

Libertades económicas y derechos fundamentales. La libertad de empresa en el ordenamiento multinivel europeo.

Economic Freedom and Fundamental Rights. Freedom to Conduct Business in the Multilevel European Legal System

Pedro Mercado Pacheco
Departamento de Filosofía del Derecho
Universidad de Granada

Fecha de recepción 15/09/2012 | De aceptación: 05/12/2012 | De publicación: 21/12/2012

RESUMEN.

La libertad de empresa es utilizada como pretexto para ilustrar las relaciones y jerarquías entre libertades económicas comunitarias y derechos fundamentales en el ordenamiento multinivel europeo. Su estrecha relación con las libertades económicas comunitarias y con el objetivo del mercado interior, han dotado a la libertad de empresa de una especial fortaleza a la hora de dirimir sus eventuales conflictos con otros derechos acogidos aparentemente en pie de igualdad en la reciente redefinición de los objetivos de la UE. Por otro lado, cuando esta primacía se transplanta al ordenamiento interno se corre el riesgo de alterar los equilibrios del sistema de derechos de los Estados, anclados en el constitucionalismo del Estado social.

PALABRAS CLAVE.

Libertad de empresa, libertades económicas, derechos fundamentales, ordenamiento multinivel.

ABSTRACT.

Freedom to conduct a business is used as a pretext to illustrate the relationships and hierarchies between Community economic freedoms and fundamental rights in the European multilevel legal system. The close relationship of this with the EU objective of the internal market and with Community economic freedoms, have provided it with a special strength when settling the possible conflicts with other rights recently welcomed into the redefinition of the objectives of the European Union on an equal footing. Furthermore, when this primacy is transplanted into national law it runs the risk of upsetting the balance of the system of states rights, anchored in the constitutionalism of the social state.

KEY WORDS.

Freedom to conduct a business, economic freedoms, fundamental rights, multilevel legal system.

Sumario

1. Introducción.
2. ¿Libertad “debilitada” o “derecho como los demás”? El reconocimiento formal de la libertad de empresa en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
3. Libertad de empresa y ordenamiento multinivel.
4. Centralidad del mercado y primacía de las libertades económicas en la “constitución económica europea”.
5. El “efecto retorno”. La erosión de la capacidad conformadora de la política sobre el mercado y la empresa.
6. Conclusiones.

1. Introducción

La elaboración y aprobación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, la Carta) y su reconocimiento con valor normativo en la última versión del Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE) han renovado el interés por el tema del papel, el reconocimiento y la garantía de los derechos fundamentales en el conjunto del ordenamiento multinivel europeo.

Este trabajo pretende afrontar dos aspectos que en este renovado debate suelen quedar un tanto oscurecidos en los estudios sobre la estructura de la Carta, los nuevos derechos, el reconocimiento en un plano de aparente igualdad de todos y cada uno los derechos reconocidos en ella, o en cómo se están viendo reconocidos y aplicados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo (en adelante, TJCE).

El primer aspecto o problema es dilucidar el lugar que ocupan las llamadas libertades económicas comunitarias (las libertades de circulación de personas, capitales y mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios) a las que habría que añadir la libertad de competencia, en la estructura del derecho europeo, pero sobre todo qué papel desempeñan y qué relación guardan o deben guardar estas libertades con los derechos fundamentales reconocidos por la UE. Las libertades comunitarias fundamentales son libertades

económicas instrumentales o funcionales para la realización de uno de los pilares constitutivos de la UE como es el mercado interior. No son estrictamente derechos fundamentales, pero en el ámbito del derecho comunitario funcionan como tales, por lo que es necesario abordar el problema de cómo se dirimen sus potenciales conflictos con otros derechos reconocidos como derechos fundamentales en el seno de la UE.

El segundo aspecto o problema es cómo se articulan y determinan el contenido y los límites de los derechos y cómo se dirimen los potenciales conflictos entre derechos en un ordenamiento multinivel ante la necesidad de atender a la interacción permanente de distintos catálogos de derechos que ni son idénticos en su contenido, ni homogéneos desde el punto de vista ideológico político y valorativo: el catálogo de la Carta y el de las libertades económicas fundamentales garantizadas en el Tratado, por un lado, y los

derechos constitucionalmente garantizados en las tradiciones de los Estados miembros, por el otro. En este juego de ida y vuelta entre los distintos planos de la gobernanza europea, las ponderaciones y equilibrios internos se ven afectados de forma significativa por las ponderaciones y las jerarquías entre valores y derechos llevadas a cabo en el ámbito supranacional.

Intentaremos ilustrar esos dos problemas utilizando como pretexto el reconocimiento y posición de la libertad de empresa en el ordenamiento multinivel europeo. Su estrecha relación con las libertades económicas comunitarias y con la libertad de competencia a nivel supranacional, pero también su posición en los equilibrios internos de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, hacen de la libertad de empresa un observatorio privilegiado desde el que asomarnos a las problemáticas mencionadas.

2. ¿"Libertad debilitada" o "derecho fundamental como los demás"? El reconocimiento formal de la libertad de empresa en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

El reconocimiento formal de la libertad de empresa como derecho fundamental en la Carta puede ser considerado como una novedad relativa. Es una novedad porque la libertad de empresa no figuraba expresamente en el catálogo de derechos reconocidos por las anteriores declaraciones e instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos humanos (Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convenio Europeo de Derechos Humanos, Pacto de Derechos Económicos y Sociales). En el marco de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros tampoco había sido explícitamente regulada salvo excepciones, como las constituciones de España, Italia, Grecia, Portugal o Luxemburgo. Bien es cierto que en

todos esos textos e instrumentos normativos se reconocía el derecho de propiedad y en casi todas esas tradiciones se entendía la libertad de empresa o la libertad de iniciativa económica como extensión de este derecho.

Pero la novedad de su reconocimiento formal y expreso es relativa si tenemos en cuenta que, como aclaran las propias *Explicaciones* que acompañan a la Carta, la libertad de empresa había entrado a formar parte de los derechos fundamentales y de los principios básicos de la Unión a través de la obra del TJCE que, bien como libertad de ejercer una actividad económica en los asuntos *Nold*¹ y *Eridania*² o bien como libertad contractual³, la había reconocido en el orden comunitario.

De su inserción sistemática en la Carta podemos extraer dos conclusiones

¹ STCE de 14 de mayo de 1974, *Nold*, C-4/73, aptdo. 14.

² STCE de 27 de septiembre de 1979, *SpA Eridania y otros*, C-230/78, aptdos 20 y 31)

³ STCE de 16 de Enero, *SukkerFabriken*, C-151/78

provisionales. En primer lugar, que al ser incluido en el capítulo de las “libertades”, el fundamento de este derecho entroncaría con los valores relacionados con la protección de una esfera de libertad personal y con el libre desarrollo de la personalidad. Para algunos autores, en su vertiente de derecho subjetivo fundamental, la libertad de empresa tendría la estructura y función propia de los derechos de libertad, es decir, la de asegurar al individuo una esfera de actuación libre de injerencias frente al poder público, y en particular como libertad económica, la de garantizar la independencia del ciudadano para “ganarse la vida” de forma autónoma (Paz Ares, C. y Alfaro, J., p. 359). En su vertiente objetiva, la libertad de empresa es un mandato dirigido a los poderes públicos para promoverla de forma real y efectiva y fundamenta la actuación por parte del Estado a la hora de constituir jurídicamente el mercado y de garantizar el ejercicio de la actividad empresarial en su

interior mediante la defensa de la libertad de competencia (Arroyo Jiménez, L., 2011, p. 377).

En segundo lugar, su reconocimiento junto a derechos de un fuerte contenido económico y social, como el derecho de propiedad (art. 17) y la libertad profesional y el derecho al trabajo (art.15) nos remite inmediatamente al papel central que estos derechos y libertades económicas juegan en la conformación del orden económico europeo. En particular, como subrayan las propias explicaciones de la Carta, el derecho a la libertad de empresa se asienta sobre la base fundamental del “principio de una economía abierta y de libre competencia” y se concreta y desarrolla a través de las normas del derecho de la competencia (art. 101-107 del TFUE).

Es cierto que la formulación extremadamente concisa que utiliza la Carta en el reconocimiento de la libertad de empresa no establece ninguna referencia adicional a modulaciones, formas de ejercicio, límites, etc.,

(como por ejemplo sucede en el art. 38 de la Constitución española -en adelante, CE- al supeditarla a las exigencias de la economía de mercado y a los intereses de la economía general, o en el art. 41 de la Constitución italiana con su referencia a la utilidad social).

Pero también es verdad que el TJCE ha definido criterios específicos y modalidades de ejercicio de algunos derechos fundamentales y en particular de los derechos y libertades económicas. En efecto, ya desde sus primeras decisiones sobre la libertad de empresa, el TJCE intenta construir la libertad de empresa como “un derecho más”, esto es, un derecho que lejos de constituir una prerrogativa absoluta ha de ser considerado “a la luz de la función social de los bienes y actividades protegidos” y que “se garantiza por regla general a reserva de las limitaciones establecidas en aras del interés público”. Por lo que, concluye, “en el ordenamiento jurídico comunitario, también parece legítimo

mantener, respecto a tales derechos, determinados límites justificados por los objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad, siempre y cuando no se atente contra la esencia de dichos derechos, (STCE, asunto *Nold*, apartado 21)

De esta forma, aparentemente el ordenamiento comunitario recogería un modelo de libertad de empresa muy similar al desarrollado en las tradiciones comunes de los Estados miembros. Con fórmulas más o menos explícitas, prácticamente todas las constituciones de los Estado miembros establecen unos principios básicos del orden económico y se garantizan las libertades de los sujetos que actúan en el mercado pero imponiendo a la vez límites a las mismas, que se ven encuadradas en los ordenamientos nacionales, por las exigencias del interés general y, más concretamente, por las exigencias derivadas de la cláusula del Estado social (Balaguer Callejón, F., 2002).

En el plano supranacional, el ejercicio de la libertad de empresa ya encontraría límites insoslayables en la propia Carta y en el derecho comunitario tanto originario como derivado. Entre esos límites, podemos destacar la protección del consumidor (art. 38 de la Carta) o del medio ambiente (art. 37) y los derivados de la profusa regulación que han desarrollado las instituciones europeas en esos ámbitos, pero también constituirían restricciones de la libertad de empresa, el derecho de información y consulta de los trabajadores (art. 27) o el derecho de negociación y acción colectiva (art. 28), como de forma más general, también pueden considerarse limitaciones genéricas a la libertad de empresa las que se derivan del reconocimiento y protección de los derechos laborales y sociales incluidos en el capítulo de la Carta dedicado a la Solidaridad, por su especial relación con el ejercicio de la libertad de competencia, el derecho de acceso a los

servicios generales de interés general. Todos ellos constituyen exigencias que *prima facie* pueden limitar el contenido en abstracto de la libertad de empresa, abriéndose así la puerta al necesario juego de ponderaciones, legislativas y judiciales, que en cada caso particular acabarán concretando el contenido de la libertad de empresa, en aplicación de las reglas generales establecidas para los demás derechos en el art 52.1 de la Carta: esto es, mediante su regulación por ley, el respeto de su contenido esencial y del principio de proporcionalidad en su triple dimensión (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).

Hasta aquí nada nuevo. Ahora bien, a la hora de concretar esos contenidos y límites y los aspectos funcionales del ejercicio de libertad de empresa, el art 16 de la Carta establece un importante condicionamiento, pues “se reconoce la libertad de empresa” pero lo hace “*de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas*

Este reenvío al Derecho de la Unión y a los ordenamientos de los Estados miembros supone la mayor fuente complejidad y plantea problemas interpretativos de importancia que difícilmente son resolubles de forma homogénea (Martín y Pérez de Nanclares, p.337).

En efecto, para algunos autores, ese reenvío puede ser interpretado como un síntoma de "debilidad" en el sentido de que la Carta no ha querido dar a la libertad de empresa un contenido autónomo o propio más allá de lo que se desprenda de la ordenación precedente, tanto comunitaria como, sobre todo, nacional (Molina Navarrete, 2005, p. 562). En otras palabras, el reenvío al derecho comunitario y a las legislaciones y prácticas nacionales evidenciaría el propósito de no alterar en los más mínimo los principios y equilibrios de la constitución económica multinivel europea. La libertad de empresa

encontraría en el art. 16 de la Carta su reconocimiento como derecho fundamental a nivel europeo, si bien algo vahído o desnaturalizado como derecho fundamental comunitario (Molina Navarrete, 2005, p. 564)⁴.

Sin embargo, y desde una posición radicalmente distinta, otros autores entienden que a pesar de esta remisión a las legislaciones y prácticas nacionales, cualquier eventual

⁴ Este reenvío motivaría incluso para algunos autores la calificación de la libertad de empresa como un "derecho ordinario", una categoría intermedia entre los "derechos fundamentales de la Carta" que son los que concederían a los individuos un escudo frente al legislador ordinario (comunitario o nacional), y las "cláusulas políticas" que en términos generales son aquellas normas que exigen que la instituciones políticas realicen un cierto fin u objetivo sin que originen *per se* ninguna posición subjetiva (caso de la mayoría de derechos sociales reconocidos en la Carta). Los "derechos ordinarios" conformarían, pues, un grupo de derechos de dudosa naturaleza fundamental precisamente por el juego de la interacción entre el art. 51 de la Carta y una serie de cláusulas de estilo que en la Carta se remiten al legislador europeo y nacional para determinar el contenido del derecho (vid, por ejemplo, aparte de la libertad de empresa, el art. 38 -derecho a la salud-, art. 10 -derecho de objeción de conciencia-, art- 41 derecho a una buena administración, art. 27 y 28 -derechos de información y consulta de los trabajadores y derecho de negociación colectiva). Estos reenvíos constituirían una reiteración del art. 51, esto es, del mandato de que la Carta no debe ser leída como una expansión de las competencias de la Unión frente a los Estados miembros. Si esto es así significaría que los derechos "ordinarios" cualificados por estos reenvíos no podrían imponer a los legisladores nacionales límites diferentes de los contenidos en sus propias constituciones y, por tanto, no añadirían ningún elemento nuevo a la hora de defenderlos como pretensiones legítimas en sede judicial (A. J. Menéndez, 2003; 2004)

restricción de la libertad de empresa que introduzcan los Estados en aplicación del derecho comunitario, habrá de respetar en todo caso los requisitos fijados con carácter general en el art. 52.1, es decir que, como ocurre con cualquier otro derecho fundamental, dichas restricciones habrán de ser establecidas por ley y solo cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión, o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás, respetando el contenido esencial del derecho y las exigencias del principio de proporcionalidad. La reserva hecha respecto a la libertad de empresa podría ser considerada como “redundante e innecesaria” (Martín y Pérez Nanclares, p. 338) y hubiera bastado el mero reconocimiento de tal libertad sometiendo cualquier limitación o restricción en el ejercicio de este derecho a los condicionamientos establecidos con carácter

general en el art. 52.1 de la Carta.

En cualquier caso, y al margen de estas posibles y divergentes interpretaciones, el reenvío nos remite a la necesidad de perfilar la posición concreta que ocupa la libertad de empresa tanto en el derecho comunitario como en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros. Esto nos hace topar con unos de los temas más espinosos, pero al mismo tiempo más cruciales en el ámbito del derecho europeo como es el de la relaciones entre el ordenamiento comunitario y el derecho de los Estados miembros. Y en lo que se refiere a la libertad de empresa, la necesidad de atender al juego permanente de distintos catálogos de derechos, el de la Carta y el de las libertades económicas fundamentales garantizadas en el Tratado, por un lado, y los derechos constitucionalmente garantizados en las tradiciones de los Estados miembros, por el otro. Esta interacción de planos regulativos determinará en un caso y otro la posición específica de la libertad empresa en la

constitución económica europea y en las de los Estados miembros y la compleja articulación de tal libertad desde la perspectiva del ordenamiento multinivel.

3. Libertad de empresa y ordenamiento multinivel

El análisis específico de los contenidos y los límites de la libertad de empresa no puede perder de vista el doble plano en el que constantemente se mueve un ordenamiento multinivel. Por un lado, el plano horizontal de la relación entre la actividad de la empresa y la acción de los poderes públicos (nacionales y comunitarios) y, por el otro, el plano vertical de las relaciones entre los diversos niveles de gobernanza implicados en el ámbito europeo y especialmente los problemas de la superposición de dos planos regulativos, el derecho de la UE y el derecho de los Estados miembros.

No perder de vista este doble plano es

crucial en el ámbito de la libertad de empresa si -como ocurre en este caso- el reconocimiento, el contenido y los límites de un derecho, sobre todo a la hora de su ponderación con otros derechos o con las exigencias del interés general, no son exactamente los mismos en los textos del derecho europeo (y en la jurisprudencia del TJCE que los aplica), y en los textos constitucionales de los Estados miembros (y en cómo son interpretados por los respectivos Tribunales constitucionales). Esta circunstancia es especialmente importante si se considera que muchos de estos textos constitucionales europeos son expresión de una fase histórica, la del constitucionalismo del Estado social, caracterizada por principios muy diversos a los prevalentes en la fase histórica en la que han sido redactadas las normativas europeas.

En esta fricción se evidencia, una vez más, la difícil cohabitación de dos lógicas opuestas y obligadas a imbricarse. Por un lado, el vínculo social y la intervención estatal,

ligados a la propia concepción de Estado como Estado Social, (art. 1 CE en el caso español) y por otro lado el mercado y la liberalización de la economía, categorías inherentes a la definición y justificación de las Comunidades Europeas y presentes tanto en los Tratados originarios como en el actual del TFUE.

Esa difícil cohabitación se manifiesta de forma paradigmática en el caso de la libertad de empresa si consideramos el papel central que juega esta libertad económica en la definición del modelo económico constitucionalizado tanto en el nivel nacional como en el nivel supranacional europeo, y las consecuencias que su distinta colocación en uno y otro plano pueden tener a la hora de determinar su alcance y delimitación.

El análisis que sigue tiene precisamente por objetivo demostrar que en el juego de los distintos planos del ordenamiento multinivel hoy vigente, la libertad de empresa en la Unión europea no puede considerarse una libertad

“debilitada” desde el punto de vista de su reconocimiento como derecho fundamental en la Carta por el reenvío a la actual regulación comunitaria y estatal. Pero tampoco puede ser considerado “un derecho fundamental como los demás”. Todo lo contrario, su posición en el ordenamiento comunitario le ha otorgado centralidad y primacía sobre otros derechos fundamentales, específicamente los derechos sociales, que no casa bien con el aparente plano de igualdad en que ha situado la Carta a todos y cada uno de los distintos tipos de derechos incluidos en ella. La estrecha relación con el objetivo comunitario del mercado interior, con las libertades económicas comunitarias y con el derecho de la competencia que le sirven de instrumento, sitúan la libertad de empresa en el “núcleo duro” de los valores y principios sobre el que se ha construido la integración europea, dotado de una especial fortaleza a la hora de dirimir sus eventuales conflictos con otros derechos que son expresión de otros principios

que si bien han sido recientemente acogidos en el ámbito comunitario en la redefinición de los objetivos de la Unión llevada a cabo en el Tratado de la Unión Europea (TUE) y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en su versión consolidada de Lisboa, son subalternos a la lógica del funcionamiento de una economía abierta y de libre competencia.

4. La centralidad del mercado y la primacía de las libertades económicas. La libertad de empresa en la “constitución económica europea”

La Unión Europea en la actualidad no es solo una unión económica, ni la “constitución europea” -si por ella entendemos el valor jurídico-constitucional del derecho originario de los Tratados- es solo una constitución económica. Sin embargo, en su origen sí lo fue y, en gran medida, en la Unión Europea sigue pesando -y pesando mucho- su “alma económica”. Hoy sabemos que los objetivos de

la Unión se han ampliado de forma significativa pero no por ello han dejado de tener un peso prioritario en la política comunitaria los objetivos económicos. La integración económica europea, sigue teniendo como pilares centrales el principio del mercado único, la unión monetaria, el principio de estabilidad financiera además del desarrollo de políticas sectoriales comunes y de la armonización de las políticas económicas de los Estados miembros, pilares sobre los que se articula la “constitución económica europea”⁵. Nosotros nos centraremos en el primer pilar, es decir, el de la construcción jurídica del mercado interior porque este es el ámbito en el que la libertad de empresa encuentra su espacio y su conformación a nivel europeo.

⁵ No es este es lugar en el que reproducir los debates sobre la existencia, oportunidad o propiedad de hablar de una “Constitución económica europea” (Baquero Cruz, J., 2003; Maestro Buelga, G., 2002, 2007 y 2008; Sauter, W., 1999; Cassese, S., 2006), nuestra intención, más modesta, es contextualizar la libertad de empresa en el conjunto de las disposiciones económicas del derecho originario que por su fundamentalidad a la hora de conformar los rasgos básicos del orden económico europeo podemos denominar a estos efectos “constitución económica europea”.

La integración europea tiene su origen en la construcción de un mercado común y posteriormente del mercado interior. La unidad de mercado implica la prohibición de discriminación por razones de nacionalidad, y exige la eliminación desde el plano supranacional de todos los factores estatales y no estatales de desigualdad. La conclusión del mercado común previsto originariamente en el Tratado CEE y su conversión en mercado interior de la Unión en palabras del hoy artículo 26 del TFUE, «implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada». Su contenido genuino lo integran las citadas libertades, hoy reguladas en los títulos II a IV de la Tercera Parte (Políticas y acciones internas de la Unión) del TFUE.

Estas libertades económicas comunitarias se conforman como los elementos constitutivos del mercado único

europeo. Constituyen mecanismos de integración negativa al promover la construcción del mercado interior mediante el establecimiento de prohibiciones dirigidas a los poderes públicos. El establecimiento de estos límites a las intervenciones estatales tiene como contrapartida la ampliación de la autonomía y de los poderes de disposición de los agentes privados tutelados ahora por el derecho comunitario frente a los Estados nacionales, que están obligados a abstenerse y a respetar su configuración en el espacio supranacional como “derechos fundamentales”.

Las libertades comunitarias son instrumentos para crear un orden económico de tipo específico (un mercado único y competitivo). Son *functional rights*, derechos que hacen referencia a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, pero que están estrecha y explícitamente funcionalizados al logro de objetivos fundamentales de la Unión y en

concreto a la realización del mercado único y de una economía abierta y de libre competencia.

Respecto a ellas el TJCE ha realizado una labor, bien conocida y sobre la cual no habrá que insistir en esta sede, de elevación de estas libertades económicas del mercado interior al rango de derechos fundamentales del ciudadano en el orden comunitario que, como tales, crean derechos para los ciudadanos tanto frente a los Estados como frente a la Unión⁶.

El resultado de esta construcción es que muchas medidas de política económica ya no son consideradas un asunto de la política, es decir, de las opciones legítimas del legislador en la conformación del orden económico, sino una cuestión de derechos constitucionales. En consecuencia, pasan a desempeñar un papel mucho más decisivo a la hora de definir los límites

impuestos por el poder público a su ejercicio y a la hora de redefinir las fronteras entre la esfera pública y la privada en el orden económico.

En definitiva, las libertades fundamentales comunitarias no son estrictamente derechos fundamentales pero funcionan en el ámbito comunitario como tales. Las libertades comunitarias generan derechos de los ciudadanos europeos frente a los Estados, pero estos derechos quedan delimitados en su contenido por la función constitucional que cumplen en el derecho comunitario: contribuir a la creación de un mercado único removiendo los obstáculos públicos y privados que impidan su realización.

El efecto colateral de esta “fundamentalización” de las libertades comunitarias sobre el contenido y los límites de la libertad de empresa como derecho fundamental en el ámbito europeo es obvio:

⁶ Véase como ejemplo, Cantaro, A., 2012, p.185 y ss..

“las principales medidas que podemos calificar como restrictivas de la libertad de empresa son medidas que limitan la libre circulación de mercancías, servicios, capitales o establecimiento. Por tanto, las libertades comunitarias se convierten en el principal instrumento de protección de los ciudadanos frente a las restricciones nacionales a la libertad de empresa” (Paz Ares y Alfaro, 2002, p. 418).

Este proceso de “fundamentalización” es resultado de la traducción a nivel jurídico de la primacía del mercado y de las libertades económicas en el proceso de formación y de integración europea. El mercado se afirma como estructura incuestionable que deviene instrumento fundamental para la realización de los objetivos del tratado. Es punto de partida y de llegada que define el marco de realización de los objetivos de la UE. Los intentos de recuperar una conexión de la constitución económica comunitaria con la

idea de «economía mixta» mediante la referencia a la “economía social de mercado” en los Tratados y en la redefinición de los objetivos de la Unión en el TUE y TFUE en las versiones de Lisboa desconoce el papel subalterno y con funciones prevalentemente de legitimidad residual de las intervenciones comunitarias en el ámbito social, al menos, desde el punto de vista del derecho originario y de la evolución actual de la jurisprudencia europea. (García Herrera, M. A. y Maestro Buelga, G., 2011).

De esta forma, «economía social de mercado» en el ordenamiento comunitario significa: centralidad del mercado, reconocimiento de su autonomía, tutela pública de sus reglas, es decir, primacía de las libertades económicas y defensa de la competencia. Esta fórmula no excluye la intervención pública de coyuntura, ni cierto grado de intervención social de carácter subalterno, pero sin comprometer la centralidad del mercado como principio

fundamental articulador del sistema (Maestro Buelga, 2008).

Esta es la racionalidad profunda de la constitución económica europea desde la que en la práctica se resuelven los potenciales conflictos entre las libertades económicas y las exigencias derivadas de objetivos igualmente valiosos reconocidos en los Tratados y en las constituciones nacionales. La legitimidad de las restricciones de las libertades económicas basadas en otros derechos fundamentales reconocidos en la Carta y dotados después de Lisboa de igual eficacia vinculante, se dirime a partir de esta jerarquía interna entre libertades económicas y derechos sociales.

Una manifestación paradigmática de esta lógica de primacía podemos encontrarla en algunas resoluciones del TJCE, en concreto, en los asuntos *Viking*⁷ y *Laval*⁸, y luego *Rüffer* y

*Luxemburgo*⁹ en los que ha abordado la relación existente entre las libertades económicas y los derechos sociales fundamentales. En esas resoluciones el TJCE ha reafirmado la primacía de las libertades fundamentales del mercado interior, especialmente la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento sobre derechos sociales fundamentales fuertemente asentados y garantizados en el marco de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros como el derecho de negociación colectiva o el derecho de huelga. Las sentencias mencionadas acaban primando las libertades comunitarias, y con ellas la libertad de empresa, frente a toda actuación, estatal, empresarial o sindical, que pueda hacer menos rentable la circulación de las empresas en el mercado interior¹⁰.

⁷ STJCE de 11 de diciembre de 2007, asunto *Viking*, C-438/05.

⁸ STCE de 18 de diciembre de 2007, asunto *Laval* C-341/05

⁹ STCE de 3 de abril de 2008, asunto *Rüffer*, C-346/06 y STCE de 19 de junio de 2008, asunto *Luxemburgo*, C-319/06),

¹⁰ Un estudio detallado de estas sentencias y de sus consecuencias en el ámbito de las relaciones laborales,

A la hora de resolver este conflicto entre libertades comunitarias y derechos fundamentales, el TJCE podría haber optado por dos caminos alternativos, ambos aceptables desde el punto de vista de la necesaria protección de los derechos sociales fundamentales: o bien utilizar una excepción que amparase la acción sindical en función de su naturaleza y objeto, disociando de la integración europea un ámbito específico –el de las relaciones laborales tal y como están asentadas en las constituciones de los Estados los Estado miembros- que fue la solución por la optó en relación con los convenios colectivos en ocasiones anteriores (STCE de 21 de septiembre de 1999, asunto *Albany*, C-67/96); o bien utilizar el carácter de derecho fundamental de los derechos sociales en cuestión para justificar directamente y sin rodeos las restricciones que las acciones sindicales pudieran producir en la libertad de

establecimiento, camino que había emprendido en sus sentencias *Omega* y *Schmidberger* (STCE de 14 de octubre de 2004, asunto *Omega*, C-36/02 y STCE de 12 de junio de 2003, asunto *Schmidberger*, C-112/00). El Tribunal comunitario no optó por ninguna de las dos vías. Por el contrario, ha decidido afirmar que las empresas privadas pueden oponer la libertad de establecimiento frente a acciones sindicales que restrinjan en alguna manera el ejercicio de esta libertad empresarial (Guamán Hernández, A., 2005).

De estas forma, *Viking* y *Laval* son ejemplos paradigmáticos de cómo los derechos fundamentales son subordinados en el plano supranacional del ordenamiento multinivel a los objetivos económicos del mercado interior. En ambos casos, el derecho de huelga es considerado no como un derecho fundamental que en un mismo plano de igualdad debe ser ponderado con los intereses empresariales, sino como una excepción a la regla de la libertad económica que debe ser justificada de

vid. Gaumá Hernandez, A. (2005), p. 212 y ss. y Goerlich Peset J. M. y Guamán Hernández, A. (2011).

acuerdo con las estrictas reglas del juicio de proporcionalidad. Cualquier medida no compatible *prima facie* con el mercado interno necesita ser justificada a pesar de la legitimidad del interés que ésta persiga. La carga de la prueba recae siempre sobre la parte que alega la limitación de la libertad económica, y ello aunque lo que se alegue como justificación de dicha restricción sea otro derecho fundamental.

Además en el terreno concreto de los derechos sindicales y de las relaciones laborales este planteamiento “*market oriented*” hace surgir cuestiones de difícil encaje en la concepción de derechos fundamentales como el derecho de huelga en la tradición de las constituciones de los Estados miembros. En efecto, cuando pensamos en la proporcionalidad en el contexto del derecho a la huelga normalmente pensamos en la proporcionalidad de las restricciones que el Estado puede imponer a la hora de regular el

ejercicio de este derecho. Además está suficientemente reconocido que la mayoría de las acciones de huelga implican por su propia naturaleza una restricción de la libertad de empresa, lo que intentan precisamente es restringir el ámbito de decisión del empresario, que lo consigan o no constituirá la medida de su efectividad y de su éxito. Sin embargo, en los casos en cuestión el TJCE entiende que la proporcionalidad en el ejercicio del derecho de huelga debe ser puesta en relación con los derechos y libertades económicas que el empresario tiene garantizados por el Tratado. Al hacer esto se está negando el objetivo inherente al derecho de huelga, subordinándolo a las libertades fundamentales del mercado interno.

Los casos mencionados constituyen signos evidentes de que la relación entre derechos fundamentales y las libertades económicas comunitarias permanece inalterada en el ámbito comunitario. La timidez del TJCE para adoptar una posición firme de protección de

los derechos fundamentales, especialmente de los sociales después de su reconocimiento en la Carta, proviene de su incapacidad para dar efecto directo a esos derechos, de ver los derechos fundamentales solo a través de las lentes de las libertades económicas y del mercado. Pero que el TJCE adopte esta postura no debe causar sorpresa. De hecho, al ser una institución de la UE debe actuar con los objetivos fijados en el Tratado y no debe operar fuera de los límites establecidos en la “constitución económica” europea. No es extraño, pues, que el TJCE se sienta obligado por las libertades económicas y los objetivos que han formado la base de la evolución de Europa y que han sido el instrumento de creación de la UE.

Otra cuestión diferente es si el carácter vinculante otorgado a la Carta en el TFUE puede en el futuro modificar este enfoque economicista a la hora de ponderar los eventuales conflictos de derechos. Es decir, la

posibilidad de que ante un posible conflicto entre las exigencias del mercado interior y las obligaciones derivadas de los derechos fundamentales, el TJCE pueda adoptar un enfoque no jerárquico en el que los valores en competencia sean ponderados sin ninguna suerte de prioridad predeterminada. Se superaría así la consideración de algunos derechos fundamentales como meras excepciones a la regla de la primacía de las libertades económicas y de la centralidad de las razones del mercado, excepciones justificadas en todo caso de acuerdo con los requerimientos del principio de proporcionalidad.

Mientras esa posibilidad pueda materializarse o no en los futuros desarrollos de la jurisprudencia del TJCE, las consecuencias de esta primacía de las libertades económicas sobre los derechos sociales fundamentales en el plano horizontal del derecho de la Unión se agravan si la trasladamos al plano vertical de la relaciones

entre ordenamientos. A la hora de transplantar este enfoque jerárquico del TJCE en el plano de los ordenamientos internos “se corre el riesgo de que el sistema de derechos estatal se revise a partir de la perspectiva economicista que postula la Constitución material de los Tratados comunitarios” (De Miguel Bárcena, J., 2008, p. 1033).

Este peculiar “efecto retorno” de la superposición del ordenamiento comunitario sobre el de los Estados, ha empezado a materializarse ya en algunos ordenamientos como el nuestro donde ha inspirado relecturas del alcance y significado de los derechos y cláusulas económicas de nuestra Constitución. En concreto, se va abriendo paso una interpretación y una jerarquización de los principios y cláusulas de la constitución económica española en la que se viene dando prioridad a los derechos económicos de libertad de empresa y propiedad privada, poniéndolos en relación con el principio de

libre desarrollo de la personalidad, ampliando la definición de su contenido esencial y elevándolos en la práctica a la consideración de derechos fundamentales por su estrecha vinculación con el valor prioritario de la libertad del individuo¹¹. Se limitan así las posibilidades de configuración positiva de sus condiciones de ejercicio y de establecimiento de límites por parte del legislador en función de la protección de otros bienes igualmente constitucionales (la salud, la vivienda, la ciudad, los bienes culturales, el medio

¹¹ La “constitución económica” española reposaba en la aceptación del sistema capitalista de mercado preexistente y un nivel de socialización de la economía de gran alcance. Desde este equilibrio inestable y abierto entre principios económicos y valores heterogéneos, es como mejor se entiende la construcción de la libertad de empresa y del derecho de propiedad en la CE como derechos constitucionales nominalmente “no fundamentales”, es decir, con las garantías de la reserva de ley y el respeto del contenido esencial pero sin la posibilidad de recurso de amparo. Ubicados sistemáticamente en esa “zona templada” del orden material constitucional entre los derechos fundamentales ampliamente protegidos frente a las intervenciones y limitaciones del legislador, y los principios informadores del orden económico y social. Y también desde esa idea de equilibrio entre principios contrapuestos se comprenden mejor los pronunciamientos del Tribunal Constitucional respecto al derecho de propiedad privada y libertad de empresa en los que ha realizado una compleja construcción de dichos derechos no simplemente como derechos subjetivos (vertiente subjetiva) sino además, y especialmente en el caso de la libertad de empresa, como garantías institucionales.

ambiente). El efecto fundamental de esta concepción de los derechos de la libertad de empresa y propiedad, como espacios de disposición individual especialmente refractarios a la intervención estatal, es que los requisitos de esta última, se agravan: mientras que el ejercicio de estos derechos por así decir “liberales” no precisa nunca justificación (se reconducen siempre a la libertad o a la autonomía privada), la acción estatal delimitadora de los límites inherentes a los correspondientes derechos queda lastrada con la carga de la prueba de su proporcionalidad y justificación (Mercado Pacheco, P., 2004).

Este proceso, en primer lugar, acabaría conformando un nuevo equilibrio constitucional entre, por un lado, los derechos y libertades económicos individuales y, por otro, los poderes estatales de intervención en la economía necesarios para realizar otros fines igualmente legítimos desde el punto de vista constitucional, otorgando un “plusvalor”

a unos frente a otros. Pero en segundo lugar, establecería la economía de mercado, y sus libertades correspondientes como el modelo o regla, y la intervención del Estado como excepción, es decir, acabaría restaurando la subsidiariedad de la actuación de los poderes públicos respecto al principio de autonomía del mercado.

5. El “efecto retorno”. La erosión de la capacidad conformadora de la política sobre el mercado y la empresa

Pero lo que decididamente subvierte los equilibrios de las tradiciones constitucionales es que los principios, los presupuestos y las reglas en base a las cuales se operaban las ponderaciones y el equilibrio entre la libertad de empresa y el interés general, entre principio liberal y principio social escapan cada vez más de los poderes públicos estatales para encontrar su sede y legitimación en sede comunitaria. En otras palabras, los poderes conformadores de la libertad de empresa

menguan y se hacen menos incisivos en favor de los poderes supranacionales y de la propia empresa privada cuya acción ya no puede ser conformada de acuerdo con los parámetros de la “*constituency*” política nacional, porque el interés general o la utilidad social ya no se definen en los términos de los equilibrios constitucionales de los Estados miembros, sino en el marco de las limitaciones impuestas por el Tratado a la libertad de empresa.

Desde el punto de vista del ordenamiento multinivel hoy vigente, la libertad de empresa y sus determinaciones responden hoy a un modelo distinto del que está diseñado en la CE (Uriarte Torrealday, 2005). Tenemos hoy una constitución del mercado y de la empresa que va más allá del art. 38 y concordantes y que se despliega en un contexto normativo multinivel, entre regulaciones internacionales y constitución económica europea que no es disponible ya por el legislador (ordinario o constitucional).

Las restricciones y ponderaciones a las que estaba sujeta la libertad de empresa en el ordenamiento interno son hoy centenares y la mayoría de ellas fuera del radio de acción del legislador político nacional: están en los Tratados, en el derecho derivado, en las sentencias del Tribunal de Justicia. El legislador nacional ante este horizonte se puede mover solo de forma intersticial y funcionalmente orientada, esto es, solo puede hacer más adherente la norma interna a la supranacional, secundar su dinámica y sus objetivos, pero no puede oponerse frontalmente a ella.

En definitiva, en materia de derechos económicos se ha producido un trasvase de soberanía hacia el nivel comunitario (Di Plinio, 2005), en donde el TJCE se ha convertido en el instrumento clave para incidir en sus contenidos y de ponderarlos en una perspectiva funcional con los objetivos del Tratado y los intereses generales de la UE. Porque son los intereses de la UE –y no los

intereses generales de los Estados- los que se convierten en la verdadera unidad de medida para valorar la legitimidad de sus eventuales restricciones.

En efecto, el proceso de integración europea y la labor constante del TJCE en esta materia han conducido a un progresivo desapoderamiento de los Estados en su capacidad de definir el contenido y alcance exacto de la libertad de empresa. Una continuada línea jurisprudencial del TJCE en su interpretación de las libertades económicas y del derecho de competencia ha reducido de forma significativa la capacidad de intervención de los Estados miembros en la configuración interna de la libertad de empresa.

En términos generales, esa erosión se ha manifestado de forma muy significativa en el ámbito derecho europeo que garantiza la libertad de competencia. En efecto, la política comunitaria de la competencia y el régimen

comunitario de las ayudas públicas estatales han erosionado de forma significativa tanto la capacidad de iniciativa económica estatal (esto es el derecho a crear empresas públicas y a competir en el mercado, lo que significaba establecer limitaciones en un sentido genérico de la libertad de empresa) como la posibilidad de establecer reservas a favor del sector público (esto es, desmercantilizar recursos y servicios esenciales) medios todos ellos de intervención que ponía a disposición del legislador la CE, pero que deben desenvolverse ahora dentro de los límites estrictos del régimen comunitario de la competencia.

Ello se ha traducido en la afirmación plena de las políticas de liberalización y privatización del sector público. Las políticas liberalizadoras acaban con las intervenciones correctoras del mercado y someten a las reglas de la economía de mercado las instituciones y los principios de la economía mixta en cualquier sector económico: de la información radiotelevisiva a las telecomunicaciones, del suministro de

energía al transporte aéreo. Desde esta lógica ninguna área del servicio público está sustraída a las normas europeas sobre competencia¹².

El resultado es que la salvaguardia de la libertad de competencia ha alcanzado una posición constitucional en el ámbito europeo más elevado que otros objetivos legítimos de

¹² Ni siquiera la excepción de los “servicios económicos de interés general” contemplada en las reglas de la libre competencia (art. 106.2 TFUE) y el reconocimiento del acceso a dichos servicios como un derecho fundamental en la Carta de Derechos Fundamentales (art. 36) vinculado a la cohesión económica y social, parece desmentir la tendencia apuntada. Como señala G. Maestro, la relación del servicio económico de interés general con las normas de la competencia es la de norma/excepción. La norma es la sumisión a las prescripciones de los Tratados sobre la competencia. La excepción es la posibilidad de no aplicarlas cuando éstas impidan el cumplimiento de la misión específica confiada a estos servicios. La norma general actúa con una «vis» atrayente que limita el alcance de la regulación de los servicios económicos de interés general. La noción “servicios económicos de interés general” no es equivalente a la de servicio público. Sus lógicas son diversas, mientras que la primera establece un vínculo con el mercado, la segunda la hace con la distribución. Los servicios económicos de interés general, lejos de suponer un instrumento de reequilibrio entre integración económica y social, ocupan un lugar puramente residual en el juego de estas dinámicas. Más aún, la lógica de estos servicios y la conexión con el mercado acaban extendiéndose a sus fines mercantilizándolo la actividad económica. (Maestro Buelga, 2008)

las políticas públicas, especialmente en contraste con la paridad constitucional entre el valor de la libertad de empresa y otros valores y derechos presupuesta en muchos ordenamientos de los Estados miembros. De esta forma, la libre competencia actúa no solo como un principio antimonopolista sino como mecanismo anti-interventor y de disolución del constitucionalismo económico del Estado social (Maestro Buelga, 2008).

Otro ejemplo paradigmático en el que puede medirse el alcance de esta reducción del poder conformador de la libertad de empresa por parte de los Estados, es el de la Directiva 2006/123/CE, de 26 de diciembre, o Directiva *Bolkenstein*, relativa a los servicios en el mercado interior (en adelante, DIRSE). La transposición de esta Directiva que regula la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios al derecho interno ha supuesto un cambio profundo tanto en lo que respecta a la posibilidad de establecer límites a la libertad de empresa por parte del legislador,

como en los parámetros constitucionalidad en los que tienen que moverse el enjuiciamiento de la justificación de dicha restricción que eventualmente han de realizar los Tribunales.

En sentido vale la pena destacar que el Tribunal Constitucional español había reconocido al legislador un margen muy amplio de configuración de la libertad de empresa¹³, pero la DIRSE reduce ahora tal libertad. De acuerdo con esta normativa los regímenes de autorización preventiva de las

¹³ El TC español había adoptado una concepción de la libertad de empresa en el que predomina el carácter de garantía institucional. Una concepción que, resumidamente, implica que no existe un contenido predeterminado de la libertad de empresa que el legislador en todo caso tenga que respetar, sino más bien una garantía institucional de que el conjunto no excluirá la iniciativa económica privada y la prohibición de medidas que eliminaran los rasgos de lo que se entiende por una economía de mercado. Para el TC “el art. 38 establece los parámetros del orden económico, pero no reglas jurídicas de libertad de actuación de las empresas en los concretos aspectos de la libertad económica”, no se establecería “el derecho a acometer cualquier empresa sino sólo el de iniciar y sostener en libertad las actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden”(STC 84/93 de 8 de Marzo). Esta configuración como garantía institucional y el debilitamiento constitucional de su vertiente subjetiva es la que permite la extraordinaria amplitud de intereses, valores y principios constitucionales que podían utilizarse como justificación de las limitaciones a la libertad de empresa por parte del legislador.

actividades económicas han dejado de ser lícitos con carácter general y sólo son admisibles si concurren las circunstancias que la propia DIRSE establece. De acuerdo con sus artículos 9 y 10, el régimen de autorización de estas actividades deberá basarse en criterios que no sean discriminatorios, que vengan justificados por una razón imperiosa de interés general y que resulten proporcionados.

En este sentido ha señalado De la Quadra-Salcedo que mientras que los Estados pueden limitar la libertad de empresa –para proteger otros valores o intereses públicos como el orden público, la salud, el medio ambiente, etc.– sin más límite que la “razonabilidad” (que es el criterio seguido a nivel interno por el Tribunal Constitucional para comprobar que estas restricciones son compatibles con el contenido esencial de dicha libertad) las restricciones estatales a las libertades comunitarias quedan sometidas para determinar su validez al juicio de “proporcionalidad” (criterio seguido por el

TJCE y recogido en la DIRSE) que es más exigente y reduce su capacidad para conformar legítimamente la libertad de empresa (De la Cuadra Salcedo, 2009. p. 60-61)

La diferencia de tratamiento consiste en que bajo el test de razonabilidad, los poderes públicos deben demostrar -como en el test de proporcionalidad- que existe un interés general que debe ser protegido, y que su protección exige tomar medidas adecuadas que sirvan al fin pretendido, pero no exige necesariamente la demostración de que no hay otra medida menos restrictiva de intervención de los Estados miembros.

Cuando la DIRSE se incorpora a los derechos nacionales, el efecto que se produce es privar a los Estados de la posibilidad de restringir la libertad de empresa con medidas que serían incompatibles con un test de proporcionalidad pero que superarían el test de razonabilidad, que es el que había sido utilizado por el Tribunal Constitucional

español en estos casos.

La DIRSE constituiría así un ejemplo claro de normas comunitarias que producen una “mutación constitucional” en el plano interno, confiriendo un nuevo sentido y una interpretación vinculante a determinados preceptos de la norma constitucional, sin necesidad de que ésta sea formalmente reformada, (Muñoz Machado, 2009, p. 304 y Parejo Alfonso, L., 2009) Lo que habría que añadir a este respecto es que en el caso de la aprobación de la DIRSE no habría que hay que asombrarse de ello porque como reconoce Tomás Ramón Fernández en respuesta a las críticas sobre los efectos de esta normativa sobre el alcance y los límites de la libertad de empresa en nuestro ordenamiento jurídico, “es cierto sin duda que se ha producido una mutación en nuestra Constitución, pero no ahora, sino hace ya unos años en Maastricht. La directiva de servicios no ha hecho sino sacar las consecuencias de lo que allí se decidió” (Fernández, T. R., 2009, p. 19).

La ratificación del Tratado de Maastricht, tuvo la importancia de una “elección de sistema” o en otros términos, de una decisión constituyente. No se trató de un simple traspaso de transferencias o de delegación de soberanía, porque ese traspaso puede suponer, y de hecho así ha sucedido, una modificación esencial del equilibrio de la Constitución. El efecto sobre nuestra constitución económica es trascendental porque lo que de verdad se entrega mediante esa transferencia es la definición del contenido económico de la constitución, del “cierre constitucional” que, en nuestro caso y como vimos anteriormente, estaba encomendada al legislador ordinario, que disponía de la libertad para optar entre las distintas opciones políticas posibles, así como para utilizar los instrumentos e instituciones que considerara idóneos (Muñoz Machado, S., 1993, 49).

6. Conclusiones

Del escrutinio de los principios que conformarían la “constitución económica europea”, se puede concluir que la libertad empresa en la UE no puede considerarse una libertad “debilitada” por el reenvío a la actual regulación comunitaria y estatal, aunque tampoco puede ser considerada “un derecho fundamental como los demás”. Como se ha intentado ilustrar, su posición en el ordenamiento comunitario le ha otorgado una situación de centralidad y de primacía sobre otros derechos, específicamente, los derechos sociales, que no casa bien con el aparente plano de igualdad en que ha situado la Carta a todos y cada uno de los distintos tipos de derechos incluidos en ella. La estrecha relación con el objetivo comunitario del mercado interior y con la garantía de las libertades económicas comunitarias le confiere una especial fortaleza a la hora de dirimir sus eventuales conflictos con otros derechos que son expresión de otros principios, que si bien

han sido recientemente acogidos en la redefinición de los objetivos de la Unión en el TUE y del TFUE en el ámbito comunitario, son todavía subalternos a la lógica del funcionamiento de una “economía abierta y de libre competencia”. La jurisprudencia del TJCE en los casos *Viking* y *Laval*, son una buena muestra de esta posición de centralidad y primacía.

Además, esta jerarquía interna entre libertades económicas y derechos fundamentales en el plano supranacional a la hora de su trasvase al plano de los ordenamientos internos provoca graves rupturas de los tradicionales equilibrios entre principios y derechos característicos del constitucionalismo social. En este sentido, la normativa comunitaria sobre el mercado interior, las libertades comunitarias fundamentales y la jurisprudencia comunitaria sobre competencia han venido a cerrar en la práctica la “apertura” de la constitución

económica española y el juego de sus equilibrios iniciales.

Como hemos puesto de manifiesto con el derecho de la competencia o con la transposición de la Directiva *Bolkenstein* sobre el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios, el marco jurídico comunitario ha reducido sustancialmente las posibilidades de los Estados miembros para tomar medidas que limiten la libertad de empresa de sus propios ciudadanos, pero también y más importante, ha erosionado los poderes e instrumentos de la intervención de los poderes públicos en el gobierno del sistema económico y ha invertido la relación entre política y economía característica de la fase del constitucionalismo social.

Por el momento, esta jerarquía implícita en todo el proceso de construcción europea, esto es, el primado de las razones de la economía y la centralidad del mercado y de las libertades económicas en sus conflictos con otros derechos, no se ven alteradas ni

por la inclusión con valor normativo en el ordenamiento comunitario del catálogo de derechos fundamentales de la Carta, ni por la aparición entre los objetivos de la Unión redefinidos en Lisboa de la referencia a la “economía social de mercado”. El apelativo “social” en el conjunto de las actuales políticas de la Unión y en la jurisprudencia comunitaria no deja de ser por ahora un expediente retórico y superfluo.

BIBLIOGRAFIA

ALBERTÍ ROVIRA, E “La Constitución económica de 1978”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 71/2004, pp. 123-151.

ARAGÓN REYES, M., *Libertades económicas y Estado social*, Mc.Graw-Hill, Madrid, 1996.

- “El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa”, en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (coord.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005, pp. 23 y ss.

ARROYO JIMÉNEZ, L. *Libre empresa y títulos habilitantes*, CEPC, Madrid, 2004.

BALAGUER CALLEJÓN, F., “El estado social y democrático de derecho. Significado, alcance y vinculación de la cláusula del estado social” en: MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M^a N., y MONEREO PÉREZ J.M., *Comentario a la constitución socioeconómica de España*, Comares, Granada, 2002, pp. 89 y ss.

BLANKE. H.-J., (2012), “The Economic Constitution of European Union” en H.-J. BLANKE AND S. MANGIAMELI (eds.), *The European Union after Lisbon*, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg, pp. 369-419.

BAQUERO CRUZ, Julio, *Entre competencia y libre circulación. El Derecho constitucional económico de la Comunidad Europea*, Cívitas, 2003.

BASSOLS COMA, Martín, *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1985.

CANTARO, A., “Social Rights and European neoconstitutionalism” en H.-J. BLANKE AND S. MANGIAMELI (eds.), *The European Union after Lisbon*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2012.

CIDONCHA, Antonio, *La libertad de empresa*, Civitas, Madrid, 2006.

CÍRCULO DE EMPRESARIOS, *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios*, Libro Marrón, 2009.

CORCUERA ATIENZA, J., “Estado y economía en época de crisis: las privatizaciones” en *Revista de Estudios Políticos*, num 91, 1996, p. 13.

DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás, “La Directiva de servicios y la libertad de

empresa”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm.7, Octubre 2009.

DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, Tomás, *Unidad económica y descentralización política*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2006.

DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás, *Mercado nacional único y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2008.

DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás, “¿Quo vadis, Bolkestein? ¿Armonización o mera desregulación de la prestación de servicios?”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22.

DE MIGUEL BÁRCENA, Josu de, “Los derechos sociales en la Unión Europea: comentarios a la última jurisprudencia del Tribunal de Justicia”. *AFDUDC (Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, num. 12, 2008, 1019-1033.

DI PLINIO, G., *Il “common core” della deregulation. Dallo Stato regolatore a la Costituzione economica sovranazionale*, Giuffrè, Milano, 2005.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, “La larga marcha por la libertad de empresa”, en *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios. Libro marrón del Círculo de Empresarios*, Madrid, 2009.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, “Prólogo”, a RIVERO ORTEGA, Ricardo (Dir), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Cívitas, Madrid, 2009.

GARCÍA HERRERA, M. A. y MAESTRO BUELGA, G., “Dirección económica y mercado en la Constitución europea”, en Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional, N^o. 15, 2006

GARCÍA VITORIA, Ignacio, *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

GARRIDO FALLA, Fernando (Dir.), *El modelo económico de la Constitución española*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981.

GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., *Derecho del trabajo y legislación de defensa de la competencia*, Thomson Aranzadi, Madrid, 2008.

GOERLICH PESET J.M. (Dir.) y GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. (Coord), *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia*, CES, Madrid, 2011.

JOERGES, C., (1997) "The Market without the State? The 'Economic Constitution' of the European Community and the Rebirth of Regulatory Politics", *European Integration on line Papers* (EIoP), Vol. 1, Nº 19, 1997, disponible en <http://eioip.or.at/eiop/texte/1997-019a.htm>.

- "What is left of the European Economic Constitution?", EUI Working Paper, LAW, Nº 2004/13, European University Institute, Florencia. Versión en español, "¿Qué tiene de socialdemócrata la Constitución económica europea?", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.78, 2006.

JOERGES, C., RÖDL, F., "Social Market economy as Europe's social model?" EUI Working Paper, LAW, Nº 2004/8.

LUCARELLI, A., "La libertà di impresa (art.16), in R.Bifulco, M.Cartabia e A.Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001.

MAESTRO BUELGA, G. (2002), Constitución económica e integración europea, *Revista de Derecho Político*, Nº 54, 2002, págs. 33-112.

- Estado de mercado y Constitución económica: algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, num. 8, 2007, pp. 43-73
- El Tratado de Lisboa y la Constitución económica, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Nº 8, 2008.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José, "Artículo 16: Libertad de empresa", en MANGAS MARTÍN, Araceli (Dir.), *Comentarios a la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008.

MENÉNDEZ, A. J., *The Chartering of Europe. The European Charter of Fundamental Rights and its Constitutional Implications*, Baden-Baden: Nomos, 2003.

- "La linfa Della Pace : i diritti di solidarietà nella Carte dei Diritti de la Union Europea, *Diritto e Questione pubbliche*, num. 4, 2004.

MERCADO PACHECO, PEDRO.

- "La Constitución imposible: el gobierno de

la economía en la experiencia constitucional española" en J. R. Capella (ed.) *Las sombras del sistema constitucional español*, Edit. Trotta, Madrid, 2003.

- "Derechos y orden económico. Reflexiones sobre la constitución económica", en J. BETEGON et al. *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios políticos y Constitucionales, Madrid, 2004., pp. 855-873.

MOLINA NAVARRETE, C. "Libertades económicas y principios institucionales del mercado de trabajo comunitario", en ALVAREZ CONDE, E. y GARRIDO MAYOL, V., *Comentarios a la Constitución Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 541-570.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La Unión Europea y las transformaciones del Estado*, Alianza, Madrid, 1993.

- Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios, en *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios*. Libro marrón, Círculo de Empresarios, Madrid, 2009.

PAREJO ALFONSO, Luciano, "La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkenstein", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6, Junio 2009.

OLAVARRÍA IGLESIA, J., y VICIANO PASTOR, J., "Normas sobre competencia aplicables a Estados", en ALVAREZ CONDE, E., GARRIDO MAYOL, V., (Coord.) *Comentarios a la Constitución Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

PÁZ-ARES, C., ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "El derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación", en MOLINA NAVARRETE, C.; MORENO VIDA, M^a N.; MONEREO PÉREZ J.M., *Comentario a la constitución socioeconómica de España*, Comares, Granada, 2002.

RUBIO LLORENTE, Francisco, "La libertad de empresa en la Constitución", en VVAA, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996.

RIVERO ORTEGA, Ricardo (Dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas: La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Aranzadi, 2009.

SALVADOR ARMÉNDARIZ, M^a Amparo, "Libertad de empresa y Directiva de Servicios", en RIVERO ORTEGA, Ricardo (Dir.), *Mercado europeo y reformas*

administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España, Madrid, 2009.

SAUTER, W., "The Economic Constitution of the European Union", *Columbia Journal of European Law*, 27/1998, p. 27 y ss.

URIARTE TORREALDAY, R., "Propiedad, libertad de empresa y trabajo. Los derechos económicos en la Constitución española y en el proyecto constitucional europeo", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, num. 4, 2005.

VICIANO PASTOR, J., *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.