arraeseditores.com.br)  
[arraes@arraeseditores.com.br](mailto:arraes@arraeseditores.com.br)

